



Roj: **STS 1238/1997** - ECLI: **ES:TS:1997:1238**

Id Cendoj: **28079110011997101324**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/02/1997**

Nº de Recurso: **1235/1993**

Nº de Resolución: **120/1997**

Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**

Ponente: **PEDRO GONZALEZ POVEDA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintidós de Febrero de mil novecientos noventa y siete.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Logroño, como consecuencia de autos de acción de retracto, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia Número Cinco de los de Logroño (nº 293/90) y como consecuencia de autos de juicio declarativo de menor cuantía número 312/90, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia Número Dos de los de Logroño; cuyo recurso de casación fue interpuesto por D. Luis Carlos y D. Felipe, representados por el Procurador de los Tribunales D. Felipe Ramos Arroyo; siendo parte recurrida D. Carlos José, representado por el Procurador de los Tribunales D. José Manuel Dorremochea Aramburu.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-

1.- El Procurador de los Tribunales D. Francisco-Javier García Aparicio, en nombre y representación de D. Luis Carlos y D. Felipe, formuló demanda de retracto de coherederos, ante el Juzgado de Primera Instancia Número Cinco de Logroño (nº 293/90), contra D. Carlos José y su esposa, en la cual tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dicte sentencia por la que se declare que los actores "como herederos de D. Ismael y doña Natalia, 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 Lucía, y que ha vendido a dichos demandados, D. Carlos José 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".

2.- Admitida a trámite la demanda y emplazados los demandados, se personó en autos el Procurador D. José Toledo Sobrón, en nombre y representación de D. Carlos José, quien contestó a la misma y tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia "desestimando al demanda de retracto, absolviendo a los demandados de la misma, con imposición de costas a la parte actora". Y no habiendo comparecido la demandada D^a Lorenza, se la declaró en rebeldía.

3.- Practicadas las pruebas declaradas pertinentes y unidas a los autos la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia Número Cinco de Logroño, dictó sentencia en fecha 10 de febrero de 1992, cuyo FALLO es como sigue: "Que desestimando como desestimo la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales D. Francisco Javier García Aparicio, en nombre y representación de D. Luis Carlos y D. Felipe contra D. Carlos José y D^a Lorenza, debo absolver y absuelvo a los expresados demandados de los pedimentos contra ellos deducidos en el escrito de demanda, con imposición a los demandantes de la totalidad de las costas causadas en el presente procedimiento".



4.- Ante el Juzgado de Primera Instancia Número Dos de Logroño, se siguieron autos de juicio declarativo de menor cuantía (nº 312/90), en virtud de demanda formulada por el Procurador de los Tribunales D. José Toledo Sobrón en nombre y representación de D. Carlos José contra Dª Lucía , D. Luis Carlos , Don Felipe y otros, en cuya demanda tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia por la que se declare que "don Carlos José es propietario en pleno dominio, y en su sociedad de gananciales, de las fincas urbanas descritas en el hecho primero, c/ DIRECCION000 nº NUM000 de esta Ciudad de Logroño, por compra efectuada a Dª Lucía Mediante escritura pública otorgada ante el Notario D. Juan. Jiménez Escarzaga en 24 de mayo de 1990, en virtud del título hereditario de la vendedora a que se refiere dicha escritura, partición de herencia del titular registral D. Ismael , ratificada por su viuda , de 3 de marzo de 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, NUM001 del Tomo NUM005 , y NUM003 del Tomo NUM006 , haciendo expresa imposición de las costas a la parte que se opusiere".

5.- Admitida a trámite la demanda y emplazados los demandados, se personó en autos el Procurador D. Francisco Javier García, en nombre y representación de los codemandados D. Luis Carlos y D. Felipe , quien contestó a la misma y tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia desestimando la demanda en todas sus partes, con imposición de costas al demandante. No compareciendo los demás demandados, fueron declarados en rebeldía.

6.- Por don Julián , se solicitó la acumulación de los autos de juicio declarativo de menor cuantía seguidos ante el Juzgado número 2 a los de juicio de retracto tramitados por el Juzgado número 5, petición que fue denegada por auto de 13 de junio de 1991.

