

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA Y RELACIONES CON LAS CORTES

3499 *Resolución de 15 de enero de 2024, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la propiedad de Málaga n.º 13, por la que se suspende la inscripción de una escritura de aceptación y adjudicación de herencia.*

En el recurso interpuesto por don Joaquín Mateo Estévez, Notario de Málaga, contra la calificación de la registradora de la Propiedad de Málaga número 13, doña Paula Martín Martínez, por la que se suspende la inscripción de una escritura de aceptación y adjudicación de herencia.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 12 de noviembre de 2020 por el Notario de Málaga, don Joaquín Mateo Estévez, se otorgaba la aceptación y adjudicación de la herencia causada por doña M. C. A. C., fallecida el día 17 de julio de 2020 en estado de viuda y dejando tres hijos –don M., don E. y don F. A. G. A.–. Ocurrió su óbito bajo la vigencia de su último testamento, otorgado el día 28 de mayo de 2015 ante el mismo Notario, en el que instituía herederos a sus dos hijos, don E. y don F. A. G. A., y desheredaba a su hijo don M. G. A., conforme al artículo 853.2 del Código Civil, y, asimismo, desheredaba a sus nietos, hijos de su hijo desheredado, doña S. y don M., «de trece y ocho años de edad respectivamente, conforme al artículo 853, causa 2.ª del Código Civil, toda vez que los mismos han despreciado su persona al no preguntar por ella, ignorándola, y visitarla solo de forma ocasional e interesada cuando han precisado ayuda alguna, por lo que tienen un escaso trato personal con ella, comportamiento que no se corresponde igualmente con el cariño y afecto que se ha de dar a una abuela. Todo ello entiende la testadora que constituye un mal trato psicológico injustificado e inmerecido pues se considera una buena madre y abuela que siempre ha estado disponible cuando la han necesitado y que les ha prestado la ayuda que su situación personal y sus posibilidades le han permitido». La escritura la otorgaron los dos herederos instituidos.

II

Presentada el día 29 de agosto de 2023 la referida escritura en el Registro de la Propiedad de Málaga número 13, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«De conformidad con los artículos 18, 19, 19 bis y 322 de la Ley Hipotecaria, y, con referencia al documento que se dirá:

Presentada a las diez horas y catorce minutos del día veintinueve de agosto del año dos mil veintitrés, bajo el asiento 2000 del diario 75, primera copia de la escritura otorgada en Málaga el doce de noviembre del año dos mil veinte, número de protocolo 2462/2020 del Notario don Joaquín Mateo Estévez, por la que, por fallecimiento de doña M. C. A. C., se adjudica a don F. A. y don E., G. A., por iguales partes indivisas, la finca registral 7.484/A del término municipal de Sección 5.ª

Se han apreciado los siguientes defectos que impiden acceder a practicar las operaciones registrales solicitadas:

I. Hechos: Siendo desheredados dos legitimarios en el testamento de la causante menores de edad al tiempo del otorgamiento, no puede prescindirse de su intervención en la partición de herencia, ya que carecen los menores de aptitud para que le sea jurídicamente imputable la conducta que constituye la causa legal de desheredación. Asimismo, es necesario manifestar si los mismos tienen o no descendientes, siendo necesario en caso afirmativo la intervención de los hijos de los nietos desheredados.

Como ha establecido la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública 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, que 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 también requiere la identificación del sujeto, del legitimario, al que se imputa la conducta legalmente relevante para justificar su apartamiento.

Por otro lado, la doctrina de la Dirección General 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. 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 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 de mayo de 2017, se expresa “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.”

En el presente caso, resulta del testamento que la causante, después de manifestar que tiene tres hijos, deshereda a uno de ellos, conforme al artículo 853.2 del Código Civil, y asimismo deshereda a sus nietos, hijos de su hijo desheredado, de trece y ocho años de edad, conforme al artículo 853, causa 2.ª del Código Civil.

Por ello, siendo menores de edad en la fecha del testamento dos legitimarios desheredados, y careciendo de la aptitud necesaria para que le sea imputada la conducta especialmente gravosa en que la desheredación se funda, es necesario su intervención en la partición.

Por otro lado, 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 el presente caso, uno de los nietos desheredados, habría alcanzado la mayoría de edad en la fecha de la apertura de la sucesión, por lo que, en caso de tener descendientes, serían legitimarios y sería necesaria su intervención. 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.

Por ello, es necesario la manifestación de que los nietos desheredados carecen de hijos al tiempo de la apertura de la sucesión, y en caso contrario su intervención.

Por todo ello, es necesario la intervención en la partición de los dos nietos desheredados, menores de edad al tiempo de otorgar testamento, manifestando si los mismos tienen o no descendientes, siendo necesario en caso afirmativo la intervención de los hijos de los nietos desheredados.

Fundamentos de Derecho: 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, 6 de marzo de 2019, 3 octubre de 2019.

Calificación: se suspende la práctica de la inscripción solicitada, hasta tanto no se subsane el defecto señalado, que tiene el carácter de subsanable. No se practica anotación de suspensión por no haberse solicitado.

Esta nota de calificación podrá [...]

Málaga a diecinueve de Septiembre del año dos mil veintitrés.–La Registradora (firma ilegible), Fdo.–Paula Martín Martínez.»

Mediante escritura de fecha 5 de octubre de 2023 otorgada ante el mismo notario, ratificada por otra, se subsanaba el segundo de los defectos señalados, y el día 24 de octubre de 2023 causaba nueva calificación dando por subsanado ese defecto y manteniendo el primero, relativo a la necesaria intervención de los menores desheredados.

III

Contra la anterior nota de calificación, don Joaquín Mateo Estévez, notario de Málaga, interpuso recurso el día 17 de octubre de 2023 mediante escrito en el que alegaba lo siguiente:

«Primero. El primer defecto de la calificación de la Ilma. Sra. Registradora de Málaga, único que se recurre, se basa, a tenor de lo expresado en el hecho III antecedente, en el siguiente hecho:

“I. Hechos: Siendo desheredados dos legitimarios en el testamento de la causante menores de edad al tiempo del otorgamiento, no puede prescindirse de su intervención en la partición de herencia, ya que carecen los menores de aptitud para que le sea jurídicamente imputable la conducta que constituye la causa legal de desheredación.”.

Señala la Sra. Registradora en su nota “... En el presente caso, resulta del testamento que la causante, después de manifestar que tiene tres hijos, deshereda a uno de ellos, conforme al artículo 853.2 del Código Civil, y asimismo deshereda a sus nietos, hijos de su hijo desheredado, de trece y ocho años de edad, conforme al artículo 853, causa 2.ª del Código Civil.

Por ello, siendo menores de edad en la fecha del testamento dos legitimarios desheredados, y careciendo de la aptitud necesaria para que le sea imputada la conducta especialmente gravosa en que la desheredación se funda, es necesario su intervención en la partición...”.

A continuación, la Ilma. Sra. Registradora apoya la fundamentación jurídica de su calificación en los artículos de diferentes cuerpos legales y en múltiples resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante Dirección General o DGRN), que constan y se relacionan en los fundamentos de Derecho de la nota de calificación, a la que nos remitimos.

