

II.3. DERECHO CIVIL

**COMENTARIO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 22 DE FEBRERO DE 1997 (RESOLUCIÓN DE ARANZADI N.º 120/1997)**

Por D.^a VIRGINIA MARTÍN MÁRQUEZ
Becaria de Investigación
Derecho civil

SENTENCIA DE LA SALA 1.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 22-FEBRERO-1997 (*RESOLUCIÓN DE ARANZADI N.º 120/1997*)

Ponente: EXCMO. SR. D. PEDRO GONZÁLEZ POVEDA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.—Con fecha 16 de julio de 1990 tuvo entrada en el Juzgado Decano de Primera Instancia de Logroño la demanda de retracto de coherederos formulada por don Pedro U. R. y don Emilio U. A. contra don José B. L. y su esposa en cuyo suplico interesaba sentencia por la que se declare que los actores «como herederos de don Benito U. B. y doña María R. M., tienen derecho a retraer la sexta parte indivisa de los bienes a que se refiere el hecho primero de la demanda, que como heredera de aquéllos correspondía a doña Natividad U. R., y que ha vendido a dichos demandados, don José B. L. y su esposa, condenando a estar y pasar por tal declaración y a que dentro del tercer día otorguen, a favor de mis representados, los actores, la oportuna escritura de venta del derecho sucesorio adquirido, bajo apercibimiento de otorgarla de oficio si no lo hicieran, todo ello con imposición de las costas». Esta demanda correspondió por turno de reparto al Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Logroño dando lugar a los autos n.º 293/1990.

Ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Logroño se siguieron autos de juicio declarativo de menor cuantía n.º 312/1990 en virtud de demanda formulada por don José B. L. contra doña Natividad U. R., don Pedro U. R., don Emilio U. A. y otros, suplicando sentencia por la que se declare que don José B. L. «es propietario en pleno dominio y en su sociedad de gananciales, de las fincas urbanas descritas en el hecho primero, c/ Vitoria n.º 32 de Logroño, por compra efectuada a doña Natividad U. R. mediante escritura pública otorgada ante el Notario don Juan D. J. E. en 24-mayo-1990, en virtud del título hereditario de la vendedora a que se refiere dicha escritura, partición de herencia del titular registral don Benito U. B., ratificada por su viuda, de 3-marzo-1951 y consecuentemente, condene a los demandados a estar y pasar por dicha declaración de dominio, y se decrete la reanudación del tracto sucesivo interrumpido en el Registro de la Propiedad, con cancelación de las inscripciones contradictorias relativas a las mencionadas fincas registrales, 5209 del Tomo 680, y 5967 del Tomo 672, haciendo expresa imposición de las costas a la parte que se opusiere». Los codemandados don Pedro U. R. y don Emilio U. A., personados en autos, se opusieron a la demanda alegando la carencia de título de dominio en la vendedora y la nulidad de la partición de la herencia de don Benito U. B. realizada en documento privado de fecha 3-marzo-1951.

Por don José B. L. se solicitó la acumulación de los autos de juicio declarativo de menor cuantía seguidos ante el Juzgado n.º 2 a los de juicio de retracto tramitados por el Juzgado n.º 5, petición que fue denegada por Auto de 13-junio-1991.

En los autos de juicio de retracto recayó sentencia desestimatoria de la demanda, en tanto que la sentencia dictada en los autos de juicio declarativo de menor cuantía dio lugar a la demanda formulada. Apeladas ambas sentencias, y formados los correspondientes rollos, la Audiencia Provincial de Logroño acordó por Auto de 15-mayo-1992 su acumulación, dictándose la sentencia aquí recurrida confirmatoria de las recaídas en primera instancia.

