

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**16930** *Resolución de 20 de septiembre de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra calificación del registrador de la propiedad de Santa Lucía de Tirajana, por la que se suspende la inscripción de una escritura de aceptación y partición de herencia.*

En el recurso interpuesto por don A. M. S., en nombre y representación de doña M. T. F. S., contra la calificación del registrador de la Propiedad de Santa Lucía de Tirajana, don Javier de Angulo Rodríguez, por la que se suspende la inscripción de una escritura de aceptación y partición de herencia.

#### Hechos

##### I

Mediante escritura autorizada el día 15 de febrero de 2021 por el notario de Las Palmas de Gran Canaria, don David Gracia Fuentes, con el número 482 de protocolo, se formalizó la aceptación y partición de la herencia de don F. D. S., quien falleció el día 28 de febrero de 2018. Dicho causante, en el testamento que servía de base a la escritura, otorgado el día 6 de octubre de 2015, desheredó a sus dos hijos, don G. y doña F. D. F. «por la causa establecida en el artículo 853-2.º del Código Civil», legó a sus nietos, don M. A. y doña E. O. D. y doña D. C. D.M «lo que por legítima les corresponda» e instituyó heredera a su esposa, doña M. T. F. S.

En la escritura, otorgada por la instituida heredera y por los hijos desheredados, se expresaba lo siguiente: «III.–Desheredación. Manifiestan los señores comparecientes que la causa de desheredación establecida en la cláusula primera del testamento no es cierta, consintiendo todos este extremo; en consecuencia, y teniendo presente las disposiciones del referido testamento, han acordado, conforme a lo establecido en el artículo 851 Código Civil que la cuota o parte que le corresponde a los hijos –don G. D. F. y doña F. D. F. (legitimarios y herederos forzosos)– es la legítima larga».

##### II

Presentada la referida escritura en el Registro de la Propiedad de Santa Lucía de Tirajana, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«(...) El Registrador, que suscribe, previo el consiguiente examen y calificación de conformidad con los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 98 de Reglamento Hipotecario, y conforme a lo siguiente:

#### Hechos:

Han sido presentados en este Registro los documentos anteriormente relacionados tendentes a: aceptación y partición hereditaria.

#### Fundamentos de Derecho:

En relación a las únicas fincas radicantes en esta demarcación hipotecaria, inventariadas bajo los números Uno y Dos (registrales n.º 23.659 y n.º 23.586 del término municipal de Santa Lucía):

– Habiendo sido desheredados los dos hijos del causante pero interviniendo los mismos en el título calificado junto con su madre, y heredera instituida, para manifestar no ser cierta la causa de la desheredación y acordar la adjudicación a favor de aquéllos de la legítima larga (dos tercios), falta que intervengan y consientan tal extremo los descendientes de los desheredados -cuya existencia resulta acreditada mediante el propio testamento del causante, en el que lega la legítima a sus nietos M. A. y E. O. D. y D. C. D.–. (Arts. 9, 14, 18 LH; 51, 76 y 98 RH; 857 CC; RDGRN del 03/10/2019).

Resuelvo:

Suspender el documento presentado por los motivos dichos.

En cumplimiento de lo dispuesto en el Art. 322 de la Ley Hipotecaria, pongo en su conocimiento la nota de calificación del referido documento.

No se ha tomado anotación de suspensión por no haber sido solicitada.

Esta nota, puede (...)

Este documento ha sido firmado con firma electrónica cualificada por Javier Angulo Rodríguez registrador/a de Registro Propiedad de Santa Lucia de Tirajana a día trece de Mayo del año dos mil veintiuno».