Segundo. Constituye el objeto del presente recurso dilucidar si es o no inscribible la escritura de partición y adjudicación de herencia calificada en los términos y contenido en que está redactada, una vez resulte completada con la manifestación de sus otorgantes en los términos requeridos por la Sra. Registradora de acuerdo con la doctrina consolidada de esa Dirección General, manifestación que ya ha sido formalizada en escritura ante mí y se acreditará al objeto de posibilitar la inscripción pretendida.

Por tanto, la cuestión que se debate y que se ha de resolver en el presente recurso es si la Sra. Registradora tiene atribuida competencia para negar eficacia a un testamento en el que se ordena la desheredación de dos nietos de la testadora, menores de edad, sin que los Tribunales de Justicia hayan decretado tal ineficacia en el correspondiente juicio contradictorio iniciado a instancia de parte legitimada legalmente para ello. E íntimamente relacionada con esa cuestión sí la Sra. Registradora tiene competencia para afirmar, tal como lo hace en su nota, que los dos menores no tienen aptitud para ser desheredados.

Tercero. Como introducción y punto de partida del presente recurso, es conveniente tener presente algunas consideraciones previas:

a. Es doctrina reiterada de la Dirección General, lo que resulta de las resoluciones de la misma que se reseñarán posteriormente, 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 que “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.”. Por tanto, ha de darse por válido tanto el testamento, título constitutivo de la sucesión que se pretende inscribir en el registro de la propiedad, como la desheredación en el mismo, ordenada mientras no sea decretada su ineficacia en el pertinente juicio contradictorio. Constituye el fundamento jurídico de esta doctrina, entre otros, el artículo 24 de la Constitución Española, el artículo 658 del Código Civil (en adelante CC) y los principios generales del Derecho de conservación de los negocios jurídicos y de *favor testamenti*.

b. En cuanto a la posibilidad de desheredar a menores de edad, cabe señalar que no compartimos la posición mantenida en la nota calificadora de que los menores de edad carecen de aptitud para ser desheredados sin más, esto es, expresada en términos absolutos tal como, a nuestro juicio, lo hace la Sra. Registradora. Por el contrario, aceptamos que los menores de edad pueden ser desheredados, según los diversos supuestos que pudieren darse, atendiéndose a su nivel de madurez y capacidad, su entorno social y/o familiar u otras circunstancias. Así también parece entenderlo la Dirección General en su doctrina reiterada cuando alude y se refiere a “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” y señala “... Sin embargo, esta doctrina no empece para que se niegue ab initio eficacia a las desheredaciones... 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”.

La doctrina de la Dirección General requiere que los desheredados tengan “un mínimo de madurez física y mental” para reconocerles aptitud para ser desheredados. Igualmente, esa misma doctrina rechaza que pueda “negarse ab initio eficacia a las desheredaciones que se refieran 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.” Conviene destacar que la Dirección General, cuando señala su rechazo a la negativa ab initio de esas desheredaciones que se refieren a personas que, de modo patente e indubitado, resulte que no tienen aptitud, pone como ejemplo “de modo patente e indubitado” de falta de aptitud o idoneidad” el de un recién nacido. El ejemplo empleado por la Dirección General no puede ser más patente e indubitado, lo que nos indica el camino por el que ha de transitar la interpretación de los diversos supuestos que hubiéramos de analizar. Por ello, no podemos perder de vista ese ejemplo a la hora de interpretar en qué supuestos debemos considerar acreditada o no, de modo patente e indubitado, la ineptitud o falta de idoneidad del menor para ser desheredado.

Tampoco podemos olvidar las muestras de reconocimiento de cierta capacidad/ madurez respecto de los menores que se contienen en nuestro Código Civil. Así, en materia de familia, véanse, entre otros, los arts. 92.6 CC “...6. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, las partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, y valorar las alegaciones de las partes, la prueba practicada, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda...”; el 159 CC: “Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El Juez oír, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran

mayores de doce años.”; 162, párr. último CC: “...Para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales se requiere el previo consentimiento de éste si tuviere suficiente juicio, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 158”. De igual modo, el Tribunal Supremo ha reiterado, en sede de derecho de familia, se deberá escuchar a los menores en ese tipo de procedimientos siempre que sean mayores de 12 años o, cuando aún no tengan esta edad, sí tuvieran la suficiente madurez para ser escuchados. Y, en materia testamentaria, el artículo 663.1.º CC señala que “Están incapacitados para testar: 1.º Los menores de catorce años de uno y otro sexo...”, de donde se desprende, de modo patente e indubitado, que pueden ser desheredados los menores mayores de catorce años, pues resultaría incongruente que se les reconociera capacidad para hacer testamento y no se le considerara aptos/idóneos para ser desheredados. Como conclusión, con base a lo expuesto hasta este punto y a lo que se expondrá seguidamente, podemos señalar que algunos menores de edad pueden ser desheredados y que su desheredación dependerá de las circunstancias que se dieren en cada supuesto, correspondiendo a los jueces en exclusiva la decisión de sí tienen o no aptitud o capacidad para ser desheredados. Los artículos del CC antes reseñados presuponen un mínimo de madurez mental en los menores, pues, de lo contrario, carecería de sentido su intervención para ser oídos y escuchados.

Y obviamente la reseñada doctrina de la Dirección General exige al funcionario calificador, para negar ab initio eficacia a esas desheredaciones, que resulte acreditado, de modo patente e indubitado, esa falta de aptitud o idoneidad para ser desheredado por tratarse de un/una registrador/a y carecer, en consecuencia, de facultades para enjuiciar supuestos no patentes ni indubitados, cuyos supuestos han de considerarse excluidos del ámbito de la función calificadora. En el supuesto contenido en la escritura calificada, resulta más que discutible que a la Sra. Registradora, con el simple examen de dicho título, le haya podido resultar acreditado, de modo patente e indubitado, que los dos menores carecen de aptitud/idoneidad para ser desheredados.

– El profesor de Derecho Civil de la Universidad de Cádiz, D. M. A. G. V., en un artículo titulado “La desheredación del menor de edad” y publicado/recibido en la Revista Boliviana de Derecho N.º 32, julio 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 384-465 sostiene la posibilidad de desheredar a menores y analiza las diferentes causas de desheredación que se les podría imputar y las circunstancias exigidas para ello. Transcribimos a continuación las conclusiones que recoge al final de su estudio.

“X. Breves conclusiones.

Vertidas las consideraciones expuestas en este trabajo, ahora estamos en disposición de dibujar unas conclusiones a modo de recapitulación reflexiva.