SEGUNDO.—Interpuesto recurso de casación por don Pedro U. R. y don Emilio U. A., su primer motivo alega infracción de los arts. 659 y 661 del Código civil en armonía con el art. 1261.II del mismo Texto Legal; argumenta que en el pretendido cuaderno particional de 3-marzo-1951 se han incluido como bienes privativos del causante don Benito U. B. bienes de carácter ganancial. Dice la S.T.S. 14-febrero-1989 (R.J. 1989,852) que «como tiene declarado esta Sala en Sentencias de 25-febrero-1966 (R.J. 1966, 852) y 23-marzo-1968, son aplicables a la partición las reglas relativas a la nulidad de los negocios jurídicos dado que se trata de una actividad de hecho y jurídica equiparable, claro es que tiene aplicación la normativa contenida en el art. 1261 C.c., y por tanto la precisión de objeto cierto, que no se da cuando como aspecto determinante de lo que ha de ser objeto de partición se comprenden bienes del causante con alteración fáctica y jurídica del concepto atributivo de su domicilio, dando como común del matrimonio integrado por la causante lo que se reconoce privativo en él, generando en consecuencia en el acto particional un negocio jurídico de índole contractual celebrado no válidamente, que en virtud del art. 1290 C.c., no conduce a la solución de rescisión, que requiere contemplación de negocio jurídico contractual válido, sino de nulidad, cual acoge la sentencia recurrida, surgida de tal defecto en el objeto, con el efecto que previene el art. 1300 C.c.»; en parecidos términos, afirma la S.T.S. de 7-diciembre-1988 (R.J. 1988,9301) que «el principio general de que nadie puede transmitir o disponer de aquello que no es suyo (*nema plus iuris transferit quam habet, nema dat quod nan habet*) tiene su plasmación concreta en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que a la sucesión hereditaria en general se refiere, en el art. 659 C.c., que circunscribe la herencia de todo causante a los bienes, derechos y obligaciones que integran su patrimonio y que no se extingan por su muerte y por lo que a la testamentaria en particular concierne, los arts. 667 y 668 C.c. facultan a toda persona a disponer por testamento de todos sus bienes o de parte de ellos, a título de herencia o legado. Asimismo, como aplicación más concreta de dicho precepto general, la partición que, como una más de las clases o formas de partición hereditaria, puede hacer el testador, conforme al art. 1056 C.c., presupone necesariamente que se refiera a bienes que formen parte del patrimonio del testador que la hace, como exige expresamente el citado precepto cuando habla de “la partición de sus bienes”, sin que, por tanto, pueda referirse o comprender bienes que no sean de su pertenencia,

como ya tiene declarado esta Sala -SS.T.S. de 20-mayo-1965 (R.J. 1965, 2602), 17-mayo-1974 (R.J. 1974, 2068) y 5-junio-1985 (R.J. 1985, 3095)-», sentencia que es citada por la de 18-marzo-1991 (R.J. 1991, 2264) reiterando ese criterio de nulidad.

Acreditado en autos que las fincas litigiosas atribuidas a doña Natividad U. R. en la partición de la herencia de su padre don Benito U. B. realizada el 3-marzo-1951, fueron adquiridas por el causante en estado de casado con doña María R. M. sin que conste acreditado que regía entre ellos otro régimen económico que no fuera el de gananciales y no constando tampoco el carácter privativo del precio pagado por dichos inmuebles, no podrán incluirse en el caudal relicto por don Benito dado su carácter ganancial; de ahí que la partición realizada el 3-marzo-1951 adolezca de un vicio de nulidad al comprenderse en ella bienes pertenecientes a la sociedad de gananciales habida entre el causante y su esposa y no habiéndose procedido a la previa disolución del régimen económico matrimonial, resultando infringidos los arts. 659, 661 y 1261.2.º C.c. que se citan en el motivo que debe ser acogido.

TERCERO.-El motivo segundo alega infracción de los arts. 1057 y 1058 C.c., ya que designada por el testador persona para hacer la partición, deberá efectuarla ésta no habiendo la posibilidad de que sea hecha por los coherederos mayores de edad, máxime cuando concurre un heredero menor de edad.

