

RÉVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO
JURÍDICO Y ESPECIALMENTE AL REGIMEN HIPOTECARIO

Año XXVII

Octubre 1951

Núm. 281

El Derecho Inmobiliario Español (1)

LOS MODOS DE ADQUIRIR Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

LA OPINIÓN DE NÚÑEZ LAGOS

NÚÑEZ LAGOS dice lo siguiente: «Se ha dicho en España que el efecto del artículo 34 de la Ley es la adquisición *a non domino*. El texto de la Ley únicamente dice que el tercero será *mantenido* en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho. No cabe duda de que para que este derecho sea *mantenido*, la adquisición tendrá que llegar a ser irrevocable *en manos* del tercero. Pero una cosa es la irreivindicabilidad y otra cosa diferente la adquisición *a non domino*. Es decir, se puede hablar de adquisición *a non domino* como consecuencia de la irreivindicabilidad; como en Alemania se puede hablar de la irreivindicabilidad como consecuencia de la adquisición *a non domino*... En los Derechos austriaco, suizo y español, no hay directamente adquisición *a non domino*. Únicamente por vía de *consecuencia* y rebote de la *negatio actionis*. Sólo en Derecho alemán existe la adquisición *a non domino*, entre los medios de adquirir el dominio. La irreivindicación es una consecuencia en el B. G. B., y un principio en Austria, Suiza y España («El Registro de la Propiedad Español», REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1949, página 67.)

La tesis de NÚÑEZ LAGOS no nos parece aceptable. La acción

(i) Véase el núm. 280 de esta Revista.

reivindicatoria se concede al dueño para recuperar la cosa del poseedor. Por tanto, al decir el Código civil y el Código de Comercio que determinadas personas pueden reivindicar, es lo mismo que si dijieran que son dueñas ; y al decir que no pueden reivindicar, es lo mismo que si dijieran que no son dueñas. NÚÑEZ LAGOS dice que esto es por vía de consecuencia. Pero, aunque así sea, su tesis aplicada a los bienes inmuebles inscritos al amparo del principio de publicidad, es inaceptable. Lo mismo el Código civil que el de Comercio, al hablar de poder o no reivindicar, se refieren exclusivamente a bienes muebles, no a los inmuebles. En los primeros el conflicto se plantea únicamente entre el poseedor y otra persona que es o pretende ser dueño. Y esos Códigos dicen de unos que pueden reivindicar y de otros que no pueden reivindicar la cosa del poseedor. Pero en el Derecho inmobiliario registral el conflicto se puede plantear entre tres personas : el titular registral, amparado en el principio de publicidad ; otro titular no inscrito, y el poseedor. Si la Ley Hipotecaria y el Código civil se limitaran a decir que contra el titular inscrito y amparado en ese principio el derecho es irreivindicable (tesis de NÚÑEZ LAGOS), el Registro de la Propiedad sería un instrumento inútil : ¿Es que el titular, amparado en dicho principio de publicidad no puede reivindicar del poseedor? Pues para poco le serviría el Registro. El efecto de la adquisición amparada en el referido principio de publicidad no se resuelve declarando irreivindicables los derechos inscritos, porque el titular registral puede no poseer y necesita poder reivindicar él mismo del poseedor. La Ley tendría que adoptar esta fórmula : Los derechos inscritos y protegidos por el principio de publicidad son irreivindicables, pero, a su vez, el titular inscrito podrá reivindicarlos del poseedor.

No basta que los Derechos reales sean irreivindicables. El poseedor nada intentará, porque no le interesa, contra el titular registral, que no posee. Se encontrará muy a gusto con su posesión, sabiendo que, según la tesis de NÚÑEZ LAGOS, mientras no demande al titular inscrito, éste nada puede intentar contra él. (Téngase en cuenta que el Tribunal Supremo ha declarado muy reiteradamente que para que prospere la acción reivindicatoria hay que demostrar que el demandado tiene la posesión.) Al poseedor no le interesará entablar demanda alguna porque tiene el disfrute de la cosa, y el titular inscrito nada puede intentar contra él (según la referida tesis), porque

lo único que tiene es un derecho de irreivindicabilidad y tiene que esperar a ser demandado. No es aceptable, por tanto, la tesis de NÚÑEZ LAGOS.

El artículo 34 no encierra todo el principio de publicidad, ni es siquiera el más importante en lo que se refiere a ese principio. Pero es que, además, no se dan normalmente en él las adquisiciones *a non domino*. Se refiere al caso de que se anule o resuelva el derecho del otorgante en virtud de causas que no consten en el Registro. Esas acciones suponen una transmisión hecha, y la Ley se limita a decir que el adquirente, amparado en el principio de publicidad, será mantenido en su adquisición. Este artículo reglamenta las adquisiciones *a vero domino*, cuando la adquisición de éste está sujeta a una acción de resolución o de anulabilidad. Sólo en el caso de nulidad propiamente dicha hay adquisición *a non domino*. Pero hay otros muchos casos de adquisiciones *a non domino* no incluidos en el artículo 34 de la Ley.

