

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

4541 *Resolución de 6 de marzo de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la propiedad de Guadarrama-Alpedrete, por la que se deniega la inscripción de una instancia de manifestación y adjudicación de herencia.*

En el recurso interpuesto por doña A. M. H. G., abogada, en nombre y representación de doña D. T. C., contra la calificación de la registradora de la Propiedad de Guadarrama-Alpedrete, doña Ángela Luisa Fernández-Cavada Viéitez, por la que se deniega la inscripción de una instancia de manifestación y adjudicación de herencia.

Hechos

I

Mediante instancia privada con firma legitimada, doña D. T. C. manifestaba y se adjudicaba la totalidad de la herencia causada por su esposo, don J. L. V., fallecido el día 28 de mayo de 2018, en estado de casado con la que suscribía la instancia. Del testamento resultaba que el causante y su esposa, doña D. T. C., habían tenido una única hija llamada doña R. M. L. T., fallecida anteriormente, quien a su vez dejó tres hijos, nietos del causante, llamados doña R, doña M y don J. V. L.

En el último testamento del causante, de fecha 5 de mayo de 2017, autorizado ante la notaria de Madrid, doña Ana Fernández-Tresguerres García, a los efectos de este expediente interesa la cláusula segunda en la que «deshereda a sus nietos R., M. y J. V. L., y a sus respectivos hijos mayores de edad, por las causas previstas en el artículo 853,2.ª del Código civil y especialmente por haberse despreocupado del testador, no teniendo contacto desde hace muchos años, ni de haberse preocupado de su salud ni de llamarle, visitarle, o atenderle, a pesar de su avanzada edad, todo ello de acuerdo con la doctrina legal de la jurisprudencia del Tribunal Supremo». Por último, instituía heredera universal a su esposa, doña D. T. C.

II

Presentada el día 8 de noviembre de 2018 la referida instancia con la documentación complementaria en el Registro de la Propiedad de Guadarrama-Alpedrete, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Calificado el precedente documento –instancia suscrita el 22/10/2018 con firma legitimada el 12/11/2018 junto con certificados de defunción, del RGAUV y testamento de D. J. L. V. que causó el asiento 286 del libro Diario 82–, conforme a los artículos 18 y siguientes de la Ley Hipotecaria y concordantes de su reglamento he resuelto no practicar la inscripción solicitada, conforme a siguientes hechos y fundamentos de Derecho:

Hechos:

Primero. El 08/11/2018 fue presentado en este Registro el precedente documento causando el asiento 286 del libro Diario 82. Legitimada la firma el 12/11/2018.

Segundo. En la instancia presentada la esposa del causante como única heredera tras la desheredación de los tres nietos del causante designados nominativamente en su testamento y de sus respectivos hijos mayores de edad los cuáles no son identificados

en modo alguno en el testamento, se adjudica los bienes de la herencia entre los que se inventaría la registral 7.416 de Guadarrama.

Tercero. Es precisa la intervención en la partición y adjudicación de la herencia de los hijos de los nietos desheredados del testador.

En la disposición testamentaria se desheredan a los tres nietos del testador, y a sus respectivos hijos mayores de edad sin que se identifiquen a los hijos mayores de edad del testador que son desheredados.

Además, en caso de que no fuera precisa la identificación de los hijos mayores de edad de los tres nietos del causante desheredados tampoco constaría declaración de si todos los hijos de los nietos del causante al tiempo del fallecimiento de éste existían y eran mayores de edad al tiempo del otorgamiento de la disposición testamentaria ni manifestación acerca de que los hijos de los nietos del testador carecían de descendientes al tiempo del fallecimiento del testador.

Cuarto. Es preciso el otorgamiento de escritura pública en la que se formalice la adjudicación hereditaria con intervención de todos los legitimarios o que la adjudicación tenga lugar por sentencia dictada firme dictada en procedimiento en el que hayan intervenido todos los legitimarios.

Fundamentos de Derecho:

Primero. Conforme al artículo 857 del Código Civil, los hijos o descendientes del desheredado ocuparán su lugar y conservarán los derechos de herederos forzosos respecto a la legítima.

Es doctrina de la DGRN que es preciso que en el testamento se identifique a los legitimarios afectados por la desheredación. Además es preciso que en la adjudicación de la herencia del causante conste expresión documental de si los descendientes que tenía el testador al tiempo de formalizar su voluntad testamentaria son los mismos que ha dejado al tiempo de su fallecimiento, para verificar si todos o algunos de éstos se ven afectados por la desheredación ya que esta solo podría afectar a los que existieran al tiempo de otorgar la disposición testamentaria en la que se establece la desheredación y que tuvieran aptitud para realizar la acción u omisión que le prive de su legítima, es preciso que el desheredado sea susceptible de imputación, esto es, que al tiempo del testamento haya nacido y tenga aptitud o idoneidad para que le sea jurídicamente imputable la conducta que constituye la causa legal de desheredación.