Ante las diferentes posturas doctrinales acerca de la cuestión suscitada en el motivo, la S.T.S. de 20-octubre-1992 (R.J. 1992,8090) establece que «aunque no se trate de una cuestión doctrinalmente pacífica, pues algún autor opina en sentido contrario a lo que a continuación se expone, el más amplio sector de la doctrina sostiene el criterio de que, salvo que el testador lo haya prohibido expresamente en su testamento, los herederos mayores de edad, que se hallen en la libre disposición y administración de sus bienes, cuando medie entre ellos un acuerdo unánime (*nemine discrepante*), pueden prescindir de la intervención del contador-partidor y efectuar, por sí solos, la partición del modo que tengan por conveniente, cuyo criterio doctrinal lo comparte esta Sala», exponiendo a continuación las razones que amparan esta solución; doctrina que, «a sensu contrario», determina que en el presente caso no pudiera prescindirse de la intervención del contador-partidor designado por el testador dado que entre los herederos se encontraba el hoy recurrente don Emilio U. A. entonces menor de edad, por lo que debe acogerse el motivo ante la infracción de los arts. 1057 y 1058 C.c.

Asimismo, es procedente estimar el motivo tercero en que se denuncia infracción de los arts. 1261.1.º y 657 C.c. en relación con el art. 1058 del mismo Texto Legal al no darse en la partición contractual de 3-marzo-1951 el consentimiento simultáneo de todos los herederos, al no haber concurrido a esa partición doña María R. M., esposa del causante. Don Benito U. B. dispuso en la estipulación tercera de su testamento notarial otorgado en 3-septiembre-1949 que «sin perjuicio de la cuota legal usufructuaria lega en pleno dominio a su esposa doña

María R. el tercio de los bienes de libre disposición. Se le adjudicarán los muebles y ajuar de la casa»; designada así la esposa legataria de parte alícuota de la herencia, el tercio de bienes de libre disposición, su intervención en la partición deviene necesaria dada la semejanza a estos efectos entre el legatario de parte alícuota y los herederos así como la facultad que les reconoce el art. 1038 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para instar el juicio voluntario de testamentaria.

Indiscutido que la esposa del causante, legataria de parte alícuota, no tuvo intervención en la confección del documento privado de 3-marzo-1951, en el cual no se la tuvo en cuenta sin que conste su repudiación al legado, es claro que dicho contrato particional adolece de falta de consentimiento de todos quienes debían prestarlo concurrentemente y ello aunque se entienda que, como dice la S.T.S. de 18-febrero-1987 (R.J. 1987,715), «hay consentimiento cuando se realizan actos llamados concluyentes, que puede serlo incluso el silencio, no importando la forma (expresa o tácita), siempre que sean claros e inequívocos -S.T.S. de 14-junio-1963 (R.J. 1963,3057)-»; tal falta de consentimiento de doña María R. en el momento de la partición no puede ser suplida por lo manifestado por ella en su posterior testamento notarial de 27-julio-1964, disposición tercera, en el sentido de que «declara la testadora que al verificar la partición de los bienes de su esposo entre sus hijos se han comprendido en la misma bienes de la testadora en casi su totalidad, por lo cual sus descendientes ya han recibido por herencia de la que dispone cuanto podía corresponderles, siendo su voluntad que respeten la distribución realizada en documento privado, sólo pendiente de formalización mediante la correspondiente escritura, y dejando a salvo lo que dispone a continuación».

CUARTO.-El motivo cuarto aduce infracción del art. 1057.II C.c., en su redacción vigente al tiempo de la elaboración del documento de 3-marzo-1951, cuya redacción coincide con el actual párrafo 4.º del mismo artículo (*rectius*, párrafo 3.º); el motivo no puede ser acogido, ya que el precepto se refiere a las operaciones particionales realizadas por el contador-partidor y el presente litigio versa sobre la partición contractual practicada por los herederos no siendo aplicable al caso el citado precepto que, por tanto, no ha podido ser infringido en ningún sentido por la sentencia impugnada.