Hemos visto que la desheredación, como sanción familiar, debe ser interpretada a la luz del fundamento del sistema legitimario, que no es otro que la solidaridad familiar y, en concreto, atendiendo a los derechos y deberes que emanan del negocio jurídico de Derecho de familia. La aplicación de la regla hermenéutica odiosa sunt restringenda es peligrosa y engañosa en el ámbito de la desheredación, pues la solidaridad familiar es predicable tanto respecto a la figura del testador, que debe respetar la legítima de sus parientes más cercanos, como en cuanto al legitimario, que, para recibir la legítima, debe rendir tributo a la solidaridad familiar cumpliendo, como mínimo, los deberes que le incumbe. Por ello, lo que puede ser odioso o perjudicial para el legitimario lo será también para el testador si ve como su libertad de testar queda reducida a su mínima expresión ante un clamoroso incumplimiento de los deberes familiares por parte de los legitimarios. 194 SAP Barcelona 23 enero 2018 (JUR 2018, 38445).

Este planteamiento es predicable cuando hemos tratado la desheredación del menor de edad, si bien en estos casos concurren unos matices propios. El menor de edad, lejos de ser una persona incapaz, está dotado de cierta capacidad de obrar y, consecuentemente, presenta en ocasiones la aptitud para responder de sus actos. En esta nueva singladura, donde hay un ensanchamiento de la capacidad y responsabilidad

del menor, constituiría un reduccionismo negarle capacidad para ser desheredado. Entre las posturas doctrinales que existen sobre el particular, abogamos aquellas en donde la desheredación del menor de edad debe quedar al albur del arbitrio judicial, debiendo ser valorada su capacidad según la concreta causa de desheredación que se le impute, al estar cada una de ellas dotada de su propia idiosincrasia. En este contexto, hemos diferenciado, en cuanto a la desheredación del menor de edad, sus distintas causas, describiendo los avatares que presenta cada una de ella.

En cuanto a la negativa injustificada a prestar alimentos, difícilmente se podrá desheredar a un menor de edad por esta causa, toda vez que estando sujeto a la patria potestad, difícilmente podrá configurarse como alimentante en el binomio que le liga con sus padres o ascendientes. No obstante, y dada cuenta que existen menores con recursos propios, como jóvenes futbolistas con contrato de patrocinio, youtuber, artistas o, sencillamente, menores sumergidos en el mundo laboral, que habitan con los padres en la vivienda familiar, es posible que estos se nieguen a cumplir el deber de contribuir, equitativamente, al sostenimiento de las cargas familiares. En nuestra opinión, si los hijos tienen recursos suficientes y bienes que, por aplicación del artículo 164 CC, queden excluidos de la administración paterna, y los padres precisan, por su precariedad económica, de la ayuda económica del hijo, estos podrán desheredar a su descendencia por inhibirse en el deber cristalizado en el artículo 155.20 CC, cuyo fundamento es el mismo que el de la legítima: la solidaridad familiar. Podría decirse que esto supondría una aplicación analógica in mala partem del artículo 853.1 a CC, pero si tenemos en cuenta que el Tribunal Supremo dijo que el maltrato psicológico estaba comprendido en el mismo dinamismo conceptual que el maltrato de obra, ahora nosotros decimos que, si se dan los requisitos expuestos, la negativa del hijo a contribuir, equitativamente, al sostenimiento de las cargas de la familia también forma parte del mismo dinamismo conceptual de la negativa injustificada a prestar alimentos.

Respecto a las injurias y el maltrato de obra, si el menor de edad tiene suficiente discernimiento, puede afirmarse que la regla general es la posibilidad de desheredar a un menor de edad que ha injuriado o golpeado a su ascendencia, toda vez que estas son de las expresiones más sintomáticas y exacerbadas del incumplimiento del deber de respeto que atañe a los hijos y, por extensión, a los nietos. No obstante, y aun habiendo sido condenado el menor por un delito protagonizado contra su ascendencia, es posible que la desheredación por la vía del artículo 853-2.º CC no se contemple como justa. El criterio rector que debe presidir la desheredación del menor de edad es que este no solo tenga facultades intelectivas y volitivas para comprender los hechos en que se base la causa desheredationis, sino también que este pueda guiarse en orden al estricto cumplimiento de la solidaridad familiar. Si el menor, por conductas imputables a sus progenitores, tiene una mirada opaca hacia el concepto de solidaridad familiar, porque estos le educaron en un clima de violencia injustificado, sería excesivo sancionar al menor con la privación de la legítima, pues, como hemos dicho, los progenitores recogieron lo que sembraron.

Por último, tenemos el maltrato psicológico, caracterizado por un abandono injustificado y continuado. Sin duda, se trata de la causa de desheredación del menor de edad más conflictiva, que exigirá evaluar factores tales como la edad del menor, su madurez, la conducta del progenitor que denuncia el abandono y, no menos importante, el comportamiento del progenitor que desempeña la custodia y que puede ejercer una suerte de mobbing familiar. Hemos dicho que si el menor de edad, por las obras y milagros del ascendiente con el que está más vinculado, visualiza al pariente que reclama su atención y respeto como un extraño o un ser repulsivo, merced de la influencia negativa que ejerce el otro ascendiente, es posible exonerar al menor de edad del maltrato psicológico. Todo dependerá del grado de vinculación del menor de edad con el progenitor o ascendiente que ejerce la influencia negativa y, sobre todo, de sus condiciones de madurez, pues es posible que, aun acreditado el mobbing familiar, las condiciones de madurez del menor le permita superar dicha influencia, siendo posible que haya menores que, por simple desidia, no deseen ver a un abuelo o un progenitor,

escudándose posteriormente en el proceso de desheredación en la alineación del progenitor custodio para justificarse en una conducta que, de ser voluntaria y libre, atenta contra el deber de respeto filial.

Dejando al margen las causas de desheredación, hemos tratado los problemas que se pueden dar en la ladera fáctica en torno a la reconciliación o el perdón, pues es perfectamente posible que un progenitor, que deshereda a su hijo menor, vea con resignación como tiene que tolerar que este siga habitando en la vivienda familiar, toda vez que las causas de extinción de alimentos previstas en el artículo 152 CC no son aplicables cuando el hijo está sujeto a la patria potestad. En nuestra opinión, y a pesar de que el perdón, como conducta unilateral, tenga potencialidad para dejar sin efecto la desheredación articulada en testamento, los Tribunales deberán ser recelosos a la hora de exigir una prueba que demuestre, sin ambages, que el testador quiso dejar sin efecto la desheredación, no pudiéndose tratar la mera convivencia como una prueba del perdón o reconciliación. Finalmente, podría ofrecerse en este trabajo una propuesta de *lege ferenda* en torno a la desheredación del menor de edad, pero, desde nuestro prisma, ello no solucionaría los problemas expuestos en este trabajo, pues aunque se tipifique expresamente la posibilidad de que el menor de edad sea desheredado, la problemática seguirá quedando al albur del criterio judicial, debiéndose valorar su imputabilidad según el discernimiento, los antecedentes familiares y, no menos importante, los hechos imputados, desaconsejándose la tipificación de una franja de edad, pues puede haber menores con una edad inferior a los catorce años –edad penal– suficientemente maduros para comprender que golpear a un progenitor atenta contra la solidaridad familiar y, a la inversa, menores de dieciséis años que, por la influencia negativa de uno de los progenitores, no lleguen a comprender que el abandono que ejercen sobre el progenitor o ascendiente que tiene un régimen de visitas puede ser una causa de desheredación...”.

c. En cuanto al momento en el que han de darse los hechos o conductas en que se fundamenta la desheredación, creemos conveniente reseñar que la desheredación encierra en sí misma una condición, es decir, es condicional *per se*, pues los hechos en que se fundamenta han de ser necesariamente probados si es impugnada; lleva ínsita una *conditio iuris*. Por ello, V. G. admitía la desheredación condicional si la condición consistía en probar los hechos en que se fundamentaba.