En este sentido la DGRN en resolución de 23/05/2012 ha declarado que "Pero siempre es necesario que resulte de la escritura atributiva de bienes hereditarios cuáles son los sujetos interesados en la herencia, y que –sin llegar a una prueba diabólica– se justifique o se refiera la inexistencia de otras personas que por llamamiento legal o testamentario pudieran tener algún derecho en la sucesión, de modo que se infiera la legitimación de los otorgantes, per se, para la adjudicación de los bienes relictos, como condición de adecuación a la legalidad del documento público por la que el notario ha de velar. Todo ello obliga a que en casos como el que es objeto de este recurso, dado el llamamiento a la legítima que a favor de los descendientes del desheredado establece el artículo 857 del Código Civil, conste la expresión documental de si los descendientes que tenía el testador al tiempo de formalizar su voluntad testamentaria son los mismos que ha dejado al tiempo de su fallecimiento, para verificar si todos o algunos de éstos se ven afectados por la disposición privativa de la legítima. 6. La desheredación requiere que se le atribuya al desheredado una acción (u omisión) que la Ley tipifique como bastante para privarle de la legítima, y que haya ocurrido antes de que se otorgue el testamento. Pero, en realidad, esta exigencia conlleva, además de la identificación del legitimario afectado y la expresión la causa desheredationis (aunque no que sea preciso inicialmente acreditar su certeza), la existencia del desheredado al tiempo en que se formalice testamentariamente la voluntad de su exclusión y que entonces tenga aptitud para ser excluido. No cabe olvidar que la voluntad del testador debe interpretarse conforme a las circunstancias existentes al tiempo del otorgamiento testamentario, no de su defunción. 7. En efecto, el ámbito del poder de exclusión legitimaria del testador

descansa en la imputación al desheredado de una causa legal de desheredación. Por eso es preciso que el desheredado sea susceptible de imputación, esto es, que al tiempo del testamento haya nacido y tenga aptitud o idoneidad para que le sea jurídicamente imputable la conducta que constituye la causa legal de desheredación. Y aunque es cierto que el Código Civil –a diferencia de lo que hizo algún texto legal anterior, como Las Partidas– no expresa ni concreta la capacidad para ser desheredado, lo que no cabe duda es que se requiere un mínimo de madurez física y mental para que una persona pueda ser civilmente responsable del acto que se le imputa; en el presente supuesto el maltrato de obra o la injuria grave. 8. Es cierto que en nuestro sistema, de conformidad con una reiterada doctrina jurisprudencial, basta para que la desheredación sea eficaz la simple expresión testamentaria de la causa legal, o de la conducta tipificada como tal, que se imputa al sujeto desheredado, sin que, a diferencia de lo que ocurre con la indignidad, sea precisa ex ante la prueba de la certeza de la causa desheredationis. Esta prueba sólo se impone, a cargo del favorecido por la desheredación, cuando el privado de la legítima impugnase la disposición testamentaria. En consecuencia, cabe reconocer que con carácter general en el ámbito extrajudicial gozarán de plena eficacia los actos y atribuciones particionales que se ajusten al testamento, aunque conlleven exclusión de los derechos legitimarios, mientras no tenga lugar la impugnación judicial de la disposición testamentaria que priva de la legítima. Sin embargo, esta doctrina no empece para que se niegue ab initio eficacia a las desheredaciones que no se funden en una causa de las tipificadas en la Ley, o que se refieran a personas inexistentes al tiempo del otorgamiento del testamento, o a personas que, de modo patente e indubitado (por ejemplo, un recién nacido) resulte que no tienen aptitud ni las mínimas condiciones de idoneidad para poder haber realizado o ser responsables de la conducta que se les imputa. También debe poder deducirse del título de la sucesión, o del documento atributivo de la herencia, la aptitud genérica del desheredado para serlo. Por todo ello, ha de considerarse que si bien a través de la escritura complementaria se han concretado los descendientes del testador, fuera de sus hijos, que quedaron a su fallecimiento, no se han consignado los datos que permitan determinar cuáles de aquéllos habían nacido al tiempo de otorgar el testamento y reunían, por su edad, un mínimo de aptitud para ser desheredados. Por ello, en contra de lo que sostiene el recurrente, si bien los llamados en testamento (o, en defecto de llamamiento testamentario, por ley) pueden, por si solos, realizar la adjudicación o partición de herencia, sin necesidad del concurso de los desheredados expresamente, es preciso que la autorización de la correspondiente escritura pública de herencia, otorgada sin la concurrencia de los expresamente desheredados, debe contener los datos suficientes para deducir, en los términos expresados, la plena legitimación de los otorgantes."