Examinados los motivos del recurso relativos a la validez o ineficacia de la partición contenida en el documento de 3-marzo-1951 de cuyo examen se concluye la nulidad radical de tales operaciones particionales, inhábiles, por tanto, para transmitir la propiedad de los bienes a los herederos a quienes son individualmente atribuidos, ello no implica que haya de establecerse la falta de título dominical a favor de doña Natividad U. R. sobre los inmuebles litigiosos; estos bienes han venido siendo poseídos por doña Natividad en concepto de dueña desde que le fueron adjudicados en 1951 sin oposición de los demás coherederos hasta la formulada por don Pedro U. R. en el expediente de dominio para la reanudación del tracto registral instado por doña Natividad en el año 1988; tal posesión ha sido reconocida por los codemandados don Manuel N. U., doña

Candela A., don Félix A U., don Nicolás N. U., don Benito N. R., doña M.^a del Carmen N. U. y don Benito N., al absolver posiciones, a cuyas pruebas de confesión ha de reconocérseles la fuerza probatoria que les dispensa el párrafo 10 del art. 1232 C.c. al tratarse de hechos que perjudican a los confesantes y sin que pueda atribuirse la misma fuerza probatoria a la confesión de los codemandados recurrentes y de doña Ascensión C. P., siendo de observar que don Pedro U. reconoce que desde aquella fecha de 1951 entraron en posesión de los bienes que les fueron atribuidos a cada coheredero, si bien limita esa posesión, sin justificación alguna, a los bienes rústicos. Se ha producido así la prescripción adquisitiva de tales bienes a favor de doña Natividad U. R. quien, por ende, tenía la facultad de transmitir su dominio en la forma que lo hizo, al celebrar el contrato de compraventa documentado en escritura pública de fecha 24-mayo-1990 a favor de don José B. L. En consecuencia, no obstante la ineficacia de la partición realizada en 3-marzo-1951 ha de confirmarse la sentencia recurrida en cuanto a la acción declarativa del dominio ejercitada por don José B. L. al haber adquirido éste las fincas a que se refiere aquella acción, en virtud de contrato de compraventa, de quien podía disponer de ellas al haber usucapido las mismas por la posesión de treinta años de acuerdo con el art. 1959 C.c.

QUINTO.—Reconocido así el dominio exclusivo de doña Natividad U. R. sobre las fincas en litigio, ha de decaer el quinto y último motivo del recurso en que se invoca infracción del art. 1067 C.c., al no concurrir el supuesto de hecho que en el mismo se contempla. Incluso aunque no se estimase que doña Natividad había adquirido el dominio de los repetidos inmuebles por usucapión, la venta en que se apoya la acción de retracto ejercitada sería nula y sobre ella no podría intentarse el retracto pretendido, ya que no podría transmutarse esa venta que tenía por objeto bienes concretos y determinados en una venta del derecho hereditario de la vendedora.

SEXTO.—La desestimación del recurso conlleva la condena en costas de los recurrentes y la pérdida del depósito constituido, de acuerdo con el art. 1715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

COMENTARIO

La sentencia objeto de estudio refleja con claridad la doctrina mantenida por la Sala 1.^a del Alto Tribunal cuando la partición contractual deviene nula. No obstante, resulta conveniente analizar más a fondo cuatro aspectos fundamentales: nulidad del cuaderno particional; partición hecha por los coherederos prescindiendo del contador-partidor designado en el testamento; ausencia, en la confección del documento privado particional, del consentimiento del legatario de parte alicuota; y la acción de retracto de coherederos.

I. Respecto a la *nulidad del cuaderno particional*, que se invoca como motivo de casación en el Fundamento de Derecho Segundo por incluir en el cuaderno particional bienes gananciales como privativos del causante, hemos de distinguir

dos aspectos bien diferenciados, aunque íntimamente conexos: de un lado, la nulidad como forma de ineficacia; y, de otro, las causas de nulidad.

La partición, como negocio jurídico que es, está sometido a las mismas reglas de ineficacia que los contratos; así lo establece el art. 1073 C.c. respecto a la rescisión de la partición. Sin embargo, esto no quiere decir que queden excluidas otras formas de ineficacia¹.