Las adquisiciones *a non domino* están comprendidas en la amplia redacción de los artículos 606 del Código civil y 32 de la Ley Hipotecaria. Los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero. El perjuicio que un título puede causar a otro es impedirle la adquisición del derecho real por el principio romano de *prior tempore potior jure*, y precisamente es lo que impiden esos artículos 606 del Código civil y 32 de la Ley Hipotecaria. Y aquí se pueden dar, y se dan frecuentemente, las adquisiciones *a non domino*, aunque el texto de esos artículos comprenda otros efectos que no son las adquisiciones *a non domino*. Es evidente que si el titular no inscrito impide al inscrito adquirir el derecho real, le ha causado un perjuicio, al menos técnicamente, aunque con la irreivindicabilidad se consiguieran los mismos efectos prácticos. Creemos, por tanto, que está bien claro que el efecto que produce el principio de publicidad es la adquisición *a non domino* en todos los casos en que el transmisor no sea dueño.

El artículo 1.473 del Código civil hace una aplicación práctica de ese principio de publicidad al caso de doble venta diciendo que si una misma cosa se hubiera vendido a diferentes compradores, la propiedad pertenecerá al adquirente que antes haya inscrito en el Registro. Es el mismo principio de publicidad de los artículos 606

del Código civil y 32 de la Ley Hipotecaria aplicado a la compra-venta. Siempre que se enfrentan dos adquisiciones; una inscrita y otra no inscrita, vence la inscrita, si está amparada en el expresado principio de publicidad. Téngase en cuenta que el artículo 1.473 dice que «la propiedad pertenecerá». Ante una afirmación tan terminante del Código civil; sobra toda discusión.

LA OPINIÓN DE ROCA SASTRE

ROCA adopta una postura radical. Para él la inscripción no puede practicarse «si la tradición no se acredita documentalmente», pues la tradición «ha de preceder necesariamente» a la inscripción (*Derecho Hipotecario*, tomo I, pág. 167), hasta el punto de que «el Registrador deberá negarse a la inscripción si de la titulación resultase que la tradición no ha tenido lugar» (pág. 164). Y fundamenta así su opinión: En nuestro Derecho rige la teoría del título y el modo, y una vez concurren esos dos elementos se habrá producido un acto o título traslativo y tendremos un acto susceptible de inscripción, pues en el Registro de la Propiedad, según el artículo 2º de la Ley Hipotecaria, se inscriben los actos o títulos *traslativos*, o en que se transmitan el dominio o derechos reales sobre inmuebles. «De ello resulta —dice— que para que sea posible la inscripción es necesario un acto de transferencia, y para que haya transferencia es preciso que el contrato de finalidad traslativa esté completado con la tradición» (pág. 164).

ROCA interpreta mal las palabras del artículo 2º de la Ley Hipotecaria. Este artículo dice que son inscribibles los títulos, y los títulos son los contratos sin la tradición. Precisamente el argumento de ROCA demuestra lo contrario de lo que pretende demostrar. Según la teoría del título y el modo, título es el contrato, y el artículo 2º dice que son inscribibles los títulos, es decir, los contratos. La palabra *transmitan* no quiere decir que se hayan transmitido, sino que se quieren transmitir. Cuando decimos «el solar en que se construya un edificio»; no queremos decir el solar en qué se construyó, sino el solar en que se puede construir. Esta frase es tan correcta y de un significado tan claro como esta otra: Por la tradición se transmite el dominio. Por la tradición se transmite el dominio, pero no por la

sóla tradición. Por los contratos se transmite el dominio, pero no por los contratos solos.

La palabra *traslativos* tampoco autoriza esa interpretación. La compraventa siempre ha sido considerada como un contrato *traslativo*, y nadie ignora que necesita la tradición para que la transmisión se opere.

Debe observar ROCA que el mismo artículo 2.^º dice que son inscribibles los títulos en que se constituya la hipoteca, lo que llevaría, con su razonamiento, a la consecuencia de que el derecho real de hipoteca tiene que nacer antes de la inscripción en el Registro, lo que no admite ROCA (pág. 153). El verbo *constituyan* está empleado en el mismo tiempo que el verbo *transmitan*, y han de tener el mismo significado.

De la redacción de este artículo no se puede deducir, por tanto, la necesidad de la tradición como requisito previo a la inscripción.

No hay precepto alguno que impida inscribir si la tradición real o fingida no ha tenido lugar. El Registrador no puede negar la inscripción, porque no hay precepto alguno en que fundarlo. No es efecto. No hay precepto alguno que imponga el que la transferencia del derecho real haya tenido lugar para que se pueda practicar la inscripción; y, si la hubiere, no se podría practicar ninguna inscripción, puesto que siempre quedaría en la duda si se había cumplido el requisito de la preexistencia, sin el cual la transmisión no ha podido tener lugar. Por otra parte, la tradición hecha por quien no sea dueño es nula, y seguirá siéndolo después de la inscripción, puesto que ésta no la convierte (artículo 33 de la Ley Hipotecaria).

Evidentemente que la Ley, con su imperio, puede exigir que no se practique la inscripción sin que haya habido tradición; pero no hay precepto alguno que lo exija, y el Registrador no puede imponer más requisitos que los que la Ley establece.

