

Partición por contador-partidor testamentario: Su plazo

El ejercicio de sus funciones por los contadores-partidores testamentarios, cuyo precedente puede verse en la Novísima Recopilación (1), ofrece múltiples facetas, en las que predomina el exponente común de que se respete el deseo de los testadores de que sean los partidores o contadores los que dividan la herencia entre sus herederos.

No se va a hacer una revisión general de estas facetas, harto tratadas por los autores, objeto de la jurisprudencia de los Tribunales y materia tan conocida, que resultaría ocioso repetir. Pero hay una de ellas en que precisa revisar valores, como consecuencia de la jurisprudencia reciente de la Dirección General de Registros, y que da actualidad al tema: El plazo concedido a los expresados contadores para llenar su cometido, cómo se computa éste, su caducidad y problemas, que todo ello plantea en la realidad jurídica, mucho más poderosa que todas las discusiones científicas que pudieran suscitarse.

Nuestro Código civil establece en su artículo 1.057: «El testador podrá encomendar por acto «inter vivos» o «mortis causa» *para después de su muerte*, la simple facultad de hacer la partición a cualquiera persona que no sea uno de los herederos.»

Hay, pues, un momento inicial de puesta en marcha del ejercicio de su función por el contador testamentario: *después* de la muerte del testador y no antes. Pero el vacío de la Ley se procuró llenar por deducciones más o menos razonadas, hasta completar el cuadro

(1) Libro X, tít. XXI, ley 10.

de las soluciones a todas y cada una de las dudas planteadas : ¿Hasta cuándo puede el contador testamentario llenar su cometido? ¿Cuándo podrán saber los herederos si esta facultad de realizar la partición de los bienes de la herencia ha pasado a ellos? ¿Cómo justificar todos y cada uno de estos extremos? ¿Desde cuándo se ha de computar el plazo que se conceda al contador, caso de ignorar éste su designación? El proyecto de Código civil de 1851 (2) no resolvía la cuestión, y lo propio ocurre con el proyecto de 1882 (3). El Código civil alemán (4) tampoco fija plazo, y las legislaciones francesa, belga e italiana nada pueden aclarar, ya que no admiten tal comisario. El Código portugués, si bien con criterio propio, dice que la persona encargada de hacer la partición es la llamada «cabeza de la herencia» (que suele ser uno de los coherederos o el viudo) (5), no aporta luz alguna, y en cuanto a las legislaciones hispanoamericanas, algunas no admiten el cargo de contador-partidor testamentario (Méjico, Guatemala), y otras, como el Código de Chile (6), permiten al testador nombrar partidor al que no sea abogado, albacea y aun al consignatario de la cosa de cuya partición se trate, pero sin resolver el caso.

El carácter unilateral que se concede a la partición efectuada por comisario, hace que mientras subsistan las facultades del comisario los herederos no puedan proceder a la partición. Esta incompatibilidad manifiesta entre comisario y herederos, hace aun más importante la determinación del momento exacto, matemático, en que termina la facultad del primero y comienza el derecho de los segundos.

El vacío existía, y el vacío se procuró llenarlo acudiendo a aquella interpretación judicial, que al decir de FEDERICO DE CASTRO, desde la glosa se distinguió de las otras clases de interpretación (magistral, soberana y consuetudinaria) (7).

Ni este es el momento, ni este es el lugar para hacer un recuento de opiniones de tratadistas de Derecho civil, que por ser harto conocidas no necesitan su repetición.

(2) Art. 900.

(3) Art. 1.074.

(4) Art. 2.048, Código de 18 agosto 1896.

(5) Arts. 2.067 y 2.068.

(6) Art. 1.324.

(7) FEDERICO DE CASTRO : *Derecho civil*, I, págs. 500 y 505.