### III

Contra la anterior nota de calificación, don A. M. S., en nombre y representación de doña M. T. F. S., interpuso recurso el día 22 de junio de 2021 mediante escrito en el que alegaba lo siguiente:

«(...) La principal discrepancia contra la calificación cuestionada radica en que el artículo 851 del Código Civil es claro al determinar, de forma automática, la anulación de la desheredación hecha por causa cuya certeza fuera contradicha o no probada. Así pues, equivaliendo la anulación a inexistencia de la desheredación, es por lo que no considero necesario, a efectos de inscripción registral, llamar a los descendientes de los desheredados para que intervengan y consientan la operación. Lo contrario supondría, con ocasión de la petición de inscripción en el Registro de la Propiedad, conceder eficacia a una figura jurídica que, desde el origen, no la tiene.

Por último, conviene poner de relieve que tanto la viuda no desheredada –con una posición absolutamente neutral y que, al menos a efectos de inscripción parcial, no debió afectarle la argumentación del Registrador de la Propiedad– como los desheredados, manifestaron que la desheredación era injusta e incierta. Además, téngase presente que la desheredada, doña F. D. F., con su firma, admitió al menos de forma tácita en su nombre y en la de su estirpe (artículo 156 del Código Civil, en cuanto a doña D. C. D., don M. A. y doña E. O. D.), que la sucesión debía ser corregida.

Solicita: Que tenga por presentado recurso gubernativo en la representación que ostento, lo admita con sus documentos adjuntos y, en su virtud, revoque la calificación negativa identificada en el cuerpo de este escrito, ordenando inscribir la escritura pública depositada en el Registro de la Propiedad de Santa Lucía de Tirajana, en los términos interesados en la misma.»

### IV

Mediante escrito, de fecha de 6 de julio de 2021, el registrador de la Propiedad emitió informe y elevó el expediente a este Centro Directivo.

### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 658, 806, 814, 850, 851, 853, 857, 885, 1057 y 1058 del Código Civil; 14, 15 y 18 de la Ley Hipotecaria; 80 del Reglamento Hipotecario; la Sentencia del

Tribunal Supremo de 31 de octubre de 1995; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de mayo de 1898, 30 de junio de 1910, 31 de mayo de 1931, 10 de mayo de 1950, 14 de agosto de 1959, 4 de mayo de 1999, 13 de septiembre y 12 de noviembre de 2001, 31 de marzo de 2005, 1 de marzo de 2006, 25 de febrero de 2008, 22 de mayo de 2009, 29 de septiembre de 2010, 6 de marzo y 23 de mayo de 2012, 21 de noviembre de 2014, 6 de marzo y 23 de mayo de 2012, 6 de marzo de 2013, 6 de mayo y 1 de septiembre de 2016, 25 de mayo de 2017, 2 de agosto y 5 de octubre de 2018 y 6 de marzo y 1 y 3 de octubre de 2019, y las Resoluciones de esta Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 11 de junio y 5 de noviembre de 2020 y 28 de enero y 10 de febrero de 2021.

1. Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de adjudicación de herencia en la que concurren las circunstancias siguientes:

El causante había otorgado testamento en el cual desheredó a sus dos hijos «por la causa establecida en el artículo 853-2.º del Código Civil», legó a sus nietos lo que por legítima les corresponde e instituyó heredera a su esposa.

En la escritura, otorgada por la instituida heredera y por los hijos desheredados, se expresa lo siguiente: «III.–Desheredación. Manifiestan los señores comparecientes que la causa de desheredación establecida en la cláusula primera del testamento no es cierta, consintiendo todos este extremo; en consecuencia, y teniendo presente las disposiciones del referido testamento, han acordado, conforme a lo establecido en el artículo 851 Código Civil que la cuota o parte que le corresponde a los hijos –don G. D. F. y doña F. D. F. (legitimarios y herederos forzosos)– es la legítima larga».

El registrador de la Propiedad fundamenta su negativa a la inscripción en que, a su juicio, al haber sido desheredados los dos hijos del causante pero interviniendo los mismos en el título calificado junto con su madre, y heredera instituida, para manifestar no ser cierta la causa de la desheredación y acordar la adjudicación a favor de aquéllos de la legítima larga, falta que intervengan y consientan tal extremo los descendientes de los desheredados –cuya existencia resulta acreditada mediante el propio testamento del causante, en el que lega la legítima a sus nietos–.