El Código civil sólo contiene un precepto relativo a la nulidad de la partición —el 1081— que dice que «la partición hecha con uno a quien se creyó heredero sin serlo será nula». No obstante, esta nulidad puede presentarse por otras causas, que, al no estar reguladas en el Código civil, necesitaron de una elaboración doctrinal y jurisprudencial que desembocó en la S.T.S. de 31-mayo-1980 (*Res. Aranzadi* n.º 2724/1980) que recoge toda la casuística anterior².

Así, también serán supuestos de nulidad, entre otros muchos, el error sobre la muerte del causante, la partición conforme a un testamento no definitivo o conforme a un ordenamiento jurídico que no es el que debe regir la sucesión, la llevada a cabo por comisario que sea a la vez heredero, la falta absoluta de consentimiento, y, por supuesto, la falta de objeto por haber incluido bienes que no pertenecían a la herencia, como es nuestro caso; vulnerándose, así, el art. 1261.2.º C.c. que establece que no hay contrato sin objeto cierto que sea materia del contrato, y los arts. 659 y 661 sobre bienes que conforman la herencia del causante. Y como las fincas litigiosas fueron adquiridas por don Benito U. B. ya casado con doña María R. M. sin que conste que rigiese entre ellos otro régimen económico que no fuera el de gananciales ni que dicho régimen fuese disuelto antes de la partición, ésta deviene nula.

El Tribunal Supremo ha estimado la nulidad por estas causas debido a que las confusiones, omisiones o inclusiones indebidas vician de tal forma la partición, que hacen imposible su rectificación³.

¹ Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida (*Elementos de Derecho Civil, V. Derecho de Sucesiones*, Barcelona, 1988, págs. 171 y 172) atribuyen esta limitación a una «inexactitud terminológica» debido a que los preceptos de la sección cuarta (arts. 1073 a 1081 C.c.) se refieren a la rescisión por lesión y el 1073 viene a aclarar que, además de por lesión, se puede rescindir por las causas comunes a los demás negocios jurídicos (nulidad, anulabilidad y rescisión).

² Esta sentencia declara que «carente el C.c. de una regulación específica sobre nulidad de las particiones fuera del precepto singular del art. 1081, habrá que entender aplicables a la materia las normas sobre nulidad de los negocios jurídicos y principalmente de los intervivos contractuales, teniendo muy presente la consecuencia de que sólo se originará esa nulidad si existe carencia o vicio sustancial de los requisitos esenciales del acto».

³ En esta línea se manifiestan las S.T.S. de 30-enero-1951 (*R.A.* 89/1951), que establece que «aun cuando no hubiera lesión en más de la cuarta parte, el proyecto de partición quedaría sin efecto por inclusión en el inventario de bienes no pertenecientes a la herencia»; la de 29-mayo-1965 (*R.A.* 2602/1965), que estimó nula una partición efectuada por contador-partidor, por incluir en ella bienes que no pertenecían al testador en el momento de su fallecimiento; la de 17-mayo-1974 (*R.A.* 2068/1974), que consideró nula la partición contenida en un testamento, porque el testador incluyó, aparte de sus propios bienes, los parafernales de su esposa y los gananciales; señalando la necesidad de que «los bienes distribuidos sean propios del causante, es decir, estén en su disponibilidad, pues

II. *Partición hecha por los coherederos prescindiendo del contador-partidor designado en el testamento.*—Pese a que en el caso que nos ocupa la partición no fue válida al ser uno de los coherederos —don Emilio U. A.— menor de edad (el art. 1060 C.c., modificado por la L.O. 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, establece que los menores de edad deberán estar legalmente representados en la partición, y si el menor está representado por defensor judicial, dicha partición que realicen los coherederos deberá someterse a aprobación judicial. y aquí no consta que él menor tuviese representación alguna), y, por tanto, la cuestión de si debe o no admitirse la exclusión del comisario habiendo acuerdo unánime entre los coherederos quedaría zanjada, es preciso exponer, siquiera brevemente, las diferentes posturas sostenidas por la jurisprudencia y la doctrina civilista. No obstante, hay que dejar claro previamente que los herederos, no sólo deben estar de acuerdo en eliminar al contador, sino que, además, debe haber conformidad entre ellos para repartirse los bienes.