Pero supongamos que los Registradores, o, simplemente, algún Registrador, en la duda —y para nosotros no hay duda (12)— inscribe sin el requisito de la tradición real o fingida. ¿Es que por falta de tradición queda sin efecto el principio de publicidad? ¿Acaso dicen eso los artículos 606 del Código civil y 33 de la Ley Hipotecaria u otros artículos de la Ley o del Código civil?

(12) Tampoco lá hay para LA RICA, como luego veremos.

Es más: cabe sostener que la tradición no se puede hacer constar en el Registro. Si en una escritura de venta se dice que la tradición no ha tenido lugar y posteriormente se hace un acta de entrega, ese acta se puede sostener que no puede tener acceso al Registro, ni aún presentada con la misma escritura de venta. El artículo 23 de la Ley Hipotecaria dice que el mero o simple hecho de poseer no puede ser objeto de inmatriculación. Este artículo se dictó para suprimir las informaciones posesorias, pero frecuentemente, y en este caso, los efectos legales de una disposición son muy superiores a los propósitos del legislador. Si la posesión no puede ser objeto de inmatriculación, tampoco debe serlo de inscripción. Ese acta sería un acta haciendo constar el cambio de posesión, y, según ese artículo, no se puede inscribir, al menos cuando la inscripción es primera o de inmatriculación (13).

LA OPINIÓN DE LA RICA

LA RICA sale por los fueros de la recta doctrina («Dualidad legislativa de nuestro régimen inmobiliario», REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1950, pág. 625), en la siguiente forma: «El sistema de la tradición, tal como se quiere interpretar por los defensores de la doctrina del título y del modo, es incompatible con el sistema de registro público. Si el derecho real sobre fincas inscritas sólo es eficaz por la exteriorización posesoria, huelga el Registro, y si esa eficacia *erga omnes* la proporciona el asiento registral sobre la tradición. El problema se resuelve aceptando, según los

(13) Roca (pág. 164) ve un inconveniente a su tesis: de que para que la inscripción se practique ha tenido que producirse antes la transmisión del derecho real; en la inscripción de enajenaciones hechas con condición suspensiva, y lo resuelve diciendo que es una imperfección del sistema español, pues sólo debería practicarse anotación preventiva. Parte del supuesto, aceptado por todos los tratadistas, de que en las enajenaciones hechas con condición suspensiva, la transmisión del derecho real no se opera hasta que la condición se cumple. Pero esto no es totalmente exacto. En las enajenaciones con condición suspensiva el dominio continúa en el transmitente hasta que se cumple la condición, pero no íntegramente. La facultad de disponer, el *jus disponendi*, el más característico del dominio, pasa en parte al adquirente y en parte continúa en el transmitente. Los dos pueden disponer, pero los dos condicionalmente. Sus facultades son idénticas, pero jugando inversamente. El fin del Registro es ése: asegurar el tráfico de inmuebles, y, como, pueden ser válidas las enajenaciones he-

hechos demuestran, la dualidad normativa legal de nuestra propiedad inmueble; y reconociendo que la Ley Hipotecaria, ajena a la tradición, rige para la propiedad inscrita y para la eficacia *erga omnes*, en tanto que el Código civil fiel al título y al modo, rige para la no inscrita y para la eficacia *inter partes*.» «La inscripción, en nuestro sistema, ni sustituye ni equivale a la tradición; simplemente la ignora.» «Una vez inscrito (el derecho real), la falta de tradición es irrelevante, según la jurisprudencia, entre las partes, pues el adquirente sucede en la titularidad del transferente y puede reclamar de éste la efectividad de la tradición, lo mismo que puede ejercitar su derecho dominical *erga omnes*.»

CAUSAS DE LA DESORIENTACIÓN DE LA DOCTRINA

Una de las causas que ha desorientado a la doctrina en esta materia ha sido el poco acierto con que se expresó la Exposición de Motivos de la Ley de 1861: «Según el sistema de la Comisión, dice, resultará de hecho que para los efectos de la seguridad de tercero, el dominio y los demás derechos reales, en tanto se considerarán constituidos o traspasados, en cuanto conste su inscripción en el Registro, quedando entre los contrayentes, cuando no se haga la inscripción, subsistente el Derecho civil. Así, una venta que no se inscriba ni se consume por la tradición, no traspasa al comprador el dominio en ningún caso; si se inscribe, ya lo traspasa respecto a todos; si no se inscribe, aunque obtenga la posesión, será dueño

chas por los dos, transmitente y adquirente, el Registro admite, en tanto se cumple la condición, las enajenaciones hechas por cualquiera de ellos, pero siempre pendiente del cumplimiento o no cumplimiento de la condición. El que se anote en vez de inscribirse es indiferente, puesto que lo importante son los derechos, y lo accesorio es la forma de asegúrарlos debidamente.