En resolución de 25/07/2017 la DGRN ha manifestado que "la desheredación es una institución mediante la cual el testador, en virtud de un acto o declaración testamentaria expresa, priva voluntariamente de su legítima a un heredero forzoso, en base a una de las causas tasadas establecidas en la ley. Es decir, la desheredación constituye un acto de voluntad testamentaria de apartar a un legitimario de la sucesión. Pero ha de ser una voluntad no sólo explicitada, sino bien determinada. Esta exigencia de determinación se proyecta en un doble sentido: por una parte, impone la expresión de una causa legal, que si no ha de ser probada por el testador, al menos ha de ser alegada como fundamento de la privación sucesoria, ya por referencia a la norma que la tipifica ya mediante la imputación de la conducta tipificada. Y por otra, también requiere la identificación del sujeto, del legitimario, al que se imputa la conducta legalmente relevante para justificar su apartamiento. Aunque la jurisprudencia ha sido flexible en cuando al modo de indicación de la razón de la desheredación, ha de resultar una imputación en términos que no dejen duda de quién incurrió en la causa, o cometió el hecho constitutivo de la misma, evitando las referencias genéricas que, por su ambigüedad, crean inseguridad. Por eso se plantea como un requisito de la desheredación la perfecta identificación del sujeto que sufre la privación de su legítima, al menos con el mismo rigor que se exige para la designación de heredero 'por su nombre y apellidos' (cfr. artículo 772 del Código Civil). Subsidiariamente

habrán de ser perfectamente determinables, por estar designados de manera que no pueda dudarse de quien sea el sujeto afectado". En el supuesto de este expediente, no se cumplen suficientemente estas exigencias. Consecuentemente, este punto del recurso debe ser desestimado, por cuanto en el presente expediente la desheredación no puede alcanzar a la totalidad de los descendientes de forma genérica y sin identificación precisa, habiendo nietos del causante, hijos de los desheredados, respecto a quienes no se puede justificar ningún motivo concreto de desheredación (cfr. artículos 857 y 973.2 del Código Civil), habida cuenta que no están identificados los nietos desheredados –que por otra parte pueden ser menores o incapacitados y por lo tanto inimputables para concurrir en causa de desheredación– todo ello, además, sin perjuicio de la declaración judicial sobre el carácter justo o injusto de la desheredación.

Segundo. Conforme al artículo 14 de la Ley Hipotecaria, el título de la sucesión hereditaria, a los efectos del Registro, es el testamento, el contrato sucesorio, el acta de notoriedad para la declaración de herederos abintestato y la declaración administrativa de heredero abintestato a favor del Estado, así como, en su caso, el certificado sucesorio europeo al que se refiere el capítulo VI del Reglamento (UE) n.º 650/2012. Para inscribir bienes y adjudicaciones concretas deberán determinarse en escritura pública o por sentencia firme los bienes, o parte indivisa de los mismos que correspondan o se adjudiquen a cada titular o heredero, con la sola excepción de lo ordenado en el párrafo siguiente. Cuando se tratare de heredero único, y no exista ningún interesado con derecho a legítima, ni tampoco Comisario o persona autorizada para adjudicar la herencia, el título de la sucesión, acompañado de los documentos a que se refiere el artículo dieciséis de esta Ley, bastará para inscribir directamente a favor del heredero los bienes y derechos de que en el Registro era titular el causante.

Según resulta del Artículo 16 de la Ley Hipotecaria, los dueños de bienes inmuebles o derechos reales por testamento u otro título universal o singular, que no los señale y describa individualmente, podrán obtener su inscripción, presentando dicho título con el documento, en su caso, que pruebe haberles sido aquél transmitido y justificando con cualquier otro documento fehaciente que se hallan comprendidos en él los bienes que traten de inscribir.

Por tanto, habiendo otros interesados en la sucesión, además del que suscribe la instancia presentada, como son los legitimarios, es precisa la formalización de la adjudicación hereditaria en escritura pública o que la adjudicación tenga lugar por sentencia dictada firme dictada en procedimiento en el que hayan intervenido todos los legitimarios.

De conformidad con todo lo expuesto, el Registrador que suscribe ha resuelto denegar los asientos solicitados.

Contra la nota del Registrador (...)

En Guadarrama, a catorce de noviembre del año dos mil dieciocho La Registradora Ángela Luisa Fernández-Cavada Viéitez.»

III

Contra la anterior nota de calificación, doña A. M. H. G., abogada, en nombre y representación de doña D. T. C., interpuso recurso el día 14 de diciembre de 2018 en el que, en síntesis, alegaba lo siguiente:

«(...) la consignación de la referencia en el testamento al respecto de esos "hijos mayores de edad de los nietos" podría generar algún tipo de confusión, pero lo cierto y verdad es que se desconoce la causa de la inclusión de dicha frase cuando lo cierto y verdad es que el testador, y su esposa, la Sra. T., no tenían conocimiento directo, ni indirecto, de que pudiera existir algún descendiente de sus tres nietos, ya menores ni mayores de edad; es más, ni tan siquiera, a día de hoy, se tiene tal conocimiento por lo que, obviamente, se entiende que no existen. No se identifican porque no existen y, en

modo alguno, por ello puede recogerse en testamento al no existir, ni en el momento de otorgar testamento ni siquiera en la actualidad.»