En contra de la exclusión, De Cossío; Díez-Picazo y Gullón⁴. Entienden estos autores que el testador ha querido evitar, precisamente, que la partición quede en manos de los herederos. De la Cámara Álvarez mantiene que la designación del contador partidor puede haber obedecido al propósito del testador de proteger a algún heredero al que supone pueda ser víctima de la mayor habilidad o prepotencia de sus coherederos⁵. Por su parte, García García afirma que no se puede excluir al contador-partidor cuando el testador lo haya prohibido, si concurren menores a la partición y si el encargo contiene una encomienda de atribuciones por encima del interés de los coherederos⁶. De la misma opinión es Díaz Soler, amparándose en la voluntad del testador, en los arts. 1057.II y 1058 C.c., la jurisprudencia tradicional y el régimen especial de las Compilaciones Forales⁷. De este tenor son, también, las SS.T.S. de 22-enero-1952 (R.A. 46/1952), 19-febrero-1962 (R.A. 1096/1962), 15-julio-1988 (R.A. 5721/1988), 8-marzo-1989 (R.A. 2023/1989); y la Resolución de la DGRN de 15-julio-1943 (R.A. 944/1943), entre otras. En definitiva, esta doctrina se apoya en el sentido más literal de los arts. 1056 y 1058 del Código civil, que preceptúan la necesidad de pasar por la partición efectuada por el testador, y sólo cuando éste no la establezca ni la encomiende a otra persona, podrán los coherederos distribuirse la herencia como mejor consideren.

de otro modo las facultades concedidas al testador para dividir, liquidar y adjudicar el caudal propio se harían extensivas a derechos ajenos con el pretexto de hallarse íntimamente ligados con los suyos». También, la de 3-marzo-1980 (R.A. 1016/1980) y la citada en el F.D.2.º de 14-febrero-1989 (R.A. 836/1989), que declara que no existe objeto cierto «si la partición ha dado como común del matrimonio lo que se reconoce como privativo de uno de los cónyuges, lo que implica nulidad por defecto en el objeto».

⁴ *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, *Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, 58.ª ed., Madrid, 1990, págs. 590 y 591.

⁵ *Compendio de Derecho Sucesorio*, 1990, pág. 442.

⁶ *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1981, pág. 1441.

⁷ *El contador-partidor testamentario*, Madrid, 1996, págs. 91 y ss.

A favor de la prescindibilidad del contador-partidor se muestran Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida⁸, a los que tal solución les «parece clara». Albaladejo cree que los interesados pueden prescindir por unanimidad hasta de la partición que hubiese hecho el propio testador⁹. El Tribunal Supremo acoge esta postura en su Sentencia de 20-octubre-1992 (R.A. 8090/1992)¹⁰ que también se refiere a la necesidad de que todos los coherederos sean mayores de edad y con capacidad civil plena. En ella se establecen las razones por las que admite la exclusión del comisario (excepto que el causante lo prohíba expresamente). En primer lugar, sí, salvo casos excepcionales, el nombramiento del contador-partidor se entiende hecho en beneficio de todos los coherederos, para eliminar los posibles desacuerdos, y todos los coherederos por acuerdo unánime deciden efectuar, por sí solos, la partición. Otro motivo es que, si unánimemente pueden prescindir los herederos de las disposiciones del testamento para partir la herencia, igualmente pueden hacerlo sin la intervención del contador-partidor. Añade, para reforzar esta opinión, que este es el criterio que siguen la Ley 344 del Fuero de Navarra y el art. 57 del Código de Sucesiones por Causa de Muerte en el Derecho civil de Cataluña, y concluye diciendo que «no parece existir razón (histórica ni jurídica) alguna para que en el Derecho civil común (no foral) no pueda seguirse el mismo criterio, cuando el Código civil, que tan poca atención normativa presta a la figura del contador-partidor, no contiene ningún precepto en que expresamente lo prohíba, aparte de la debida concordancia que con el principio de igualdad de los españoles ante la Ley (art. 14 C.E.) supone el mantenimiento de un criterio uniforme en la materia». Esta opinión es la mayoritariamente aceptada por la moderna doctrina científica y que consideramos más correcta.