Baste como botón de muestra al azar expresar que DEL CASSO decía recientemente (8): «En cuanto al tiempo para realizar la partición, el comisario deberá practicarla en UN AÑO, por analogía con el albaceazgo (artículo 204 del Código civil), *pasado el cual* corresponde a los herederos, salvo prórroga expresa de sus facultades por testador o los herederos, o tácita de éstos, por actos propios, como la aprobación de la partición.»

El plazo —dice ROCA SASTRE (9)— por analogía con el albaceazgo, es de un año, pasado el cual se entiende renuncia (el contador) tácitamente a sus facultades particionales, correspondiendo entonces a los herederos efectuar la partición. Así lo dispuso la Resolución de 13 de noviembre de 1903. No obstante, transcurrido dicho plazo, como los herederos pueden ampliarlo, se entenderá que así lo han hecho, cuando sin prórroga expresa ésta se deduzca de actos propios de los herederos, y especialmente cuando hayan aprobado la partición (10).

Aplicada, pues, por analogía la doctrina del artículo 904 del Código civil relativa a los albaceas, se estimó que el contador-partidor a quien el testador no haya fijado plazo, deberá cumplir su encargo dentro de un año, *contado desde su aceptación* o desde que terminen los litigios que se promovieren sobre la validez o nulidad del testamento o de alguna de sus disposiciones.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, con el alcance que nuestra legislación civil le concede, creó una doctrina jurídica reguladora para suplir el silencio del Código en materia de fijación de plazo para los comisarios testamentarios, y así la Sentencia de 5 de febrero de 1908 declaró que «el cargo de contador-partidor no constituye función esencialmente diferente de la del albacea y *le son aquél aplicables las mismas reglas* del funcionamiento que a éste. Por ello si el contador *tuvo conocimiento* de su designación *desde la muerte del testador* y dejó transcurrir un año, las particiones que presentó *pasado éste* no fueron válidas.» La Sentencia de 2 de abril de 1929 amplió más la materia declarando que «la facultad otorgada a los testadores por el artículo 1.057 del Código civil está necesaria-

(8) *Diccionario de Derecho privado*, II, 2.907.

(9) *Derecho Hipotecario*, tomo II, 639.

(10) Sentencia de 4 de febrero de 1902 y Resoluciones de 23 de julio de 1910 y 30 de enero de 1911.

mente relacionada con la *aceptación del designado* partidior de los bienes y con *que no deje transcurrir* el plazo señalado por el testador o el del artículo 904, PUES SI NO ACEPTA O DEJA TRANSCURRIR EL TÉRMINO QUEDA «IPSO FACTO» SIN EFECTO EL MANDATO, CONFORME AL ARTÍCULO 910, siendo preciso acudir al juicio de testamentaría para el nombramiento de partidiores.»

La Sentencia de 5 de julio de 1947 ratificó la doctrina de ser aplicable a los contadores-partidores que nos ocupan las reglas del Código civil relativas a los albaceas. Finalmente la Sentencia de 28 de diciembre de 1896 y 5 de octubre de 1921, y Resolución de 22 de octubre de 1907 declararon que si SUBSISTEN las facultades del comisario, los herederos no pueden proceder a la partición; y hasta las Resoluciones de 30 de junio de 1914, 1.º de junio de 1920 y 27 de febrero de 1922 y 6 de marzo de 1930, declaran la improcedencia de que intervengan los herederos en la aprobación de las particiones por comisario testamentario, porque les hace perder su carácter *unilateral*, desnaturalizándolas y transformándolas en verdaderos contratos de partición.

El cuerpo de doctrina creada autorizaba a estimar, de acuerdo con la Sentencia de 2 de abril de 1929, las deducciones siguientes:

- a) Una *presunción de conocimiento*, por el contador, de su designación para el cargo.
- b) Cómputo del plazo de un año o del fijado por el testador, a partir de la muerte de éste, para aceptar o realizar la partición.
- c) Caducidad *ipso facto* del mandato *post mortem* por el transcurso de dicho año sin aceptar.
- d) Caducidad *ipso facto* del mandato *post mortem*, aun median-
do *aceptación*, por el transcurso de un año, desde la misma *debida-
mente probada*, sin realizar su mandato particional.