Ningún artículo del código civil establece de forma expresa que la causa de la desheredación deba haberse producido al tiempo de otorgar el testamento. Y ésta es la doctrina mantenida y reiterada por la Dirección General y por los tratadistas de derecho civil que extraen esta conclusión del texto del artículo 849 CC (“Art. 849.–La desheredación sólo podrá hacerse en testamento, expresando en él la causa legal en que se funde”, si bien este arto no contiene alusión alguna al momento en que ha de darse la causa desheredationis). Ahora bien, ciertas causas de desheredación, como la del maltrato psicológico equiparable a obra, tienen su justificación en hechos que pueden resultar difíciles de probar al tiempo de otorgar testamento o cuya prueba podría obtenerse con posterioridad al otorgamiento del testamento. Frente al argumento de algunos que niegan la desheredación condicional consistente en que el testador, una vez dada o acaecida la causa desheredationis, puede hacer testamento y desheredar, se puede contraargumentar indicando que, una vez formalizada la desheredación en testamento respecto de quienes se está recibiendo el mismo trato vejatorio que su ascendiente desheredado, el testador puede dejarla sin efecto igualmente con un nuevo testamento. Por ello, consideramos que podría flexibilizarse la interpretación de las normas relativas a la desheredación, en la línea iniciada por el Tribunal Supremo en sus sentencias de 3 de Junio de 2014 y 30 de Enero de 2015, y aceptar la eficacia de la causa de desheredación por maltrato psicológico si se diere al menos a la fecha del fallecimiento del testador, y ello teniendo en cuenta que el artículo 667 CC dispone: “El acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos, se llama testamento”; y por la naturaleza jurídica del testamento, considerado por toda la doctrina como un negocio jurídico consistente en un acto por el

que una persona dispone de todo o parte de su patrimonio para después de su muerte, sin perjuicio de que esa declaración de voluntad pueda también referirse a actos de contenido no patrimonial (reconocimiento de hijos, designación de tutor, etc.). En consecuencia, frente a los terceros el testamento es irrelevante hasta que no se abra la sucesión, hasta la muerte del testador. Además, en el propio acto del otorgamiento del testamento y en el espacio temporal comprendido entre el día del otorgamiento del testamento y el día del fallecimiento del testador, sería posible, mediante otro testamento y en función de las circunstancias que se dieran a juicio del testador, incluir o eliminar de su contenido cláusulas de desheredación. Si ello no se aceptara, podríamos estar privando de la posibilidad de desheredar a personas que se encuentran en situaciones especiales. Pensemos en una persona de avanzada edad o de salud delicada que acudiera a un despacho notarial para desheredar por el maltrato psicológico que, a su juicio (la apreciación de dicho maltrato es puramente subjetivo y depende del carácter de cada persona, pues lo que constituye maltrato psicológico para unas personas, podría no serlo para otras), está recibiendo de uno de sus hijos y de sus nietos de corta edad de ese hijo, maltrato derivado del comportamiento y conducta que vienen teniendo los mismos hacia el testador. Si se aceptara lo que propugnamos (que la conducta puede apreciarse también en estos supuestos a la fecha del fallecimiento), habría más probabilidades de que prosperara la desheredación, si fuere contradicha por los desheredados y reconocida judicialmente, y que se cumpliera la voluntad del testador plasmada en el testamento, ley de su sucesión, pues durante el periodo temporal que transcurriera desde el testamento hasta el fallecimiento del testador, esos nietos de corta podrían haber crecido y adquirido la madurez, física y mental, requerida para ser desheredados, circunstancia que, en cualquier caso, quedaría a la apreciación de los tribunales de Justicia. Si a esa persona le negáramos la posibilidad de desheredar por la corta edad de sus nietos al tiempo de hacer su testamento y ante la posibilidad de poder desheredarlos en un momento posterior una vez alcanzada la madurez exigible, podríamos estar privándole de su derecho a desheredar si, una vez alcanzada la madurez por sus nietos, dicha persona hubiere fallecido o perdido sus facultades mentales. De ahí que lo pragmático fuera aceptar que alguna causa de desheredación por su especial idiosincrasia, como por ejemplo el maltrato psicológico, pudiere apreciarse también al tiempo del fallecimiento del testador y dejar que sean los jueces quienes se pronuncien acerca de la eficacia o no de la desheredación ordenada, si la misma fuere impugnada por los desheredados. Con esta interpretación de menor rigidez no se altera para nada la situación de los desheredados para defender sus derechos y se favorecería más la desheredación. Con tal flexibilización no se excluirían algunos supuestos de desheredación merecedores de tutela normativa.

d. Y, en cuanto a la competencia de la Sra. registradora para determinar si un menor de edad tiene aptitud o no para ser desheredado, consideramos que dicha cuestión, salvo que la falta de aptitud/idoneidad resultare acreditada de un modo patente e indubitado, habrá de ser resuelta en el correspondiente proceso iniciado a instancia de parte legitimada y cuya competencia está reservada por la Constitución Española (CE) en exclusiva a los Jueces. Así señala el artículo 117.3 de la CE; “3. El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan.”

La decisión acerca de si una persona tiene o no aptitud para ser desheredado exige, salvo que la falta de aptitud/idoneidad resultare acreditado de un modo patente e indubitado, una audiencia con los desheredados, informes periciales, así como un conocimiento de su entorno familiar y/o social, lo que no acontece ni se da en el estricto marco de la función calificadora encomendada a los registradores, quienes han de calificar por lo que resulte del/de los título/s presentado/s y del contenido de los libros del Registro.

Entendemos que el notario no puede rechazar la causa de desheredación alegada por quien acude al mismo para otorgar testamento ni los hechos que la sustentan y, si el

testador persiste en su voluntad de desheredar, debe otorgarse el testamento, y ello sin perjuicio de poder realizarle las advertencias que se consideren pertinentes acerca del encaje de esas causas entre las legales previstas en el CC para desheredar y de su viabilidad ante los Tribunales, si fueren impugnadas.

La fijación y determinación de si la desheredación ordenada es o no justa o si tienen o no aptitud/capacidad los desheredados para serlo, salvo que tal falta de aptitud conste de modo patente e indubitado, corresponderá en exclusiva a los jueces, quienes en el correspondiente juicio podrán recabar los testimonios e informes de cualquier naturaleza que estimen necesarios. Todo ello queda fuera del ámbito y competencia de la función calificadora.