III. En cuanto a la *ausencia, en la confección del cuaderno particional, del consentimiento del legatario de parte alícuota*, hemos de recordar que para la partición contractual se requiere la concurrencia de todos los herederos, y si alguno de ellos hubiese fallecido, podrán actuar sus herederos, pero bajo una sola representación (art. 1055 C.c.). Esta necesidad de que concurren todos los interesados está claramente exigida por los arts. 1058 y 1059 C.c. y por reiterada jurisprudencia; S.T.S. de 9-mayo-1968 (R.A. 3721/1968) y Resoluciones de la D.G.R.N., como la de 30-junio-1915 (*Jurisprudencia Civil*, tomo 51, pág. 829): «el contrato de partición de bienes, como todos en los que hay varios interesados, exige la concurrencia o consentimiento de todos ellos para la validez del mismo y que pueda ser inscrito en el Registro de la Propiedad», y la de 27-febrero-1922 (*Jurisprudencia Civil*, tomo 73, pág. 387): «tal escritura ha de estimarse comprendida entre las que prevé el art. 1058 y, por tanto, sujeta a los principios generales del

⁸ *Op. cit.*, pág. 161.

⁹ *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XIV, vol. 2.º, Madrid, 1989, pág. 222. Rivas Martínez, Menéndez-Valdés Galpe y Díaz Alabart igualmente comparten la opinión de que si están todos los interesados de acuerdo, su voluntad debe prevalecer sobre la del comisario y, al no haber discusión, la figura de éste ya no tiene sentido.

¹⁰ Roca Sastre-Muncunill cita esta sentencia y la que estamos analizando para defender su exposición en el mismo sentido. *Vid. Derecho de Sucesiones IV*, Barcelona, 2000, pág. 174.

régimen contractual, y para que tuvieran validez y eficacia los variados pactos que contiene aquélla para todos los interesados en la herencia, era indispensable que hubieran concurrido a la misma todos los instituidos».

En el supuesto litigioso, don Benito U. B. legó a su esposa María en su testamento el tercio de los bienes de libre disposición, sin perjuicio de la cuota legal usufructuaria; con lo que ésta se convertía en legataria de parte alicuota, y, por ello, según el Tribunal Supremo, debía de intervenir en la elaboración del cuaderno particional. De la misma opinión es Vallet de Goytisolo¹¹ que se basa en el art. 1038 de la antigua L.E.C., que decía que serán parte legítima para promover el juicio de testamentaría los legatarios de parte alicuota¹²; y en la Resolución de la D.G.R.N. de 4-noviembre-1935, que establece que «si bien en el marco de nuestro Derecho positivo podría parecer aventurado establecer una absoluta identidad entre heredero y legatario de parte alicuota, no lo es en cambio estimar que, dada la naturaleza, alcance y efecto de esta especie de legado, la ausencia de su reglamentación en el Código civil y la facultad que de un lado se otorga y de otro se niega a este legatario por los arts. 1038 de la L.E.C. y 42.7.ª de la Ley Hipotecaria, deben serle aplicables determinados preceptos legales relativos al heredero, y muy especialmente aquéllos cuyo fin inmediato es el reconocimiento por el sucesor del patrimonio en que ha de participar, en cuantía y composición, punto en el que la semejanza entre el heredero y el legatario de parte alicuota aparece más destacada». Igualmente, Roca Sastre establece, como primer requisito para la partición realizada entre los herederos, que deben efectuarla, como partes, todos los herederos y los legatarios de parte alicuota¹³. Román García es claro cuando afirma que el legatario de la parte alicuota de una herencia es un sucesor a título universal, un heredero; salvo que se trate, que no es el caso, de un legado de parte alicuota de los bienes de activo o del saldo o remanente del caudal hereditario del causante, y estaremos entonces ante un auténtico legado y una sucesión proporcional a título particular¹⁴. Sin embargo, Puig Brutau considera que no pueden intervenir como partes los legatarios de parte alicuota, aunque puedan promover el juicio de testamentaría¹⁵.