7.- Practicadas las pruebas declaradas pertinentes y unidas a los autos, la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia Número Dos de Logroño, dictó sentencia en fecha 19 de octubre de 1991, cuyo FALLO es como sigue: "Que debo estimar y estimo la demanda interpuesta por D. Carlos José contra Dª Lucía , D. Luis Carlos , Dª Esther , D. Eduardo , D. Felipe , Dª Esperanza , Dª Elvira , D. Pedro Jesús , D. Rogelio , D. Benito , D. Luis Alberto y herederos desconocidos de los finados D. Ismael y Dª Natalia y declaro que el actor es propietario por sí y por su sociedad de gananciales de las siguientes fincas urbanas, sitas en esta ciudad de Logroño. NUM002 .- Casa-habitación, en el PASEO000 DIRECCION001 , hoy C/ DIRECCION000 nº NUM000 , compuesta de planta baja y un piso. Su extensión superficial es de unos 68 m2, hallándose determinado su perímetro por las cuatro paredes que la forman, y de las cuales, la del lado Sur, que es el frente de la finca, linda con la cuneta de dicho PASEO000 ; la del lado Oeste, que es la izquierda de la casa entrando y la del Norte o espalda, linda con la huerta-jardín que se describe después, y la del lado Este, o sea derecha linda con la finca de D. Jose Daniel . Inscrita al tomo NUM005 , libro NUM007 , folio NUM008 , finca NUM001 , inscripción NUM009 . (Del Registro de la Propiedad nº 1 de Logroño). 2º.- Huerta- Jardín, con entrada por el PASEO000 , hoy C/ DIRECCION000 , de 279 m2 con 70dm2, que linda: Norte o espalda con las casa A y P de la calle DIRECCION002 , pertenecientes a comuneros; al Oeste o izquierda, huerta de D. Valentín ; Este o derecha, la casa antes descrita y Jose Daniel ; y frente o Sur, el PASEO000 y la repetida casa. Inscrita al tomo NUM006 , libro NUM011 , folio NUM010 , finca nº NUM003 , (NUM004) inscripción NUM012 . (Del Registro de la Propiedad nº 1 de Logroño). Y consecuentemente condeno a los demandados a estar y pasar por dicha declaración de dominio. Sirviendo esta resolución, de la que una vez firme se expedirá testimonio a dichos efectos, de título a Dª Lucía sobre las indicadas fincas, a los efectos de lo prevenido en el artículo 40 a) tercero de la Ley Hipotecaria, reanudándose así el tracto sucesivo interrumpido en el Registro de la Propiedad que corresponda, con cancelación de las inscripciones contradictorias relativas a las mencionadas fincas, y sin perjuicio del derecho de tercero. Condeno a D. Luis Carlos y D. Felipe al pago de las costas de este juicio".

SEGUNDO.-

Notificadas las anteriores sentencias a las partes, se interpusieron contra las mismas recurso de apelación, en la de juicio de Menor Cuantía por la representación de la parte demandada y en la de juicio de acción de retracto por la representación de la parte demandante, y formados los correspondientes rollos, la Audiencia Provincial de Logroño acordó por auto de fecha de 15 de mayo de 1992 su acumulación, dictándose sentencia en fecha 8 de marzo de 1993, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que desestimando la excepción de falta de litis consorcio pasivo necesario y confirmando ambas sentencias debemos declarar y declaramos que D. Carlos José es propietario en pleno dominio por sí y por su (-----) sociedad de gananciales de las fincas urbanas descritas en el hecho primero de la demanda c/ DIRECCION000 nº NUM000 de esta ciudad de Logroño, por compra efectuada a Dª Lucía , mediante escritura pública otorgada ante el Notario D. Juan de Jiménez Escarzaga, el veinticuatro de mayo de mil novecientos noventa, en virtud del Título hereditario de la vendedora a que se refiere dicha escritura, partición de herencia del titular registral D. Ismael , ratificada por su viuda al



tres de marzo de mil novecientos cincuenta y uno, y en consecuencia, debemos condenar y condenamos a los demandados a estar y pasar por dicha declaración de dominio, decretándose la reanudación de tracto sucesivo interrumpido en el Registro de la Propiedad, con cancelación de las inscripciones contradictorias relativas a las mencionadas fincas registrales nº NUM001 del tomo NUM005 ; y nº NUM003 del Tomo NUM006 . Imponiéndole las costas a los oponentes demandados D. Luis Carlos y D. Felipe . Asimismo debemos declarar y declaramos que debemos desestimar y desestimamos la demanda formulada por D. Luis Carlos y D. Felipe , representados por el Procurador de los Tribunales Sr. Francisco Javier García Aparicio y dirigidos por el Letrado Sr. López Villaluenga y estimando, estimando (sic) la contestación a la demanda plenamente, por lo que desestimando la acción de retracto absolvemos y debemos absolver a los demandados de la demanda imponiendo las costas de este procedimiento a los actores-retrayentes".