No parece que, en el supuesto contenido en la escritura calificada, la Sra. Registradora pueda sostener que, de modo patente e indubitado, los menores desheredados son personas carentes de aptitud para ello sin previa declaración judicial al efecto. Comprendemos y valoramos positivamente desde un punto de vista humano la defensa y protección de los dos menores que pretende hacer la Sra. Registradora con su nota de calificación, pero, desde una perspectiva jurídica, es lo cierto y real que carece de competencia para ello al quedar al albur de una hipotética declaración judicial la determinación de la aptitud o capacidad para ser desheredados. Por otra parte, la defensa y protección de esos menores por la desheredación aquí debatida corresponde a los mismos, por medio de sus representantes legales, y así les está reconocido legalmente (art. 850 CC).

Todo lo aquí sostenido se desprende de la doctrina reiterada de la Dirección General según ha quedado reseñado bajo las letras "a" y "b" precedentes de este fundamento y resultará de las resoluciones de la misma que se indican en el fundamento de derecho siguiente.

Cuarto. Las resoluciones de la Dirección General de 1 de septiembre de 2016 (fundamentos de derecho 2, 3 y 4), de 25 de mayo de 2017 (fundamentos de derecho 4,5 y 6) y la de 6 de marzo de 2019 (fundamentos de derecho 3, 4 y 5) se pronuncian en idéntico sentido respecto de la cuestión a resolver en este recurso. Para abreviar nos limitaremos a transcribir por todas ellas los fundamentos 3, 4 y 5, exceptuando el último párrafo del 5, de la de 6 de marzo de 2019:

"... 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 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'..."

Quinto. La inscripción que se pretende, de consumarse, no privaría a los desheredados de su derecho a impugnar la desheredación y, consiguiente, la partición formalizada, sin que a este fecha conste se haya ejercitado tal derecho por quienes pudieran hacerlo. Por tanto, la Sra. Registradora, de acceder a la inscripción, no impediría ni obstaculizaría el ejercicio de ese derecho, cuyo ejercicio, además, los desheredados podrían anotar preventivamente en el Registro. Por el contrario, con su negativa, actúa como defensora de derechos de unos desheredados, que nada han hecho, pudiendo hacerlo, para defenderse.

La Sra. Registradora, al negar el acceso del título presentado al registro de la propiedad, tergiversa e invierte los efectos de la desheredación, ya que por un lado obliga a los herederos a tener que desvirtuar su nota de calificación, no aceptando que por sí solos pudieran formalizar la partición y adjudicación, cuando ni siquiera existe una impugnación por parte de quienes han tenido derecho a ejercitar las acciones correspondiente contra la desheredación; y por otro lado, se pronuncia acerca de la aptitud o no aptitud de alguno de los desheredados para incurrir en causa de desheredación, pronunciamiento que compete en exclusiva a los tribunales de justicia, quienes tienen atribuida tal función de juzgar.

De mantenerse la calificación recurrida, se alteraría el equilibrio que la normativa atribuye y establece entre los tres sujetos de la desheredación. Así al testador la ley le atribuye la facultad de desheredar dentro de los límites y requisitos marcados por la propia ley. A los herederos, una vez ordenada la desheredación, les faculta para hacer la partición sin que tenga/n que intervenir el/los desheredado/s. Y, por último, al/a los desheredado/s le/s reconoce la posibilidad y facultad de impugnar la desheredación, en defensa de su derecho a suceder, negando las causas en que pudiera fundamentarse o alegando los vicios en que se pudiera haber incurrido al ordenarse la misma; todo ello lo altera la Sra. registradora como hemos dicho, obligando a los herederos a determinadas actuaciones que no tendrían por qué realizar. La Sra. registradora sentenciando la ineptitud de los menores en forma absoluta para ser desheredados, rompe altera y tergiversa todo este equilibrio, amén de que invade competencias judiciales, pues dicha decisión está reservada a los Tribunales de Justicia por la Constitución Española.

La nota calificadora parece adolecer de una cierta incongruencia; por un lado, considera a los menores desheredados carentes de la capacidad para ser imputados por causa alguna de desheredación, con lo cual no los considera apartados y exige su intervención en la partición y adjudicación y, por otro, se solicita en la nota que se manifieste si esos menores han dejado descendencia o no, con lo cual parece dar por buena la efectividad de la desheredación de esos menores y su apartamiento en la formalización de la partición, pues, de lo contrario, carecería de sentido el que se requiera a los herederos la manifestación de si hay o no descendiente alguno de esos nietos desheredados.

Por último, resta destacar que la inscripción de una partición de herencia sin intervención de los herederos forzosos no es extraña en el ámbito hipotecario. Así se admite por la Dirección General la inscripción de la partición realizada por contador partidor sin necesidad de que intervengan los herederos forzosos o legitimarlos que tuvieran derecho a legítima en esa partición, objeto del título, y ello, sin perjuicio de que esos herederos forzosos pudieran impugnarla por lesión de sus derechos legítimos. La situación del legítimo desheredado, que no interviene en la partición de cuyas operaciones particionales ha sido apartado por causa de su desheredación, es similar a la del legítimo que no participa en la partición efectuada solo por contador partidor. Tanto uno como otro conservan las acciones reconocidas en Derecho para reclamar lo que les pudiera corresponder como herederos forzosos.»

IV

Mediante escrito, de fecha 24 de octubre de 2023, la registradora de la Propiedad emitió informe y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 10, 24 y 39 de la Constitución; la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil; los artículos 3 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores; 14, 20, 46, 154, 164, 166, 177, 240, 241, 245, 246, 443, 625, 626, 658, 662, 663, 688, 701, 775, 806, 814, 848, 849, 850, 851, 853, 857, 885, 929, 1057, 1058, 1263, 1264, 1329, 1338 y 1903 del Código Civil; 14, 15, 18 y 326 de la Ley Hipotecaria; 4, 5 y 20 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas; las leyes 46 y 184 de la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo; los artículos 211-2, 211-5, 211-7 y 211-12 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia; la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989; el Convenio de La Haya para la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, de 29 de mayo de 1993; el Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000; la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006; el Convenio del Consejo de Europa relativo a la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007; el Convenio Europeo en materia sobre la adopción de menores, hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008; el Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996; el artículo 80 del Reglamento Hipotecario; las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de enero de 1959, 17 de junio de 1967, 24 de octubre de 1972, 20 de febrero de 1981, 31 de octubre de 1995, 29 de noviembre de 2012 y números 258/2014, de 3 de junio, 59/2015, de 30 de enero, 401/2018, de 27 de junio, 104/2019, de 19 de febrero, 267/2019, de 13 de mayo, 419/2022, de 24 de mayo, y 556/2023, de 19 de abril; 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, 3 de marzo de 1989, 4 de mayo de 1999, 3 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 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, 1 y 3 de octubre de 2019, y las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 11 de junio y 5 de noviembre de 2020, 28 de enero y 10 de febrero de 2021, 20 de julio de 2022 y 24 de octubre de 2023.

1. Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura, otorgada el día 12 de noviembre de 2020, de aceptación y adjudicación de la herencia causada por doña M. C. A. C., fallecida el día 17 de julio de 2020, en estado de viuda y dejando tres hijos –don M., don E. y don F. A. G. A.–. Intervienen los dos herederos instituidos.

En su último testamento, de fecha 28 de mayo de 2015, instituye herederos a sus dos hijos don E. y don F. G. A., y deshereda a su hijo don M. G. A., conforme al artículo 853.2.^a del Código Civil; asimismo deshereda a sus nietos, hijos de su hijo

desheredado, doña S. y don M., de trece y ocho años de edad respectivamente, «conforme al artículo 853, causa 2.ª del Código Civil, toda vez que los mismos han despreciado su persona al no preguntar por ella, ignorándola, y visitarla solo de forma ocasional e interesada cuando han precisado ayuda alguna, por lo que tienen un escaso trato personal con ella, comportamiento que no se corresponde igualmente con el cariño y afecto que se ha de dar a una abuela. Todo ello entiende la testadora que constituye un mal trato psicológico injustificado e inmerecido pues se considera una buena madre y abuela que siempre ha estado disponible cuando la han necesitado y que les ha prestado la ayuda que su situación personal y sus posibilidades le han permitido».

La registradora señala como defecto, único recurrido, que, siendo desheredados dos legitimarios en el testamento de la causante menores de edad al tiempo del otorgamiento, no puede prescindirse de su intervención en la partición de herencia, ya que carecen los menores de aptitud para que le sea jurídicamente imputable la conducta que constituye la causa legal de desheredación. Por ello, siendo menores de edad en la fecha del testamento dos legitimarios desheredados, y careciendo de la aptitud necesaria para que les sea imputada la conducta especialmente gravosa en que la desheredación se funda, es necesaria su intervención en la partición.

El notario recurrente alega que la registradora no tiene atribuida competencia para negar eficacia a un testamento en el que se ordena la desheredación de dos nietos de la testadora, menores de edad, sin que los tribunales de Justicia hayan decretado tal ineficacia en el correspondiente juicio contradictorio iniciado a instancia de parte legitimada legalmente para ello, ni tiene competencia para afirmar que los menores no tienen aptitud para ser desheredados; que la desheredación de menores dependerá de las circunstancias que se dieren en cada supuesto, correspondiendo a los jueces en exclusiva decidir si tienen o no aptitud o capacidad para ser desheredados, dado que la ley presupone un mínimo de madurez mental en los menores, pues, de lo contrario, carecería de sentido su intervención para ser oídos y escuchados; que a la registradora, con el simple examen del título, no le ha podido resultar acreditado, de modo patente e indubitado, que los dos menores carecen de aptitud o idoneidad para ser desheredados; que tras un análisis pormenorizado de las distintas causas de desheredación en relación con la capacidad volitiva, madurez e idoneidad de los menores para incurrir en ellas, a la vista de la cantidad de circunstancias que determinan las actuaciones de los menores en orden a esas posibles causas de desheredación, es imposible determinar cuáles son las condiciones de madurez e idoneidad para ser considerados imputables a los efectos de ser desheredados; que, en consecuencia, la fijación y determinación de si la desheredación ordenada es o no justa o si tienen o no aptitud y capacidad los desheredados para serlo, salvo que tal falta de aptitud conste de modo patente e indubitado, corresponderá en exclusiva a los jueces que determinarán si esos menores son o no inimputables; que es precisa una declaración judicial para privar de efectos a un testamento que no incurra en caducidad ni en vicios sustanciales de forma y 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 en tanto no se haya producido una resolución judicial en virtud de reclamación de quien se considere injustamente desheredado; que 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 no expresa ni concreta la capacidad para ser desheredado, es indudable que se requiere un mínimo de madurez física y mental para que una persona pueda ser civilmente responsable del acto que se le imputa; 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; que no se priva a los desheredados de su derecho a impugnar la desheredación y consiguiente partición

formalizada; que la inscripción no obstaculiza ni impide el ejercicio de ese derecho, con cuyo ejercicio, además, los desheredados podrían anotar preventivamente en el Registro, siendo que, con su negativa, actúa como defensora de derechos de unos desheredados, que nada han hecho, pudiendo hacerlo, para defenderse; que negando la inscripción, se altera el equilibrio que la normativa atribuye y establece entre los tres sujetos de la desheredación, al testador al que la ley le atribuye la facultad de desheredar dentro de los límites y requisitos marcados por la propia ley, a los herederos, que una vez ordenada la desheredación, les faculta para hacer la partición sin que tengan que intervenir los desheredados, y a estos últimos que, se les reconoce la posibilidad y facultad de impugnar la desheredación, en defensa de su derecho a suceder, negando las causas en que pudiera fundamentarse o alegando los vicios en que se pudiera haber incurrido al ordenarse la misma; que la inscripción de una partición de herencia sin intervención de los herederos forzosos no es extraña en el ámbito hipotecario, dado que cabe la inscripción de la partición realizada por contador-partidor sin necesidad de que intervengan los herederos forzosos o legitimarlos que tuvieran derecho a legítima en esa partición, sin perjuicio de que esos herederos forzosos pudieran impugnarla por lesión de sus derechos legitimarios; que la situación del legitimario desheredado, que no interviene en la partición de cuyas operaciones particionales ha sido apartado por causa de su desheredación, es similar a la del legitimario que no participa en la partición efectuada solo por contador partidor, ya que tanto uno como otro conservan las acciones reconocidas en Derecho para reclamar lo que les pudiera corresponder como herederos forzosos.

2. Para la resolución de este expediente, es conveniente recordar la reiterada y asentada doctrina de este Centro Directivo –como bien recopila el notario autorizante– que establece 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, con base en una de las causas tasadas establecidas en la ley.

Para inscribir la adjudicación hereditaria en caso de desheredación de algún legitimario es necesario que se cumplan los siguientes requisitos que, entre otros, son propios de toda desheredación:

- a) que dicha privación de la legítima se funde en una de las causas de establecidas en la ley y sea expresada en el testamento (artículos 848 y 849 del Código Civil).
- b) que la certeza de la causa expresada no sea negada por los desheredados o, si se ha negado, que haya sido probada por los herederos (arts. 850 y 851).
- c) que, mientras no se declare judicialmente que no es cierta la causa de desheredación, intervengan los hijos o descendientes de los desheredados (salvo que se trate de un caso en que el testador haya nombrado contador-partidor con facultades para realizar la partición de la herencia de la que resulte que se ha reconocido la legítima a tales herederos forzosos).

En cuanto a los efectos de la falta de estos requisitos, 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».

3. La desheredación constituye un acto de voluntad testamentaria de apartar de la sucesión a un legitimario. 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 (cfr. las Resoluciones de este Centro Directivo de 25 de mayo de 2017, 6 de marzo y 3 de octubre de 2019, 5 de noviembre de 2020 y 10 de febrero de 2021).