A estos efectos se acompaña al escrito de recurso un acta de manifestaciones hechas por doña D. T. C., de fecha 27 de noviembre de 2018, ante el notario de Madrid, don Jaime Recarte Casanova, en la que refiere expresamente que ni su difunto esposo ni ella han tenido constancia alguna de la existencia de hijos de sus tres nietos desheredados, no teniendo referencia alguna a su existencia con lo que, evidentemente, se deduce su inexistencia.

«(...) es más que complicado, de todo punto imposible, acreditar por parte de la Sra. T. la existencia de un hecho negativo, pero por su propia naturaleza.

No se puede acreditar en modo alguno que no existen herederos de los nietos desheredados; nos encontramos ante un caso igual que si de una declaración de herederos de un fallecido se tratara, en donde se manifiesta que unas determinadas personas son herederos de un fallecido... ¿pueden existir más? ¿quién sabe? Posiblemente ni los eventuales e hipotéticos progenitores pueden que conozcan ese hecho, llegado el caso.

No puede ser considera la exigencia de que debe acreditarse la inexistencia de otros descendientes a los designados e identificados expresamente en el testamento, toda vez que ello conduciría a la ineficacia de todo testamento (o declaración de herederos) como título sucesorio (...)

I. La cuestión que se plantea en el presente recurso no consiste en decidir si la instancia privada presentada es título adecuado para inscribir la finca a favor de doña D. T., como heredera única (que no se discute), sino de la necesaria intervención en la partición y adjudicación de herencia de unos posibles hijos mayores de los nietos desheredados del testador, o conocer si existían hijos de los nietos desheredados al tiempo de otorgar testamento, o a fecha de defunción del testador, o de la existencia o no de ellos, ya mayores de edad, ya menores.

La doctrina clásica de la DGRN establece que los herederos designados nominalmente en el testamento no están obligados a probar un hecho negativo como es la inexistencia de otros herederos (RR 2-12-1935, 19-6-1935, 24-2-1950, 12-I-2016...), como es el caso.

La Dirección General de los Registros y del Notariado (cfr. Resolución 29 de septiembre de 2010 y en la Resolución de 5-10-17), dictaminó, para un caso de legitimarios hijos de los desheredados, que "el problema de fondo radica en dilucidar si, desheredados los hijos del testador, y conservando sus descendientes ulteriores su derecho a la legítima (cfr. artículo 857 del Código Civil), basta con afirmar el desconocimiento de si existen tales descendientes ulteriores o es preciso algún tipo de acreditación de este extremo. Hay que partir del principio general de que, dada la dificultad, o incluso a veces la impasibilidad de probar los hechos negativos, a efectos registrales, no puede exigirse una prueba de tal naturaleza, Incluso esta doctrina de la innecesariedad de probar tales hechos negativos ha sido mantenida por esta Dirección General en el supuesto de premoriencia de un heredero legitimario al señalar que no es preciso justificar que haya dejado descendientes que ostenten derecho a la legítima (Resolución de 3 de marzo de 1912) [...]

En efecto, es doctrina con más de un siglo de antigüedad (en concreta a partir de la Resolución de 2 de diciembre de 1897), que ni el Código Civil, ni la legislación especial, ni la Ley Hipotecaria exigen que la persona o personas instituidas nominativamente como herederos o nombrados legatarios en un testamento acrediten, para adquirir los derechos inherentes a esa cualidad, que el testador no dejó a su fallecimiento otros herederos forzosos si el instituido o los instituidos reunían ese carácter, o que no dejó ningún heredero forzoso si el nombrado era una persona extraña, por cuya razón no han establecido procedimientos destinados a obtener la justificación de semejante circunstancia negativa. Si inicialmente esa doctrina se aplicaba a supuestas en los que

junto a la designación nominal de unos herederos existía otra hecha cautelarmente por circunstancias –la institución, junto con unos hijos específicamente designados, de las demás que en el futuro pudiera tener el testador– pasó igualmente (Resolución de 26 de junio de 1901) a aplicarse al supuesto de designación hecha simplemente por circunstancias –la institución hecha a favor de los hijos de determinada persona–, pero partiendo de la base de que los que concurrían coma tales a la partición acreditaban estar incluidos en el llamamiento. No puede ser estimada la exigencia de que debe acreditarse la inexistencia de otros descendientes a los designados en el testamento, ni tampoco la del fallecimiento de los padres del causante que lo estaban al otorgamiento de su testamento cuando en el mismo así se ha manifestada, toda vez que ello conduciría a la ineficacia de todo testamento como título sucesorio si no va acompañado de un acta acreditativa de la inexistencia de otros herederos que los nombrados en el propio testamento, consecuencia ésta que aparece contradicha en la propia regulación legal (cfr. artículo 14 de la Ley Hipotecaria y Resoluciones de 4 de mayo de 1999 y 29 de enero de 2016)".

No existen más herederos legitimarios que los desheredados pero es que, llegado el caso de su existencia a fecha de fallecimiento, lo cual se desconoce y no se puede probar ni la existencia ni la inexistencia, llegado el caso nuestro ordenamiento jurídico tiene mecanismos de protección que regulan la preterición (ya efectuada, incluso, involuntariamente por desconocimiento), estableciéndose en el art. 814 del C.c. la acción de protección de esos eventuales legitimarios (en caso de su existencia).