Esta doctrina resulta más patente en las transmisiones hechas con plazo suspensivo, al que los autores atribuyen, mientras vence, los mismos efectos que a la condición suspensiva. Mientras el plazo no se cumpla, el dominio continúa en el transmitente; pero el *jus disponendi* ha pasado ya, fundamentalmente, al adquirente. El transmitente con plazo suspensivo sólo tiene una limitadísima facultad de disponer, puesto que sólo puede disponer del disfrute de la cosa hasta que venza el plazo suspensivo, en forma parecida al usufructo temporal. La verdadera facultad dispositiva pertenece al adquirente.

con relación al vendedor; pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido el requisito de la inscripción».

Los autores de la Exposición de Motivos intuyeron el sistema que establecían, pero no acertaron a explicarle debidamente.

El dominio y demás derechos reales no se traspasan respecto a unos sí y respecto a otros no. Se traspasan *exclusivamente* entre transmitente y adquirente. El efecto *erga omnes* es un efecto natural, pero no esencial, a la transmisión. Y la tradición, no sólo transmite el derecho real (en el supuesto de que concurren los otros dos requisitos esenciales para la transmisión: el contrato y la preexistencia del derecho en el patrimonio del transmitente), sino que produce efectos *erga omnes*; pero con una *importantísima* limitación: ese efecto *erga omnes* de la tradición no se produce si se da otra transmisión del mismo derecho, o de otro incompatible con él, inscrita en el Registro al amparo del principio de publicidad. Por lo contrario, la transmisión amparada en el expresado principio es firme a perpetuidad, aunque se produzca una tradición incompatible con la primera: La adquisición fundada en la tradición es, por tanto, provisional, condicional y de efectos relativos. La adquisición fundada en el principio de publicidad es, por lo contrario, definitiva, incondicional y de efectos absolutos. Son dos categorías de formas de adquirir: la fundada en el principio de publicidad, prevalece siempre.

Otra de las causas de la desorientación de la doctrina en esta materia, y la más importante, es el haberse planteado mal el problema: siempre se ha planteado y estudiado este problema desde el punto de vista de si la inscripción es o no constitutiva del derecho real, de si la inscripción es o no modo de adquirir y si ésta suple o no a la tradición. No se ha sabido distinguir, para resolver este problema, como debió hacerse, entre inscripciones amparadas en el principio de publicidad e inscripciones no amparadas en el referido principio. Las unas —las amparadas en ese principio— son constitutivas. Las otras —las no amparadas en él— no lo son. Las primeras son forma de adquirir el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles de categoría superior y preferente a la tradición. Las segundas no son modo ni forma de adquirir. Las primeras no suplen a la tradición porque no lo necesitan; sino que, simplemente, la dejan sin efecto alguno en cuanto se ponen en contradicción con ella (ar-

tículos 606 y 1.473 del Código civil, y 32 y 13 de la Ley Hipotecaria). Las segundas ni la suplen ni la dejan sin efecto. Esta distinción, tan elemental, no ha sido tenida en cuenta al estudiar el problema más importante y trascendental que plantea el Derecho inmobiliario español, y de ahí la desorientación de la doctrina en esta materia.

EL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD

Después de haber dicho que hay dos categorías de formas de adquirir, la románica (contrato, tradición y principio de preexistencia) y la germánica (principio de publicidad), es obligado explicar qué amplitud y límites tiene esta última categoría de forma de adquirir en el sistema español.

Se adquiere en esta última forma cuando se realiza mediante la inscripción en el Registro de la Propiedad. Pero no toda inscripción está protegida por ese principio. Esta protección sólo se obtiene adquiriendo del titular según el Registro. Fácilmente se comprende que la historia de cada finca ha de tener un principio, ha de haber una primera inscripción, y el que realiza a su favor esa primera inscripción no adquiere del titular según el Registro, puesto que no había ninguno. Es decir, las inscripciones primeras o de inmatriculación no pueden estar protegidas por el principio de publicidad. A su vez, los adquirentes a título gratuito no gozan de más protección registral que la que tuviera su causante o transferente. La Exposición de Motivos de la Ley de 1944 lo fundamenta con suficiente elocuencia: «Es preferible que el adquirente gratuito deje de percibir un lucro a que sufran quebranto económico aquellos otros que, mediante legítimas prestaciones, acreditan derechos sobre el patrimonio del transmitente. Por otra parte, es necesario buena fe en el adquirente. La Moral repreuba siempre la mala fe, y el Derecho no debe sancionar nada reprobado por la Moral.»

AMPLITUD DEL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD

Por consiguiente, se adquiere por el principio de publicidad cuando se inscribe en el Registro, si la adquisición es a título oneroso y de buena fe del titular, según el Registro. Y esta forma de

adquirir prevalece siempre sobre toda otra forma de adquirir, sin excepción alguna.