Los recurrentes alegan que, al no probarse la certeza de la causa de la desheredación, los desheredados conservan su legítima (artículo 851 del Código Civil), pues la anulación de la desheredación equivale a su inexistencia.

2. El artículo 851 del Código Civil establece lo siguiente: «La desheredación hecha sin expresión de causa, o por causa cuya certeza, si fuere contradicha, no se probare, o que no sea una de las señaladas en los cuatro siguientes artículos, anulará la institución de heredero en cuanto perjudique al desheredado; pero valdrán los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias en lo que no perjudiquen a dicha legítima».

Para resolver la concreta cuestión que plantea el registrador en su calificación debe recordarse que este Centro Directivo se ha pronunciado recientemente sobre la cuestión de la anulación de las disposiciones testamentarias, si bien referida a la existencia de preterición, en la Resolución de 2 de agosto de 2018, que ha decidido si en una partición es o no necesaria, a efectos registrales, la declaración judicial previa de nulidad del testamento, o de la institución de herederos ordenada en el mismo, por causa de preterición de alguno de los herederos forzosos y para la determinación del carácter de la preterición como errónea o intencional. El criterio mantenido en la citada Resolución fue favorable a la necesidad de dicha declaración judicial previa con base en los argumentos ya expresados por la Resolución de 13 de septiembre de 2001 que afirmó que: «Por todo lo expuesto habrá de concluirse que en el caso debatido, no podrá prescindirse, sin consentimiento de los beneficiarios, o sin la pertinente declaración judicial de ineficacia, del testamento cuestionado a la hora de formular la partición, y ello sin necesidad de prejuzgar ahora si en el pleito consiguiente la carga probatoria corresponde a la que alega la intencionalidad de la preterición, o, dada la significación de la no revocación del testamento, al que pretenda su ineficacia».

Estas Resoluciones no contradicen la doctrina de este Centro Directivo (Resoluciones de 20 de mayo de 1898, 30 de junio de 1910, 31 de mayo de 1931, 10 de mayo de 1950 y 14 de agosto de 1959) con arreglo a la cual se admite la validez de la partición por los herederos sin necesidad de la previa declaración de nulidad de la institución en el caso de preterición si concurre acuerdo expreso entre todos los herederos (instituidos y preteridos), ya que para prescindir de la correspondiente acción judicial de nulidad se exige dicho convenio entre los interesados.

Así, la Resolución de 4 de mayo de 1999, consideró innecesaria la impugnación y la previa declaración de herederos abintestato para la validez de una partición efectuada por la viuda y el hijo que había sido omitido en el testamento otorgado antes de que naciese.

Esta Resolución afirma que: «2. Ciertamente es doctrina reiterada tanto del Tribunal Supremo como de esta Dirección General (vid. sentencias de 27 de mayo de 1909, 7 de noviembre de 1935; Resoluciones de 20 de mayo de 1948, 30 de junio de 1910, 31 de enero de 1913, 10 de mayo de 1950 y 14 de agosto de 1959), que si bien la preterición de alguno de los herederos forzosos en línea recta determina –conforme al artículo 814 del Código Civil, en su redacción anterior a la reforma de 1981– la nulidad de la institución de heredero, la cual podría ser acordada por los Tribunales cuando los herederos instituidos sostengan su validez, nada se opone a que éstos reconozcan a los preteridos la porción que les corresponda y puedan convenir con ellos no impugnar la partición hereditaria, y en distribuir y adjudicar los bienes en la proporción que legítimamente les hubiera correspondido, si se hubiere abierto la sucesión intestada, por lo que no cabe rechazar la inscripción de la partición en esta forma efectuada, bajo el supuesto de no poder concederse validez legal al testamento que lo origina, pues "los interesados pueden de común acuerdo prescindir de las disposiciones testamentarias y crear una situación jurídica de plena y absoluta eficacia", y, por otra parte, con tal proceder se subsana el descuido o imprevisión del testador, se acata e interpreta racionalmente su institución presunta, se salvaguardan los derechos de los legitimarios y se evitan dilaciones y gastos que pueden consumir buena parte de la propia herencia».