La DGRN en su R. de 29 de septiembre de 2010 dice que no es necesario probar la inexistencia sino que basta con afirmar el desconocimiento de si existen tales descendientes ulteriores. Se ha manifestado en tal sentido, de manera expresa, por la Sra. T. (...) En cuanto a la no necesidad de probar la inexistencia de descendientes del desheredado, tiene que ver este criterio con otro más general sustentado por la DGRN y referido a la prueba de hechos negativos. Es doctrina tradicional que el heredero lesionado nominativamente en el testamento no tiene que probar la inexistencia de otros herederos forzosos, pues los hechos negativos son muy difíciles o a veces imposibles de demostrar.

Hay que partir del principio general de que, dada la dificultad, o incluso a veces la imposibilidad de probar los hechos negativos, a efectos registrales no puede exigirse una prueba de tal naturaleza. Incluso esta doctrina de la innecesariedad de probar tales hechos negativos ha sido mantenida por esta Dirección General en el supuesto de premoriencia de un heredero legitimario al señalar que no es preciso justificar que haya dejado descendientes que ostenten derecho a la legítima (Resolución de 3 de marzo de 1912).

En este sentido la Resolución de 6 de mayo de 2016, contempló un supuesto en el que testador deshereda al único hijo que tiene e instituía heredera a la viuda como heredera universal que luego formalizó la herencia manifestando que no le constaba que el hijo desheredado de quien se ignoraba su paradero tuviera descendencia. La Dirección estimó que no puede ser estimada la exigencia de que debe acreditarse la existencia de otros descendientes designados en el testamento, toda vez que ello conduciría a la ineficacia del testamento como título sucesorio si no va acompañado de un acta acreditativa de la inexistencia de otros herederos que los nombrados en el propio testamento, consecuencia ésta que aparece contradicha en la propia regulación legal (cfr. artículo 14 de la Ley Hipotecaria y Resoluciones de 4 de mayo de 1999 y 29 de enero de 2016).

Por tanto, entendemos no se puede exigir la prueba negativa de la inexistencia de legitimarios y basta con afirmar el desconocimiento sobre la existencia de tales descendientes ulteriores ya que hay que partir del principio general de que, dada la dificultad, o incluso a veces la imposibilidad de probar los hechos negativos, a efectos registrales no puede exigirse una prueba de tal naturaleza.»

IV

Mediante escrito, de fecha 19 de diciembre de 2018, la registradora de la Propiedad emitió su informe y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 772, 806 a 810, 857 y 973 del Código Civil; 14, 16, 18, 74 y 76 de la Ley Hipotecaria; 26, 78 y 82 del Reglamento Hipotecario; 209 del Reglamento Notarial, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de diciembre de 1897, 26 de junio de 1901, 3 de marzo de 1912, 24 de febrero de 1950, 16 de julio de 1991, 21 de febrero de 1992, 6 de marzo de 1997, 4 de mayo de 1999, 8 de mayo de 2001, 11 de octubre de 2002, 21 de mayo de 2003, 30 de enero de 2004, 23 de febrero, 21 de junio y 13 de diciembre de 2007, 31 de enero y 4 de noviembre de 2008, 5 de febrero de 2009, 29 de septiembre de 2010, 13 de enero de 2011, 9 y 13 de marzo, 4 de abril y 8 y 23 y 31 de mayo de 2012, 7 de marzo, 3 de abril, 27, 22, 23 y 24 mayo y 1 y 24 junio de 2013, 1 de marzo y 21 de noviembre de 2014, 29 de enero, 6 de mayo, 6 de junio, 1 de septiembre, 7 noviembre y 13 diciembre 2016, 25 de mayo y 25 de julio de 2017 y 2 de agosto y 5 de octubre de 2018.

1. Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una instancia de adjudicación de herencia en la que concurren las circunstancias siguientes: el causante deja viuda y tres nietos hijos de una única hija premuerta; en su testamento instituye heredera universal a su esposa y «deshereda a sus nietos R., M. y J. V. L., y a sus respectivos hijos mayores de edad, por las causas previstas en el artículo 853,2.ª del Código civil y especialmente por haberse despreocupado del testador, no teniendo contacto desde hace muchos años, ni de haberse preocupado de su salud ni de llamarle, visitarle, o atenderle, a pesar de su avanzada edad, todo ello de acuerdo con la doctrina legal de la jurisprudencia del Tribunal Supremo»; la instancia se suscribe únicamente por la viuda que sin otra manifestación se adjudica la herencia.