Se ha dicho (14) que «la inscripción es únicamente modo de adquirir en las adquisiciones *a non domino*, convalidadas por la fides pública en beneficio del tercero del artículo 34 de la Ley». Pero lo difícil es saber cuándo se adquiere *a non domino* y cuándo se adquiere *a vero domino*. Para adquirir por el sistema de tradición se precisa título, modo y preexistencia del derecho en el patrimonio del transmitente. El título y el modo se acredita con entera certeza, máxime estando implícito en la escritura pública. Pero la preexistencia es lo difícil de saber o acreditar. No hay forma de demostrar que el transmitente es dueño en el momento de la transmisión, ni que no ha hecho una transmisión anterior e incompatible con la actual. Se puede tener el convencimiento moral, dependiendo de la confianza que merezca el transmitente y la serie de transmitentes anteriores hasta la adquisición originaria o hasta la consumación de la prescripción, pero no la prueba absoluta. Ni aun teniendo el transmitente inscrito su derecho en el Registro puede el adquirente estar cierto de que le pertenece. Antes que a él ha podido enajenar el mismo derecho a otra persona y ya no le pertenecería. Pero le es indiferente si adquiere amparado en el principio de publicidad. El que adquiere amparado en ese principio tiene la seguridad de que ha adquirido el derecho real, aunque el transmitente no fuera dueño en el momento de la transmisión. No sabrá nunca si adquirió en el momento del contrato y tradición, o en el de la inscripción en el Registro, pero tiene la seguridad de que en este último momento es dueño en tanto no transmita su derecho por un acto de su libertad voluntad o pierda el derecho por su propio abandono mediante la prescripción a favor del poseedor. Obsérvese que en la hipoteca el derecho real no puede existir antes de la inscripción en el Registro; por preceptuarlo así el Código civil y la Ley Hipotecaria (15). Pero, como dice NÚÑEZ LAGOS, «no hay diferencia, una vez inscritos los respectivos títulos, entre la eficacia de un asiento de hipoteca y un asiento de cualquier otro derecho real» (*Realidad y Registro*,

(14) NÚÑEZ LAGOS: *Realidad y Registro*, pág. 9.

(15) Puede verse nuestro trabajo «Es constitutiva la inscripción en el derecho real de hipoteca?», publicado en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1949, pág. 378.

página 9). No hay la más pequeña diferencia. La diferencia está únicamente antes de la inscripción, pues se sabe que la hipoteca no nace hasta el momento de la inscripción, y los demás derechos reales han podido nacer antes de practicarse ésta, sin que se pueda saber nunca a ciencia cierta en qué momento han nacido, si antes o en el momento de la inscripción (dependiendo de que en el momento de la tradición se cumpliese o no el requisito de la preexistencia); pero una vez inscrita la hipoteca u otro derecho real cualquiera, los efectos son idénticos. En ambos casos la inscripción ha dado al derecho real una categoría que no le pueden dar las normas ordinarias del Código civil. La adquisición ha obtenido con la inscripción una categoría superior, la máxima categoría que le puede dar la Ley.

El que tiene un título de adquisición no inscrito, escritura pública o contrato privado con tradición, tiene justo título para la prescripción; y, si, además, tiene la posesión, puede estar seguro de que a los diez o a los veinte años —según se trate o no de ausentes— será dueño de la finca o derecho. Entretanto no tiene otra cosa que eso, posesión y justo título para la prescripción, y la esperanza, que puede no ser realidad, de que el transmitente fuera dueño en el momento de la transmisión, y entonces será dueño sin esperar a que transcurra el plazo para la prescripción. Pero de ninguna forma puede tener la seguridad de que seguirá siéndolo, en el supuesto de que lo sea, pues sin su consentimiento podrá surgir otra persona que adquiera el mismo derecho por una forma de categoría superior y le prive de ese derecho. Ni aun teniendo a su favor una sentencia favorable puede tener la seguridad de ser dueño del derecho real. Antes o después de obtener esa sentencia favorable, un tercero puede entablarle demanda reivindicatoria, sin que lo impida la sentencia, pues sólo produce excepción de cosa juzgada entre las partes. Por lo contrario, el que adquiere amparado en el principio de publicidad tiene la seguridad de haber adquirido el derecho real. No podrá saber nunca desde cuándo, si en el momento de la tradición real o fingida, o en el momento de la inscripción, como hemos visto, pero saldrá que en este último momento era dueño, sin que contra ello se pueda admitir prueba en contrario.

Se dirá que el titular inscrito ha podido enajenar por contrato y tradición, y ya no ser él el dueño, sino el titular no inscrito. Pero esto no es exacto. Si el titular inscrito enajena su derecho mediante

contrato y tradición real o fingida, evidentemente que ya no es él dueño, pero no se sabe, ni se sabrá nunca, si esa otra persona que tiene título y tradición es o no dueño. Antes que a él ha podido hacer, no una, sino innumerables enajenaciones en escritura pública y sólo ha podido adquirir el primero. La dificultad está en saber quién es ese primer adquirente, y tan difícil es que no se puede llegar a saber nunca por el carácter secreto que tiene el protocolo notarial.

El Derecho romano no conoció el principio de publicidad del Derecho moderno. Pero la tradición como medio de adquirir contenía en sí cierta publicidad material. La posesión es un hecho externo, que normalmente no puede pasar desapercibida a los demás. Esta posesión no daba la seguridad de que a ella correspondiera un derecho de dominio o de otro derecho real cualquiera. Pero era un indicio. Cuando una cosa cambiaba de poseedor, podía existir un cambio de dueño, e inducía a la sospecha de que así fuera. Por lo contrario, con el sistema de la transmisión del derecho real por el simple contrato, que, como hemos dicho, es el sistema español en las adquisiciones en escritura pública, no hay indicio alguno que pueda infundir sospechas de que el derecho se ha transmitido. Una finca o derecho real ha podido transmitirse miles de veces —tantas como Notarios hay en el mundo— en escritura pública sin que se pueda sospechar de ello, y menos con posibilidad de comprobarlo, por el secreto del protocolo notarial.