4. En el supuesto de este expediente, se debate la exigencia de que el desheredado sea imputable a los efectos de la realización u omisión de la conducta que da lugar a la causa de la desheredación. En este punto, la doctrina reiterada de este Centro Directivo 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 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» (vid. las citadas Resoluciones de 25 de mayo de 2017, 6 de marzo y 3 de octubre de 2019 y 5 de noviembre de 2020, que siguen la línea de otras anteriores en nuestro sistema, de conformidad con una reiterada doctrina jurisprudencial).

Así, la cuestión es si la registradora tiene competencia para negar la eficacia de un testamento en el que se ordena la desheredación de descendientes de la testadora, menores de edad, sin que los Tribunales de Justicia hayan decretado tal ineficacia en el correspondiente juicio contradictorio iniciado a instancia de parte legitimada legalmente para ello, lo que nos lleva a determinar previamente si los menores tienen o no aptitud para ser desheredados.

5. La mayoría de edad, que la Constitución marca en los dieciocho años (vid. también el artículo 240 del Código Civil), habilita para la realización de todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por dicho Código. Pero no fija éste cuál sea la edad determinante de la capacidad para ser desheredado. De la doctrina expuesta tampoco resulta que la mayoría de edad sea la determinante de la aptitud para ser desheredado, y se limita a expresar que «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».

La edad supone una posición dinámica del sujeto de derecho, y la capacidad que exponencialmente pende de ella depende de la inteligencia y de la voluntad, que al no ser iguales en todos los hombres hace que la capacidad sea contingente, variable y graduable, lo que nos permite hablar de personas capaces, con discapacidad o en su caso, necesitadas de medidas de apoyo. La capacidad se presume plena por regla general, por el principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad (artículo 10 de la Constitución) y por ello las limitaciones han de ser expresas y en caso de duda se interpretarán restrictivamente. La capacidad se determina frente a cada tipo de acto, lo que permite hablar, entre otros supuestos, de capacidad para contratar (artículo 1263, 1264 del Código Civil), capacidad para testar (artículo 662 y siguientes del Código Civil), capacidad para hacer donaciones (624 y siguientes del Código Civil). Así, el carácter graduable hace que la ley unas veces la niegue y otras la condicione o limite dando pie a que la doctrina haya distinguido entre incapacidades, prohibiciones y limitaciones. Incluso, ostentando la mayoría de edad (18 años cumplidos conforme el artículo 240 del Código Civil), hay grados de edad superiores, por ejemplo, los 25 años exigidos para la adopción o los 75 años a que se reduce el plazo para la declaración de fallecimiento en la hipótesis del ausente.

Por otra parte, la mayoría de edad opera en los campos administrativo y político, además del civil, u otros de cualquier otra naturaleza y en cada uno tiene diferentes efectos. En los casos regulados, esta capacidad se produce de modo automático, no dependiendo de la voluntad del mayor o de quienes hasta entonces ejercían la potestad sobre él, y supone la plena independencia de la persona física y la salida instantánea de la patria potestad o tutela sin formalidades. En definitiva, la llegada de la mayoría de edad significa la desaparición de cualquier causa de restricción de la capacidad que determina la menor edad y en este sentido, el artículo 246 del Código Civil dispone: «El mayor de edad puede realizar todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código».

Pero esto no significa que esa mayoría de edad sea determinante, dado que existen numerosas excepciones en la legislación común y foral.

6. En los derechos forales, siempre ha habido mayor capacidad de actuación para los menores.

En Aragón, son mayores de edad los menores desde el momento en que contraen matrimonio, y la representación legal del menor concluye a los catorce años; el menor de edad, cumplidos los catorce años, aunque no esté emancipado, puede celebrar por sí toda clase de actos y contratos, con asistencia, en su caso, de uno cualquiera de sus padres que esté en ejercicio de la autoridad familiar o, en su defecto, del tutor, si no,

podrá solicitarla a la junta de parientes o al juez (artículos 4, 5 y 20 del Código de derecho Civil Foral de Aragón).

La Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo, establece una rica regulación en su ley 46: «Capacidad. La capacidad plena se adquiere con la mayoría de edad al cumplirse los 18 años. Menores de edad. Los menores de edad tienen capacidad para todos los actos relativos a los derechos inherentes a su persona que, de acuerdo con su madurez, puedan ejercer por sí mismos, para los actos y contratos que las leyes les permitan realizar solos o con la asistencia de sus representantes legales, así como para los relativos a los bienes y servicios ordinarios que sean propios de su edad conforme a los usos sociales. Para celebrar contratos que les obliguen a realizar prestaciones personales, se requiere su previo consentimiento si tienen suficiente madurez y, en todo caso, si son mayores de 12 años, debiendo ser oídos, también en tales casos, para cualesquiera otros actos o contratos que les afecten. Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán siempre de forma restrictiva y en su interés. Menores de edad mayores de 14 años. Sin perjuicio de todos aquellos actos que puedan realizar conforme a las leyes, los menores de edad que sean mayores de 14 años tendrán capacidad para los actos determinados en esta Compilación. Además, pueden aceptar por sí solos toda clase de liberalidades por las que no contraigan obligaciones, aunque aquellas contengan limitaciones o prohibiciones sobre los bienes objeto de liberalidad. Menores de edad mayores de 16 años. Los mayores de 16 años no emancipados pueden realizar los actos de administración ordinaria de los bienes que hayan adquirido con su propia actividad lucrativa. Podrán también consentir en documento público los actos de disposición de sus progenitores a los que se refiere el apartado segundo de la ley 66, en cuyo caso no será precisa la autorización judicial»; y de la ley 184 se deduce que pueden testar con catorce años.

El capítulo I, del título I, «Personalidad civil y capacidad», del libro segundo del Código civil de Cataluña en el título, destaca en el texto que la capacidad de obrar se fundamenta en la capacidad natural (artículo 211-2 Código Civil de Cataluña), y el menor puede hacer por sí solo, según su edad y capacidad natural, los actos relativos a los derechos de la personalidad o a bienes o servicios «propios de su edad», de acuerdo con los usos sociales; los hijos emancipados actúan como mayores, pero necesitan asistencia de padre, madre, curador o cónyuge mayor de edad para los actos que excedan de la administración ordinaria respecto de sus bienes adquiridos con su trabajo; el complemento puede darse no con carácter general pero si para distintos actos de la misma clase aunque sean futuros (artículos 211-5, 211-7 y 211-12 del Código Civil de Cataluña).

7. En el Derecho Civil común, modernamente se ha desarrollado una corriente legislativa muy intensa, que dimana del artículo 39 de la Constitución, encaminada al reconocimiento de los derechos de los menores y a su protección jurídica. Así la Ley Orgánica de 15 de enero de 1996 de Protección Jurídica del Menor, en la que, además de una modificación en la regulación del acogimiento y la adopción y una regulación «ex novo» de la adopción internacional, se consagraban, por primera vez, una serie de derechos del menor; las leyes de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia de 22 de julio, Orgánica, y 28 de julio del 2015, ordinaria, en la que se establece como principio general que «las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor»; la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989; el Convenio de La Haya para la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, de 29 de mayo de 1993; el Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental; la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006; el Convenio del Consejo de Europa relativo a la protección de los niños contra la explotación y el abuso

sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007; el Convenio del Consejo de Europa sobre la adopción de menores, hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008; el Convenio de La Haya relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, de 28 de mayo de 2010; de todas ellas se traduce una cada vez mayor capacidad de actuación para los menores dependiendo de su capacidad natural y madurez.