La registradora señala como defectos, que en definitiva es uno solo referido a la falta de intervención de los legitimarios, los siguientes:

- Que es precisa la intervención en la partición y adjudicación de la herencia de los hijos de los nietos desheredados del testador.
- Que en la disposición testamentaria se deshereda a los tres nietos del testador, y a sus respectivos hijos mayores de edad sin que se identifiquen a esos mayores de edad que son desheredados.
- Que en caso de que no fuera precisa la identificación de los hijos mayores de edad de los tres nietos del causante desheredados, tampoco consta declaración de si todos los hijos de los nietos del causante al tiempo del fallecimiento de éste existían y eran mayores de edad al tiempo del otorgamiento de la disposición testamentaria, ni manifestación acerca de que los hijos de los nietos del testador carecían de descendientes al tiempo del fallecimiento del testador.
- Que es preciso el otorgamiento de escritura con intervención de todos los legitimarios o que la adjudicación tenga lugar por sentencia firme dictada en procedimiento en el que hayan intervenido todos los legitimarios.

La recurrente alega lo siguiente: que el testador, y su esposa, no tenían conocimiento directo, ni indirecto, de que pudiera existir algún descendiente de sus tres nietos, ya menores ni mayores de edad; que al día de hoy, se tiene tal conocimiento de que no los hay y no se identifican porque no existen; que se trata de un hecho negativo y los hechos negativos no se pueden acreditar; que basta con afirmar el desconocimiento de si existen tales descendientes ulteriores y no es precisa la acreditación de este extremo.

Se acompaña al escrito de interposición del recurso, un acta de manifestaciones hechas por la viuda heredera, de fecha 27 de noviembre de 2018, ante el notario de Madrid, don Jaime Recarte Casanova, en la que refiere expresamente: «Que ni su

esposo ni ella han tenido constancia alguna de que sus citados nietos hayan tenido descendencia, y por lo tanto que hayan tenido bisnietos. Tampoco han tenido noticia ni directa ni indirectamente por terceros por lo que conscientemente entiende que no existen dichos bisnietos». Y en el escrito de interposición manifiesta que «ni su difunto esposo ni ella han tenido constancia alguna de la existencia de hijos de sus tres nietos desheredados, no teniendo referencia alguna a su existencia con lo que, evidentemente, se deduce su inexistencia».

2. Como cuestión previa, hay que aclarar que junto con el escrito de recurso se aporta un acta de manifestaciones autorizada en Madrid por el notario don Jaime Recarte Casanova el 27 de noviembre de 2018, posterior a la fecha de la calificación negativa, y se realizan las manifestaciones solicitadas en la nota de calificación relativas a la inexistencia de descendientes de los nietos desheredados, pero este acta no se ha presentado en el Registro junto con la instancia y las citadas manifestaciones no constan en la instancia suscrita, por lo que no siendo presentada en el Registro junto con la instancia y documentación dicha en su momento, no ha podido ser tenida en cuenta para la calificación.

El artículo 326 de la Ley Hipotecaria, establece que «el recurso deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del Registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma». Es doctrina reiteradísima de este Centro Directivo que «en el cauce del recurso gubernativo, la apreciación documental ha de limitarse a los mismos documentos que se tuvieron a la vista al calificar (artículo 326 de la Ley Hipotecaria)» –Resoluciones de 4 de noviembre de 2008, 5 de febrero de 2009, 13 de enero de 2011 y 31 de mayo de 2012, entre otras muchas–.

En consecuencia, no habiéndose presentado dicha documentación al tiempo de la calificación que da lugar el recurso, no puede ser tenida en cuenta a los efectos de la resolución de este expediente, sin perjuicio de su nueva presentación que causaría otra calificación.

Relacionado con la citada acta, manifiesta la recurrente y aporta numerosa doctrina sobre la cuestión de que no se puede pedir que se acredite un hecho negativo como es el caso de que las tres nietas desheredadas del testador no tuvieron hijos. Pues bien, en la nota de calificación recurrida no se solicita la acreditación de un hecho negativo sino que se identifique a los hijos mayores de edad de los nietos desheredados o que se manifieste que los nietos del testador carecían de descendientes al tiempo del fallecimiento del testador, es decir, que no hay descendientes de los nietos del testador que fueran menores al tiempo del otorgamiento del testamento y que viviesen al tiempo de la apertura de la sucesión; y en otro caso, la necesidad de intervención en la partición y adjudicación de la herencia de los hijos de los nietos desheredados del testador.

3. En primer lugar, es reiterada doctrina de esta Dirección General (vid., por todas, la Resolución de 21 de noviembre de 2014), 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, debe concluirse que no podrá prescindirse, sin la pertinente declaración judicial de ineficacia, del testamento del que derivan la condición de heredera, por mucho que en él se haya ordenado una desheredación y, en consecuencia, produce sus efectos la adjudicación de herencia realizada por esa única heredera en tanto no se haya

producido una resolución judicial en virtud de reclamación de quien se considere injustamente desheredado.