LA ACCIÓN REIVINDICATORIA

Es una acción configurada por el Tribunal Supremo, pues el Código civil se limita a decir en el artículo 348 que «el propietario tiene acción contra el tenedor y poseedor de la cosa para reivindicarla». No vamos a hacer una exposición completa de su doctrina, que requeriría un largo estudio. Pero es que, además, estamos haciendo una exposición del Derecho vigente en relación con el Registro de la Propiedad, y la doctrina del Tribunal Supremo se refiere en este particular a textos legales que no están vigentes hoy. La Ley de 30 de diciembre de 1944 introdujo importantes reformas en artículos fundamentales en relación con esta acción, y no ha habido tiempo para que el Tribunal Supremo siente doctrina en relación

con los nuevos textos (16). Más que las declaraciones de la jurisprudencia interesan, por tanto, las que deba hacer en relación con esta materia. Haremos, por consiguiente, un esquema de lo que debe ser esa jurisprudencia.

La acción reivindicatoria es una acción que compete al dueño de la cosa contra el poseedor de la misma para que se la restituya. Y habrá que distinguir varios supuestos según que se trate de derechos inscritos o no inscritos en el Registro de la Propiedad, y en el primer caso, según estén o no amparados en el principio de publicidad. Se pueden, por tanto, dar en el ejercicio de la acción reivindicatoria los siguientes supuestos:

1.^o Ejercicio de la acción reivindicatoria por un titular no inscrito contra otro tampoco inscrito. La presunción de dominio la tiene el poseedor. El demandante tiene que probar el dominio, justificando el título de adquisición, la tradición y que había adquirido del verdadero dueño. Esta última prueba es la *probatio diabolica*, por la dificultad de probar las sucesivas transmisiones hasta el primer adquirente de la cosa, pero bastará probar la posesión durante el tiempo preciso para la prescripción. La jurisprudencia del Tribunal Supremo la reduce a una prueba del mejor derecho o del más probable. Esto ha sido criticado, por algún publicista, pero a nuestro modesto entender, y sin entrar en su estudio, creemos que está en lo cierto el Tribunal Supremo.

2.^o El titular inscrito no está amparado por el principio de publicidad. Aquél, si no tiene la posesión, puede obtenerla ejercitando la acción del artículo 41 de la Ley, y el Juez deberá dársela si no concurren algunos de los casos exceptuados del mismo. Es una acción reivindicatoria de carácter sumario y provisional, por ejercitarse por una simple certificación del Registró de la vigencia del asiento, con trámites muy sumarios (17). Se funda en la presunción de dominio a favor del titular inscrito del artículo 38 de la Ley, y como simple presunción *juris tantur*, se puede impugnar en juicio ordinario.

(16) Son muy interesantes las Sentencias de 15 de enero y 27 de febrero de 1947, y 27 de marzo de 1950.

(17) En realidad, esta acción sumaria del dominio y derechos reales inscritos comprende no sólo la acción reivindicatoria, sino todas las que protegen el dominio y la posesión, siendo la reivindicatoria la más importante de todas, como fundada en la presunción de dominio y posesión del titular inscrito.

nario declarativo. En éste, si llega a entablarse, el titular inscrito tiene a su favor la presunción de dominio, de superior categoría que la del poseedor; pero se puede impugnar en los mismos términos que hemos visto para el caso de que ninguna de las partes tuviera inscrito su derecho, es decir, que basta la prueba del mejor derecho o del derecho más probable en contra del titular registral no amparado en el principio de publicidad.

3.^º El titular inscrito está amparado en el principio de publicidad. Tiene éste, en primer lugar, a su favor la misma acción reivindicatoria de carácter sumario y provisional del artículo 41 de la Ley. Pero, además, siempre que sea aplicable el principio de publicidad, la inscripción del Registro es prueba tan plena y absoluta que los Tribunales no pueden admitir prueba en contrario, lo que no quiere decir que no puedan admitir el recibimiento a prueba, puesto que hay que demostrar que es aplicable ese principio, y la parte contraria puede intentar demostrar que no lo es, sino que no pueden fallar en contra de ese principio.

LO QUE SE INSCRIBE EN EL REGISTRO; REGISTRO DE DERECHOS REALES Y NO DE TÍTULOS

Se ha dicho que el Registro español es un Registro de títulos (18). La Ley Hipotecaria y su Reglamento usan indistintamente las expresiones de inscribir documentos, títulos, fincas y derechos reales. Las palabras inscribir e inscripción son de un significado muy amplio. Inscripción es todo escrito abreviado en que se hacen constar ciertos hechos importantes. Las lápidas y monumentos llevan una inscripción. Los Títulos de la Deuda llevan una inscripción, y por eso se les llama también Inscripciones de la Deuda.