A dicha doctrina se ha referido este Centro Directivo también en relación con la desheredación (cfr. Resoluciones de 5 de octubre de 2018, 6 de marzo y 3 de octubre de 2019, 5 de noviembre de 2020 y 28 de enero y 10 de febrero de 2021) para recordar que es también doctrina reiterada del mismo, respecto de la existencia de legitimarios desheredados como motivo de la suspensión de la inscripción, que la privación de eficacia del contenido patrimonial de un determinado testamento exige, «a falta de conformidad de todos los afectados», una previa declaración judicial que, tras un procedimiento contencioso instado por quien esté legitimado para ello, provoque su pérdida de eficacia (total o parcial); y ello porque el principio constitucional de salvaguarda judicial de los derechos (cfr. artículo 24 de la Constitución Española) en conjunción con el valor de ley de la sucesión que tiene el testamento formalmente válido (cfr. artículo 658 del Código Civil), conduce inexorablemente a la necesidad de una declaración judicial para privar de efectos a un testamento que no incurra en caducidad ni en vicios sustanciales de forma (Resolución de 13 de septiembre de 2001).

Por ello, si no hay conformidad de todos los afectados, para que la negación de la certeza de la causa de la desheredación prive a ésta de su eficacia debe aquélla realizarse ante los tribunales de justicia. El desheredado tiene acción para alegar que no es cierta la causa de su desheredación, y la prueba de lo contrario corresponde a los herederos del testador (artículo 850 del Código Civil), pero, como afirma el Tribunal Supremo en Sentencia de 31 de octubre de 1995, esta ventaja es de índole procesal, y más concretamente de naturaleza probatoria, de modo que los hijos del desheredado tienen la cualidad de legitimarios sin necesidad de esperar al resultado del proceso judicial y, por ello, existe litisconsorcio pasivo respecto de aquéllos en la demanda que interponga el desheredado para negar la certeza de la causa.

Concurriendo esa conformidad de todos los interesados, no es necesaria la declaración judicial de privación de eficacia de la cláusula de desheredación.

En el presente caso comparecen y consienten en la escritura los hijos legitimarios que han contradicho la causa de desheredación, y con la heredera (que también contradice la certeza de la causa de desheredación) han acordado que conserven sus derechos legitimarios. Y la cuestión que se ha de resolver ahora es si puede entenderse que los otorgantes de dicha escritura constituyen todo el elenco de afectados que tienen que dar su conformidad como consecuencia de la privación de la eficacia del contenido económico del testamento.

El artículo 857 del Código Civil establece que «los hijos o descendientes del desheredado ocuparán su lugar y conservarán los derechos de herederos forzosos respecto a la legítima». Por ello, es doctrina de este Centro Directivo que en los casos en que la causa de desheredación haya sido contradicha sin utilizar la vía judicial, los hijos o descendientes de los desheredados deben ser considerados como «afectados» a los efectos de prestar la conformidad que evite la resolución judicial; y ello porque se produce la extinción de su acción para reclamar la legítima, como consecuencia del acuerdo sobre la falta de certeza de la causa de desheredación (cfr. Resoluciones de 3 de octubre de 2019, 5 de noviembre de 2020 y 28 de enero y 10 de febrero de 2021).

Por las razones expuestas, debe confirmarse la calificación impugnada y, como ya expresó este Centro Directivo en la citada Resolución de 3 de octubre de 2019, al existir descendientes de los desheredados, es necesaria su intervención en las operaciones de adjudicación de la herencia.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la calificación del registrador.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 20 de septiembre de 2021.—La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.