IV. El *retracto de coherederos* viene regulado en el art. 1067 C.c., que dispone que «si alguno de los herederos vendiere a un extraño su derecho hereditario antes de la partición, podrán todos o cualquiera de los coherederos subrogarse

¹¹ Albaladejo, *Comentarios...*, pág. 113.

¹² Téngase en cuenta que en la vigente Ley de Enjuiciamiento civil de 2000 se simplifican considerablemente los juicios de testamentaría anteriores y vienen a regularse en el Libro IV (De los procesos especiales), Título II (De la división judicial de patrimonios), Capítulo I (De la división de la herencia), Sección 1.ª (Del procedimiento para la división de la herencia). Su art. 782, en referencia a quiénes están legitimados para solicitar la división judicial de la herencia equipara al legatario de parte alicuota con el heredero, que podrán reclamar dicha división judicial siempre y cuando no exista un comisario o contador-partidor que deba realizarla.

¹³ *Derecho Hipotecario*, vol. III, 7.ª edición, Barcelona, 1979, pág. 764.

¹⁴ *Instituciones de Derecho civil español VII, Derecho de Sucesiones*, Madrid, 1999, págs. 284 y ss.

¹⁵ *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo V, vol. 3.º, Barcelona, 1991, pág. 445.

en lugar del comprador, reembolsándole el precio de la compra, con tal que lo verifiquen en término de un mes, a contar desde que esto se les haga saber». Los demandantes, y luego recurrentes, pretendían que se reconociese su derecho a retraer la sexta parte indivisa de los bienes atribuidos a doña Natividad U. R. y que vendió a don José B. L. y su esposa. Sin embargo, aquí la venta no es de un derecho hereditario en abstracto, como requiere el citado precepto, sino de unos bienes perfectamente determinados (las fincas urbanas) atribuidos a la vendedora por un contrato particional, que posteriormente resultó nulo. La doctrina es unánime al afirmar que para ejercitar esta acción de retracto es necesario que la venta se haya efectuado antes de la partición y que subsista la comunidad hereditaria. En el caso litigioso la venta de las fincas sería nula y, como dice el F.D. 5.º, «sobre ella no podría intentarse el retracto pretendido, ya que no podría transmutarse esa venta que tenía por objeto bienes concretos y determinados en una venta del derecho hereditario de la vendedora».

No obstante, dado que las fincas permanecieron en posesión de doña Natividad durante más de treinta años ininterrumpidos, ésta adquirió la propiedad por usucapión, lo que convirtió la venta a D. José B. L. y su esposa en perfectamente legítima, basada en justo título de quien tenía la libre disposición de sus bienes y mediante contrato de compraventa formalizado en escritura pública. Por lo tanto, la acción declarativa de dominio promovida por don José B. L. hubo de confirmarse, pese a la nulidad de la partición contractual.

Lo más destacable de esta sentencia reside en que el Tribunal Supremo adopta posturas de gran nitidez en cuestiones todavía controvertidas. Se trata, en concreto, de la posibilidad de prescindir del contador-partidor cuando existe acuerdo unánime entre los coherederos, ya que, como hemos visto, muchos autores piensan que si el testador ha querido designar comisario será por algo y en ningún caso puede eludirse su actuación, aun cuando lo decidan todos los interesados. Y que el legatario de parte alícuota es parte necesaria para la elaboración del cuaderno particional, aunque hay quien opina que heredero y legatario de parte alícuota no pueden equipararse en este supuesto por el mero hecho de que el Código civil no lo regule ni porque, según el art. 1038 de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil y el 782 de la actual, sean parte para promover la división judicial de la herencia (o juicio de testamentaría). Tanto esta sentencia, como la de 20 de octubre de 1992 se han convertido en resoluciones de obligada consulta toda vez que se pretenda profundizar en un análisis riguroso de los temas de partición hereditaria.