O sea que como moneda corriente se venía admitiendo la necesidad de que dentro del año siguiente a la muerte del testador (*pre-
sumiéndose* el conocimiento de su designación como partidior, con *presunción juris tantum* y salvo prueba en contrario), el repetido comisario o *acceptara* y realizara simultáneamente la partición o *no
acceptara*, dando lugar, con su silencio, a la caducidad de sus facultades particionales.

La doctrina de la Dirección General de los Registros con el valor

y alcance de gran autoridad que le da la jurisprudencia del Tribunal Supremo (11) en estos últimos tiempos viene marcando desde reciente, una orientación que conviene destacar respecto al problema planteado.

En primer lugar, la Resolución de 28 de abril de 1945 declaró : «Que cuando por el tiempo transcurrido sin aceptar ni ejecutar el mandato, fallecimiento o incapacidad o ausencia de los comisarios, éstos no actúen, pueden los herederos realizar la partición, PERO DEBIENDO EN TODO CASO EL NOTARIO AUTORIZANTE CONSIGNAR LAS PARTICULARIDADES QUE JUSTIFIQUEN LA NO INTERVENCIÓN DEL CONTADOR DESIGNADO, HACIENDO CONSTAR LA RENUNCIA O CADUCIDAD DEL ENCARGO CONFERIDO POR LOS TESTADORES O POR LO MENOS A CONSIGNAR LAS PARTICULARIDADES justificativas del caso TAL Y COMO los interesados se las manifestaran.

O sea, que ya no basta el mero transcurso del año desde la muerte del testador para que los herederos puedan considerar extinguido el mandato a favor de los comisarios testamentarios, sino que hay que consignar en la escritura *el por qué* se ha extinguido tal mandato, aunque habrá casos en que no podrá tal afirmación ir acompañada de la prueba correspondiente.

Pero la reciente Resolución de 12 de abril de 1951 aumenta aún más la importancia de la nueva orientación, y, a nuestro parecer, dará lugar a derivaciones y consecuencias insospechadas. Para el debido análisis se tendrá en cuenta :

A) *Coincidencia con la doctrina de aplicación a los contadores de las reglas aplicables al albaceazgo.*

Declara la Dirección : Que la omisión en el Código civil de normas que regulen la institución de los contadores partidores, de gran importancia y utilidad, con profunda raigambre en nuestro derecho histórico, ha sido suplida en parte por la jurisprudencia, que aplica por analogía los preceptos legales sobre el albaceazgo.

B) *Contra la presunción del conocimiento por el contador, de su designación para el cargo, establece la presunción contraria y exige la prueba de tal conocimiento.*

(11) Sentencias de 16 de noviembre de 1929 y 29 de marzo de 1940. Véanse, además, las de 24 de enero de 1928, 28 de diciembre de 1891, 21 de enero de 1895, 26 de febrero de 1897, 10 de julio de 1916, 22 de febrero de 1927 y 14 de enero de 1928.

Basándose en los artículos 904 y 898 del Código civil, computan el plazo del albaceazgo «desde la aceptación o desde que terminen los litigios que cita» y esta ACEPTACIÓN se supone en el comisario si no se excusare DENTRO DE LOS SEIS DÍAS siguientes a aquel en que TENGA NOTICIA de su nombramiento, o si éste LE ERA CONOCIDO, dentro de los seis días siguientes al en que supo la muerte del testador.

Recaba, pues, la Dirección toda la autoridad para un *hecho*: el *conocimiento*, por el testador, de su designación para el cargo. Si no lo conoce, el momento inicial del plazo es aquel en que *tenga noticia de su nombramiento*; si lo conoce antes de morir el testador, el momento *en que supo* la muerte del testador.