En el Registro se hacen constar brevemente determinados hechos importantes: La existencia de una escritura pública o de un testimonio de un auto de declaración de herederos, y de esos documentos se dice que se inscriben en el Registro. A estos documentos

(18) Sostienen esa opinión NÚÑEZ LAGOS (*El Registro de la Propiedad español*, pág. 8), GONZÁLEZ PALOMINO (*Enajenación de bienes pseudo-usufructuados*, nota 133); y LA RICA (lugar citado, pág. 635), si bien éste parece que lo acepta sólo a efectos polémicos.

importantes se acompañan, a veces, otros menos importantes, que nadie dice que se inscriban, como los certificados del Registro general de actos de última voluntad. A veces esos documentos contienen títulos —actos o contratos— relativos a derechos reales sobre inmuebles, y entonces se dice también que se inscriben esos títulos. Pero esos documentos hacen referencia a la adquisición de derechos reales y se dice qué se inscribe el derecho real a favor del adquirente. Esto último es para lo que se creó el Registro, para que constasen de una manera cierta los derechos reales sobre inmuebles y los titulares de los mismos.

A nuestro modesto entender, y de acuerdo con lo que dicen la Ley y el Reglamento, en el Registro se inscribe todo lo que determina el artículo 9.^º de la Ley, salvo la fecha y la firma, que son formalidades de la inscripción. Se inscribe, por tanto, la finca, el derecho real, el transmitente, el adquirente, el título y el documento. Pero lo verdaderamente importante es el derecho real y su titular, que es el fin exclusivo para que se creó el Registro. Por eso se llama Registro de la Propiedad; por eso se lleva por fincas; por eso la inscripción primera tiene que ser la de dominio. Y son rechazados —denegados— los títulos, por mucha apariencia que tengan de validez, cuando el derecho real está inscrito a nombre de persona distinta del transmitente, y esto aunque se trate de una sentencia firme, si el titular inscrito no fué parte en el procedimiento. En ocasiones se inscriben documentos que no son siquiera títulos, como las resoluciones judiciales que afecten a la capacidad civil del titular del derecho real. Y es que hay dos cosas importantes en el Registro: el derecho real y su titular, y todo lo que les afecte debe constar en el Registro.

Si el Registro español fuera un Registro de títulos, sería el instrumento más inútil que se podría imaginar, porque la inscripción no convalida nunca los títulos que sean nulos con arreglo a las leyes (artículo 33 de la Ley Hipotecaria). Lo que el Registro convalida es exclusivamente la transmisión del derecho real. Nunca se repetirá bastante, hasta que se destierre esa errónea afirmación de que el Registro español es un Registro de títulos, que el Registro no convalida los títulos —actos o contratos— que sean nulos con arreglo a las leyes. Una escritura nula sigue siendo nula a perpetuidad por muy inscrita que esté. Lo que únicamente se convalida es la trans-

misión del derecho real, pero la escritura sigue siendo nula después de convalidada la transmisión del derecho real a que la misma haga referencia (19).

Hay otros muchos argumentos que demuestran que el Registro español es un Registro de derechos reales, que expondremos brevemente.

El trácto sucesivo no se concibe, ni puede existir, en un Registro de títulos. Sólo cabe en un Registro de derechos reales. Los títulos no se transmiten nunca y no puede haber en ellos trácto sucesivo. Lo que se transmite es el derecho real, y en él es donde hay trácto.

Y en las cancelaciones, ¿qué es lo que se cancela? ¿El título anterior? ¿Y entonces en las cancelaciones parciales se cancela parcialmente el título anterior? ¿Acaso se concibe una cancelación parcial de una compraventa o de un testamento?

¿Y cuál es el objeto de las anotaciones preventivas de demanda de propiedad, embargo, secuestro y prohibición de enajenar? ¿Acaso el título anterior? ¿No es más exacto decir que el derecho real?

EL DUEÑO CIVIL.

Al titular no inscrito se le suele llamar dueño civil; pero, ¿es que acaso lo es? Ese supuesto de dueño civil no es más que un titular no inscrito, que ni tiene siquiera a su favor una presunción de dominio. Es verdad que puede existir un dueño no inscrito, pero lo difícil es dar con él (20). En cuanto se sale del sistema de publicidad todo son dudas y cálculo de probabilidades. La seguridad sólo la da el principio de publicidad.

Se ha dicho también que no hay más dueño que el dueño civil.

(19) Este principio de Derecho inmobiliario registral de que la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes, no debe desaparecer de nuestra legislación hipotecaria, para que no haya dudas en este extremo. Pero a veces parece como si no hubiera otro precepto más importante en nuestra legislación inmobiliaria; y se olvida que ese mismo principio rige en el Código civil, aunque éste no lo diga expresamente, en cuanto a la tradición, pues ésta no convalida nunca los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes, con una diferencia; y es que la inscripción convalida la transmisión del derecho real en cuanto interviene el principio de publicidad, y la tradición no produce nunca ese efecto.