4. En cuanto a la cuestión de la eficacia de la partición habiendo desheredados, este Centro Directivo ha afirmado (cfr. la Resolución de 25 de mayo de 2017, entre otras citadas en los «Vistos» de la presente) que «la desheredación es una institución mediante la cual el testador, en virtud de un acto o declaración testamentaria expresa, priva voluntariamente de su legítima a un heredero forzoso, en base a una de las causas tasadas establecidas en la ley. Es decir, la desheredación constituye un acto de voluntad testamentaria de apartar a un legitimario de la sucesión. Pero ha de ser una voluntad no sólo explicitada, sino bien determinada. Esta exigencia de determinación se proyecta en un doble sentido: por una parte, impone la expresión de una causa legal, que si no ha de ser probada por el testador, al menos ha de ser alegada como fundamento de la privación sucesoria, ya por referencia a la norma que la tipifica ya mediante la imputación de la conducta tipificada. Y por otra, también requiere la identificación del sujeto, del legitimario, al que se imputa la conducta legalmente relevante para justificar su apartamiento. Aunque la jurisprudencia ha sido flexible en cuando al modo de indicación de la razón de la desheredación, ha de resultar una imputación en términos que no dejen duda de quien incurrió en la causa, o cometió el hecho constitutivo de la misma, evitando las referencias genéricas que, por su ambigüedad, crean inseguridad. Por eso se plantea como un requisito de la desheredación la perfecta identificación del sujeto que sufre la privación de su legítima, al menos con el mismo rigor que se exige para la designación de heredero «por su nombre y apellidos» (cfr. artículo 772 del Código Civil). Subsidiariamente habrán de ser perfectamente determinables, por estar designados de manera que no pueda dudarse de quien sea el sujeto afectado».

5. Por otro lado, la doctrina reiterada de este Centro Directivo (Resoluciones en «Vistos») ha determinado que «la desheredación requiere que se le atribuya al desheredado una acción (u omisión) que la ley tipifique como bastante para privarle de la legítima, y que haya ocurrido antes de que se otorgue el testamento. Pero, en realidad, esta exigencia conlleva, además de la identificación del legitimario afectado y la expresión de la causa desheredationis (aunque no que sea preciso inicialmente acreditar su certeza), la existencia del desheredado al tiempo en que se formalice testamentariamente la voluntad de su exclusión y que entonces tenga aptitud para ser excluido. No cabe olvidar que la voluntad del testador debe interpretarse conforme a las circunstancias existentes al tiempo del otorgamiento testamentario, no de su defunción. En efecto, el ámbito del poder de exclusión legitimaria del testador descansa en la imputación al desheredado de una causa legal de desheredación. Por eso es preciso que el desheredado sea susceptible de imputación, esto es, que al tiempo del testamento haya nacido y tenga aptitud o idoneidad para que le sea jurídicamente imputable la conducta que constituye la causa legal de desheredación. Y aunque es cierto que el Código Civil -a diferencia de lo que hizo algún texto legal anterior, como Las Partidas- no expresa ni concreta la capacidad para ser desheredado, lo que no cabe duda es que se requiere un mínimo de madurez física y mental para que una persona pueda ser civilmente responsable del acto que se le imputa; (...) Es cierto que en nuestro sistema, de conformidad con una reiterada doctrina jurisprudencial, basta para que la desheredación sea eficaz la simple expresión testamentaria de la causa legal, o de la conducta tipificada como tal, que se imputa al sujeto desheredado, sin que, a diferencia de lo que ocurre con la indignidad, sea precisa ex ante la prueba de la certeza de la causa desheredationis. Esta prueba sólo se impone, a cargo del favorecido por la desheredación, cuando el privado de la legítima impugnase la disposición testamentaria. En consecuencia, cabe reconocer que con carácter general en el ámbito extrajudicial gozarán de plena eficacia los actos y atribuciones particionales que se ajusten al testamento, aunque conlleven exclusión de los derechos legitimarios, mientras no tenga lugar la impugnación judicial de la disposición testamentaria que priva de la legítima (...) Sin embargo, esta doctrina no empece para que se niegue ab initio eficacia a las desheredaciones que no se funden en una causa de las tipificadas en la ley, o que se

refieran a personas inexistentes al tiempo del otorgamiento del testamento, o a personas que, de modo patente e indubitado (por ejemplo, un recién nacido) resulte que no tienen aptitud ni las mínimas condiciones de idoneidad para poder haber realizado o ser responsables de la conducta que se les imputa. También debe poder deducirse del título de la sucesión, o del documento atributivo de la herencia, la aptitud genérica del desheredado para serlo (...) Por ello (...) si bien los llamados en testamento (o, en defecto de llamamiento testamentario, por ley) pueden, por sí solos, realizar la adjudicación o partición de herencia, sin necesidad del concurso de los desheredados expresamente, es preciso que la autorización de la correspondiente escritura pública de herencia, otorgada sin la concurrencia de los expresamente desheredados, debe contener los datos suficientes para deducir, en los términos expresados, la plena legitimación de los otorgantes».

En el supuesto concreto de este expediente, en el documento presentado para calificación, no se ha identificado a los hijos de los nietos desheredados que eran mayores de edad al tiempo del otorgamiento del testamento ni se ha manifestado que no había otros que fueran menores de edad en ese momento del otorgamiento del testamento y que viviesen al tiempo de la apertura de la sucesión. Y en su caso, de haberlos, no han intervenido en la partición.