Como se ve, desde el ángulo de la calificación del Registrador, toda la gama de combinaciones de prueba de estos hechos, que muchas veces invaden la esfera de la propia conciencia del comisario (momento en que supo un determinado hecho) ofrece insospechadas dificultades.

La Dirección, contra una presunción crea otra contraria: La calificación hipotecaria—dice—no puede apoyarse en meras presunciones ni en hechos que por tratarse de circunstancias negativas no son demostrables en el procedimiento registral. La Dirección General reserva, pues por esta doctrina a los Tribunales la prueba en contrario de estos hechos negativos: el *conocimiento* por el comisario de su nombramiento o el de la muerte del testador. No niega la posibilidad de que estos hechos no sean tal cual los haya pintado el comisario, pero no exige a éste prueba alguna. La presunción que establece es favorable al NO CONOCIMIENTO de tales hechos por el contador. Por ello se decide a admitir que basten solo LAS MANIFESTACIONES DE LOS CONTADORES para que éstas produzcan sus naturales efectos, si no están desvirtuadas eficazmente ni siquiera impugnadas por los interesados.

Toda presunción tiene un peligro y si peligrosa era la presunción de conocimiento, no estimamos menos peligrosa la tesis contraria, más aún cuando durante tanto tiempo y aun entre profesionales, se ha estimado como moneda usual que por el mero transcurso del año, desde la muerte del testador, se daba fin al mandato conferido a los partidores, quedando entonces los herederos libres para actuar. Hay que meditar cuál va a ser la suerte de las muchísimas particio-

nes verificadas al amparo de tal presunción de «conocimiento», por los herederos; y si ahora, para la inscripción, habrá que notificar al contador su designación; esperar el año sin que éste actúe, otorgamiento de nueva partición o posibilidad de que los contadores, al amparo de la nueva jurisprudencia, no den por caducado el plazo a su favor y otorguen nueva partición en contradicción con la ya otorgada por los herederos.

Arbitra la Resolución, como medio de poner coto a la presunta ignorancia deliberada del contador, para gozar de un plazo mayor, el sencillo medio de notificar fehacientemente a los contadores partidores su nombramiento a fin de que EMPIECE a correr el plazo en que deben desempeñar sus funciones. Nos parece acertada la solución, pero no hay que olvidar que el derecho no es una entelequia sino una realidad y para que los contadores, que en gran número de casos saben su designación desde la muerte del testador, no dilaten y dilaten al amparo de esta presunción de desconocimiento, la partición, precisará que los herederos, apenas ocurrida la muerte del testador, hagan tal notificación fehaciente, no siempre posible donde no haya Notario. Cabe también meditar lo que ocurriría si vigente el asiento de presentación de una partición hecha por contador dentro del año siguiente a la *fecha que él diga tuvo conocimiento* (pero fuera ya del año siguiente a la muerte del testador), se presentara en el Registro por los herederos una solicitud de liquidación provisional del Impuesto de Derechos reales, *suscrita por el contador, mucho antes a la fecha* en que él afirmaba tuvo conocimiento de su designación. El caso, que no es teórico, sino vivido y real por nosotros, demuestra a nuestro juicio, que no es sólo la notificación el medio a emplear por los herederos a fin de demostrar el conocimiento por el comisario, de los *hechos* iniciadores del plazo para llenar su cometido. Basta que sea fehaciente (art. 1.227 del Código civil) y en él entrarían toda clase de medios que reúnan este carácter.

En tanto que tales medios no sean aportados, la *presunción* será de *desconocimiento*. El problema único es armonizar la nueva orientación, con las particiones ya existentes y que han de ser sometidas a nuestra calificación en lo sucesivo. Problema nada fácil.

(C) *El cómputo del plazo fijado al contador partidor no partirá*

del momento de la muerte del testador, sino del conocimiento por aquél de los hechos expresados.