(20) Hemos dicho, repitiadas veces que esa dificultad radica en el requisito de la preexistencia del derecho en el patrimonio del transmitente

Se hubiera sido más exacto diciendo que no hay más dueño que el dueño. Si con ello se quiere decir que no hay más dueño que uno, es una verdad tan clara que no necesita demostración. Pero si con ello se quiere decir que no hay más dueño que el que ha adquirido o pretendido adquirir con el sistema o formas latino-romanas del título y modo o contrato y tradición, se ha incurrido en un gravísimo error. En primer lugar no basta el título y modo, y hace falta la preexistencia del derecho en el patrimonio del transmitente, que es lo difícil de saber o averiguar. Pero se han olvidado los casos en que el propio Código civil no exige tradición alguna, como en la donación de inmuebles, y, lo que es más importante, se han olvidado la Ley Hipotecaria, los artículos 605 al 608 del Código civil y otros artículos del mismo.

Puede existir un poseedor, y por el hecho de ser poseedor tendrá a su favor una presunción de dominio *juris tantum*, pero de inferior categoría que la presunción de dominio, también *juris tantum*, de titular inscrito, establecida en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, y que, por tanto, cede ante la de éste. Y para privarle de la posesión basta la acción del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, con su carácter sumario y provisional, aun cuando no entre en juego el principio de publicidad.

Por eso en vez de decir que no hay más dueño que el civil, que en un sentido es una verdad que no necesita demostración, y en otro es una inexactitud, sería más conveniente decir qué hay un solo dueño, pero con dos categorías en la forma de adquirir.

Se suele decir también que la Ley Hipotecaria es una Ley de terceros. Seríamos más exactos si dijésemos que es una Ley de adquirentes. Es cierto que da base para esa denominación la propia terminología de la Ley. Pero a quien protege la inscripción es siempre al adquirente. Este, ciertamente, es tercero en relación con actos, contratos, derechos reales, causas de nulidad, etc., no inscritos en el Registro. Pero es parte en el acto o contrato inscrito y a él es a quien ampara la inscripción. La inscripción no protege a todo ter-

en el momento de la tradición, requisito imprescindible para la adquisición del derecho real, y que sólo le salva la inscripción en el Registro, al amparo del principio de publicidad. Sin inscripción, la mayor o menor seguridad depende de la confianza que merezca el transmitente y la serie de transmitentes anteriores hasta la adquisición originaria o hasta la consumación de la prescripción. Por eso se llamó *probatio diabolica*, como hemos visto.

cero, sino al que inscribe. Y a éste le protege siempre, con más o menos fuerza, según esté o no amparado en el principio de publicidad, como hemos visto. Por eso sería más exacto llamar a la Ley Hipotecaria Ley de adquirentes.

E PÍLOGO

Y este es el sistema español, mezcla, en distintas dosis, de los sistemas romano y alemán, con algunas normas del Derecho francés. Es una superposición de sistemas. Son dos categorías de formas de adquirir. No se entenderá nunca el sistema español si no se tienen en cuenta estos dos sistemas superpuestos y estas dos categorías de formas de adquirir. Pero no es una mezcla desarticulada, sino ordenada, lógica y racional, recogiendo lo que en cada sistema hay de más científico y mejor. El legislador español no se limitó a copiar el Derecho alemán. Rechazó reiteradamente una institución tan típicamente alemana como el consentimiento abstracto. Y al mismo principio de publicidad le dió una modalidad especial, como hemos visto. De esta forma, como dice LA RICA, «se ha llegado en España a elaborar un sistema con características propias, genuino, nacional, bien diferenciado de los existentes más allá de nuestras fronteras («Curso de Conferencias del Colegio Notarial de Valencia», 1948, pág. 61). Esto no quiere decir que sea un sistema perfecto, pero sí, probablemente, superior a los que existen en las demás naciones.

De lo que carece nuestro sistema es de popularidad. No ya el público, los mismos profesionales ignoran en gran parte las ideas más fundamentales acerca del mismo. Es casi una ciencia oculta de Notarios y Registradores. Y es necesario que el público, y especialmente los profesionales, le estudien y conozcan como las demás instituciones del Derecho civil.

Una última observación: Hace noventa años que el Derecho español incorporó a su Derecho positivo el principio de publicidad, uno de los descubrimientos, seguramente, más importantes del Derecho privado moderno. Son muchas las naciones cultas que aún le desconocen por completo. No es la única institución jurídica incorporada a nuestra legislación que aún se ignora en otras naciones.

MARIANO HERMIDA LINARES
Registrador de la Propiedad.

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* partidor de los bienes y con *que no deje transcurrir* el plazo señalado por el testador o el del artículo 904, PUES SI NO ACEPTE 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 partidores.»

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 mediando *aceptación*, por el transcurso de un año, desde la misma *debidamente 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 (presumiéndose el conocimiento de su designación como partidor, con presunción *juris tantum* y salvo prueba en contrario), el repetido comisario *o aceptara* y realizara simultáneamente la partición *o no aceptara*, dando lugar, con su silencio, a la caducidad de sus facultades partionales.

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 al aquél 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 niémos 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 llevar 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 fechante 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 trato 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 mediare 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-TRAVESET GONZÁLEZ
Registrador de la Propiedad.

Julio, 1951.