6. Respecto de la cuestión relativa a la intervención de los hijos de los nietos desheredados, 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».

En cuanto a la acreditación de la existencia o no de legitimarios del desheredado, la Resolución de 29 de septiembre de 2010 ha abordado el problema de dilucidar si, desheredados los hijos del testador, y conservando sus descendientes ulteriores su derecho a la legítima (cfr. artículo 857 del Código Civil), basta con afirmar el desconocimiento de si existen tales descendientes ulteriores o es preciso algún tipo de acreditación de este extremo.

Así, afirma el Centro Directivo que «el problema de fondo radica en dilucidar si, desheredados los hijos del testador, y conservando sus descendientes ulteriores su derecho a la legítima (cfr. artículo 857 del Código Civil), basta con afirmar el desconocimiento de si existen tales descendientes ulteriores o es preciso algún tipo de acreditación de este extremo. Hay que partir del principio general de que, dada la dificultad, o incluso a veces la imposibilidad de probar los hechos negativos, a efectos registrales no puede exigirse una prueba de tal naturaleza. Incluso esta doctrina de la innecesidad de probar tales hechos negativos ha sido mantenida por esta Dirección General en el supuesto de premoriencia de un heredero legitimario al señalar que no es preciso justificar que haya dejado descendientes que ostenten derecho a la legítima (Resolución de 3 de marzo de 1912). La cuestión ha sido suficientemente esclarecida desde hace tiempo por este Centro Directivo en las Resoluciones citadas en los Vistos y cuya doctrina debe ahora reiterarse una vez más. En efecto, es doctrina con más de un siglo de antigüedad (en concreto a partir de la Resolución de 2 de diciembre de 1897), que ni el Código Civil, ni la legislación especial, ni la Ley Hipotecaria exigen que la persona o personas instituidas nominativamente como herederos o nombrados legatarios en un testamento acrediten, para adquirir los derechos inherentes a esa cualidad, que el testador no dejó a su fallecimiento otros herederos forzosos si el instituido o los instituidos reunían ese carácter, o que no dejó ningún heredero forzoso si el nombrado era una persona extraña, por cuya razón no han establecido procedimientos destinados a obtener la justificación de semejante circunstancia negativa. Si inicialmente esa doctrina se aplicaba a supuestos en los que junto a la designación nominal de unos herederos existía otra hecha cautelarmente por circunstancias -la institución, junto con unos hijos específicamente designados, de los demás que en el futuro pudiera tener el testador- pasó igualmente (Resolución de 26 de junio de 1901) a aplicarse al supuesto de designación hecha simplemente por circunstancias -la institución hecha a favor de los

hijos de determinada persona–, pero partiendo de la base de que los que concurrían como tales a la partición acreditaban estar incluidos en el llamamiento».

En consecuencia, no cabe exigir que se acredite la inexistencia de otros descendientes a los designados en el testamento -lo que no se ha exigido en la calificación recurrida en este expediente-, toda vez que ello conduciría a la ineficacia de todo testamento como título sucesorio si no va acompañado de un acta acreditativa de la inexistencia de otros herederos que los nombrados en el propio testamento, consecuencia ésta que aparece contradicha en la propia regulación legal (cfr. artículo 14 de la Ley Hipotecaria y Resoluciones de 4 de mayo de 1999 y 29 de enero de 2016).

7. Centrados en el supuesto del expediente, en la instancia presentada y en los documentos complementarios presentados a calificación, no se ha realizado manifestación alguna en la que se identifiquen los hijos de los nietos desheredados que sean mayores de edad, ni se manifiesta que no haya hijos o descendientes de los nietos desheredados, que existieran al tiempo de la apertura de la sucesión, ni intervienen los descendientes que en su caso haya.

En definitiva, como ha afirmado este Centro Directivo –Resoluciones en los «Vistos»– «siempre es necesario que resulte de la escritura atributiva de bienes hereditarios cuáles son los sujetos interesados en la herencia, y que –sin llegar a una prueba diabólica– se justifique o se refiera la inexistencia de otras personas que por llamamiento legal o testamentario pudieran tener algún derecho en la sucesión, de modo que se infiera la legitimación de los otorgantes, per se, para la adjudicación de los bienes relictos (...)». Por tanto, resultando del testamento del causante que se ha desheredado a los nietos identificados y a los hijos mayores de edad de esos nietos sin nominarlos, no puede más que exigirse su identificación, y, en el caso de que fueran menores –existentes al tiempo del otorgamiento del testamento y vivos a la apertura de la sucesión–, y otros descendientes de los nietos –posteriormente nacidos pero existentes a la apertura de la sucesión–, sería necesaria su intervención. En caso de no existir ninguno de estos, se hace necesaria la manifestación de su inexistencia (manifestación que se ha hecho constar en acta notarial presentada en momento posterior al de la calificación impugnada, por lo que, como ha quedado expuesto, no puede ser tenida en consideración en la resolución del presente recurso).

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

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, 6 de marzo de 2019.–El Director General de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.