Un hecho aparece indudable: El cómputo del plazo hay que hacerlo *desde un hecho*: el *conocimiento de la designación* o el *de la muerte del testador*, si aquél era conocido ya. Pero al llegar aquí no hemos de prescindir de la doctrina de la Resolución de 28 de abril de 1945 antes extractada y armonizarla con la de la que ahora nos ocupa.

Contempla aquélla el caso; desde el ángulo de los herederos, contempla ésta el caso; desde el ángulo del contador. Según la primera, debe el Notario *CONSIGNAR* (¿consignar es probar?) las particularidades en que justifique su intervención *TAL Y COMO LOS INTERESADOS LAS MANIFIESTEN*. Al parecer, pues; basta que los herederos consignen bajo su responsabilidad que el contador *conocía* su designación y que ha transcurrido un año o el plazo marcado, sin haber realizado su cometido. Claro es que esta manifestación no es la notificación fehaciente de que nos habla la Resolución de 1951. La cuestión no está todo lo clara que fuera de desear.

De otro lado basta que los contadores *manifiesten que no conocían* su designación, para que ello sea admisible, salvo prueba en contrario. Y aquí nos encontramos ante un dilema: Si a los herederos se les pide prueba y al contador no, la balanza de la justicia cae indudablemente del lado de éste, en situación privilegiada y obstaculizadora. Si basta la manifestación ya de herederos, ya de contador, se establece una verdadera *prioridad hipotecaria*, para ver cuál partición llega primero al registro, caso no real, pero que puede suceder, y una vez inscrita la partición primeramente presentada, sólo cabría al contrario la acción ante los Tribunales, previa anotación de la demanda para evitar pasaran las fincas a tercero. Aquí entra en juego todo el sistema de Registro, con todas sus consecuencias de constancia registral, terceros, publicidad, buena fe, etcétera, etc.

No desconocemos que en lo sucesivo la nueva tónica interpretativa ha de producir beneficios en aquellos casos en que por cualquier razón es imposible la inteligencia entre los herederos (ausentes, incapaces o por simple divergencias), pues que el contador, aun después de transcurrido el año de la muerte del testador, al amparo de esa presunción de *no conocimiento* puede realizar la partición inscribi-

ble, que si no es impugnada prospere y restablezca el tracto sucesivo. Si embargo, falta saber la aceptación que el Tribunal Supremo preste a esta orientación, ya que en definitiva las decisiones de los Tribunales, son los que han de dar robustez a la inscripción.

D) *La Resolución citada pone fin a la presunción de que por el transcurso de un año desde la muerte del testador, caducan las facultades particionales conferidas al contador.*

De modo clarísimo queda dicho que la Resolución establece que el plazo empieza a contarse desde la *aceptación* por el contador o desde que se terminen los litigios a que hace referencia el artículo 904 del Código civil. Y a su vez esta *aceptación* se presume a los seis días de tener conocimiento de su designación (si no mediare excusa), o si ya conociere tal designación antes de morir el testador, se presume a los seis días *desde que sepa la muerte de éste*.

De no mediar la jurisprudencia ya referida y ratificada por la Resolución de 15 de julio de 1943 que afirma que los contadores deben proceder con tal carácter a la práctica de la partición, sin la concurrencia e intervención de los herederos, tal vez salvara situaciones ya creadas, una comparecencia de unos u otros en las particiones hechas por la otra parte, pero, no obstante, creemos como medio de revalidar la situación de las particiones ya existentes en que los herederos, transcurrido un año desde la muerte del testador, habían realizado por sí solos la partición, el otorgamiento de un documento adicional (no siempre posible) en que los herederos consignarán los particulares de la Resolución de 28 de abril de 1945, con cita expresa de ésta.

Esperamos con verdadera inquietud jurídica las nuevas orientaciones que al problema planteado ha de marcar no sólo la jurisprudencia hipotecaria, sino la del Tribunal Supremo de Justicia.

ANTONIO VENTURA-TRAVERSEZ GONZÁLEZ

Registrador de la Propiedad.

Julio, 1951.