Lo cierto es que el Código Civil no regula ordenadamente la situación del menor de edad, sino que, al disciplinar el contrato u otros negocios, regula aisladamente qué puede y no puede hacer. Así, el menor puede realizar por sí mismo ciertos actos o negocios jurídicos en los que basta la capacidad natural de querer y entender para realizarlos y por ello la ley no establece un tope mínimo de edad: la posesión, y por ello también la ocupación de muebles, tesoro y la usucapión (artículo 443 del Código Civil); la aceptación de donaciones que no sean condicionales u onerosas (artículos 625 y 626, y Resolución de 3 marzo de 1989); aceptar ofertas y perfeccionar negocios gratuitos puros; realizar actos defensivos o conservativos de sus derechos que no requieran capacidad especial, por ejemplo, poner en mora al deudor (artículo 1110 del Código Civil); los hijos, si tuvieran suficiente juicio, han de ser oídos siempre antes de adoptar decisiones, en el ejercicio de la patria potestad, que les afecten (artículo 154, párrafo cuarto del Código Civil); con más de doce años, habrá de prestar su consentimiento para la adopción (177 Código Civil); con catorce años puede otorgar testamento excepto el ológrafo (663 y 688 del Código Civil), pactar capitulaciones matrimoniales en régimen de separación o de participación (artículo 1329 del Código Civil), hacer donaciones por razón de matrimonio en capitulaciones o fuera de ellas con autorización de sus padres o tutor (artículo 1338 del Código Civil), optar por la nacionalidad española (artículo 20) y por la vecindad civil (artículo 14), y dejar sin efecto la sustitución pupilar ordenada por un ascendiente (artículo 775); con 16 años pueden prestar su consentimiento en documento público para los actos de disposición por sus padres de sus bienes (artículo 166), realizar actos de administración ordinaria de sus bienes adquirido mediante su trabajo o industria (artículo 164.3), ser emancipados (artículo 241) o solicitar el beneficio de la mayor edad (artículo 245), ser testigos en los testamentos otorgados en tiempo de epidemia (artículo 701), y contraer matrimonio (artículo 46). En la esfera contractual, el artículo 1263 del Código Civil, tras la reforma de la Ley 8/2021, establece que «los menores de edad no emancipados podrán celebrar aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales»; en la esfera extracontractual, el ordenamiento extiende en principio la responsabilidad extracontractual del menor a los guardadores por una presunción de negligencia («culpa in vigilando»), responsabilidad que cesa cuando prueban que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia (artículo 1903) y en tal caso responderá el menor con su patrimonio.

8. La Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, ha supuesto un hito en la consideración de que, en el grupo de menores, se presenta cierta variedad derivada del hecho indiscutible de que, desde el punto de vista físico, en la realidad natural y biológica, no todos los menores son iguales. Su capacidad natural oscila entre la absoluta inoperancia del recién nacido y la madurez prácticamente total del menor a quien le falta un día para cumplir los dieciocho años de edad. De ahí que la regla utilizada para los mayores de edad sea una e igual para todos, mientras que para los menores esta regla haya de ser mucho más flexible y casuística; es decir, del hecho de que los mayores de edad sean plenamente capaces para todos los actos de la vida civil no puede deducirse que, a sensu contrario, los menores sean absolutamente incapaces.

En la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se reconoce una

mayor capacidad de los menores de edad según las circunstancias y se recoge el principio general de que «las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor» (artículo 2.1, segundo párrafo). Y de esta legislación sobre protección jurídica del menor se deduce un elenco de derechos que presuponen ciertas posibilidades de discernimiento: buscar, recibir y usar información adecuada a su desarrollo, libertad de ideología, conciencia y religión, asociaciones infantiles y juveniles, manifestaciones pacíficas, libertad de expresión y derecho a ser oído en el ámbito familiar, administrativo y judicial.

Hecha esta exposición de actuaciones que pueden realizar los menores, se puede sostener que, de la misma forma que se les admiten esos actos de acuerdo con su madurez, también se les debe exigir cierta «solidaridad familiar» y delicadeza con sus ascendientes a los efectos de no ser considerados como imputables de una de las causas de desheredación. Además, a estos casos hay que añadir que cabe que los menores estén emancipados, o que los mayores de edad tengan una discapacidad que los equipare en condiciones de madurez a los menores, sin que se haya planteado la doctrina si estos serían inimputables a los efectos de una hipotética desheredación.

Por tanto, se debe concluir que los menores, de acuerdo con sus condiciones de madurez y de acuerdo con las circunstancias de cada caso en particular, pueden ser sujetos pasivos de la desheredación.

La cuestión que se plantea entonces es si la apreciación de esas condiciones de madurez, idoneidad y circunstancias particulares solo puede ser realizada por los tribunales de Justicia en el juicio contradictorio oportuno en el que el desheredado, o sus representantes legales, puedan defender sus derechos como legitimario; o, por el contrario, en el ámbito extrajudicial, la registradora tiene competencia para, sin esa previa resolución judicial, negar la eficacia de un testamento en el que se ordena la desheredación de descendientes de la testadora menores de edad.

9. Ciertamente, en ese ámbito extrajudicial, es doctrina reiterada de este Centro Directivo 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, 10 de febrero y 20 de septiembre de 2021), concretamente 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).

Como ha recordado esta Dirección General en Resolución de 10 de febrero de 2021, 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.

Desde este punto de vista, aun cuando el testamento contenga la desheredación de un menor de edad no cabe negar la eficacia de su contenido patrimonial, en el ámbito del procedimiento registral, sin una previa declaración judicial en el procedimiento contradictorio en que se haya apreciado la inimputabilidad del desheredado.

Ahora bien, este Centro Directivo estima que, por debajo de un determinado límite de edad del desheredado, la conclusión ha de ser la contraria, de modo que deba partirse de su inimputabilidad a falta del correspondiente pronunciamiento judicial sobre las condiciones de madurez del menor que le hagan apto para ser sujeto pasivo de la desheredación. Y bien puede entenderse que ese límite de edad no es otro que el de catorce años, que es la edad exigida para otorgar testamento –salvo el ológrafo– así como la establecida como límite mínimo para la exigencia de responsabilidad sancionadora con arreglo a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (cfr. artículo 3, según el cual a los menores de catorce años, no se le exigirá responsabilidad con arreglo a dicha Ley, sino que se les aplicará lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes).

En el caso del presente recurso, al tener los desheredados la edad de ocho y trece años, respectivamente, debe confirmarse la calificación impugnada.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto y confirmar la calificación en los términos que resultan de los anteriores Fundamentos de Derecho.

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, 15 de enero de 2024.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, María Ester Pérez Jerez.