TERCERO.-

1.- El Procurador de los Tribunales D. Felipe Ramos Arroyo, en nombre y representación de D. Luis Carlos y D. Felipe , interpuso recurso de casación contra la sentencia pronunciada por la Audiencia Provincial de Logroño, con apoyo en los siguientes motivos: "PRIMERO.- Por infracción del Ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia, aplicables para resolver la cuestión objeto del debate, previsto en el artículo 1692 párrafo 4 de la LEC. Se vulnera frontalmente los artículos 659 y 661 del Código Civil en armonía con el artículo 1261 párrafo 2 del mismo texto legal. SEGUNDO.- Por infracción del Ordenamiento Jurídico y Jurisprudencia, aplicables para resolver la cuestión objeto del debate, previsto en el artículo 1692, párrafo 4 de la LEC. Se conculcan los artículos 1057 y 1058 del Código Civil. TERCERO.- Por infracción del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicables para resolver la cuestión objeto de debate, previsto en el artículo 1692 párrafo 4 de la LEC. Se infringe en los artículos 1261 párrafo y y 657 del Código Civil en relación con el 1058 vigente del mismo Texto legal. CUARTO.- Por infracción del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicables para resolver la cuestión objeto del debate previsto en el art.1692 párrafo 4 de la LEC. Se vulnera el artículo 1057 párrafo 2 vigente en el momento de la elaboración del presunto documento particional de 3 de marzo de 1951, cuya redacción coincide con el actual párrafo 4 del mismo artículo. QUINTO.- Por infracción del Ordenamiento Jurídico y de la Jurisprudencia, aplicables para resolver la cuestión objeto de debate, previsto en el artículo 1692, párrafo 4 de la LEC. Se conculca el artículo 1067 del Código Civil".

2.- Admitido el recurso de casación por auto de fecha cinco de noviembre de mil novecientos noventa y tres, se entregó copia del escrito a la representación del recurrido, conforme a lo dispuesto en el artículo 1710.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para que en el plazo de 20 días, puedan impugnarlo.

3.- El Procurador de los Tribunales D. José Manuel Dorremocha Aramburu, en nombre y representación de D. Carlos José , presentó escrito de impugnación al recurso de casación, alegando los motivos que estimó pertinentes, terminó suplicando a la Sala "en su día dictar sentencia desestimando el citado recurso, y confirmando la sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de La Rioja a que se contrae, con imposición de las costas a los recurrentes".

4.- Al no haber solicitado las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 6 de febrero del año en curso, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado 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 Luis Carlos y D. Felipe contra don Carlos José y su esposa en cuyo suplico interesaba sentencia por la que se declare que los actores "como herederos de D. Ismael y doña Natalia , 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 Lucía , y que ha vendido a dichos demandados, D. Carlos José 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 número 5 de Logroño dando lugar a los autos número 293 de 1990.

Ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Logroño se siguieron autos de juicio declarativo de menor cuantía número 312 de 1990 en virtud de demanda formulada por don Carlos José contra doña Lucía , don Luis Carlos , don Felipe y otros, suplicando sentencia por la que se declare que don Carlos José "es propietario en pleno dominio, y en su sociedad de gananciales, de las fincas urbanas descritas en el hecho primero, c/ DIRECCION000 nº NUM000 de esta Ciudad de Logroño, por compra efectuada a D^a Lucía Mediante escritura



pública otorgada ante el Notario D. Juan-D. Jimenez Escarzaga en 24 de mayo de 1990, en virtud del título hereditario de la vendedora a que se refiere dicha escritura, partición de herencia del titular registral D. Ismael , ratificada por su viuda , de 3 de marzo de 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, NUM001 del Tomo NUM005, y NUM003 del Tomo NUM006 , haciendo expresa imposición de las costas a la parte que se opusiere". Los codemandados don Luis Carlos y don Felipe , 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 Ismael realizada en documento privado de fecha 3 de marzo de 1951.

Por don Julián se solicitó la acumulación de los autos de juicio declarativo de menor cuantía seguidos ante el Juzgado número 2 a los de juicio de retracto tramitados por el Juzgado número 5, petición que fue denegada por auto de 13 de junio de 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 fecha 15 de mayo de 1992 su acumulación, dictándose la sentencia aquí recurrida confirmatoria de las recaídas en primera instancia.

Segundo.- Interpuesto recurso de casación por don Luis Carlos y don Felipe , su primer motivo alega infracción de los arts.659 y 661 del Código Civil en armonía con el artículo 1261, párrafo 2 del mismo Texto Legal; argumenta que en el pretendido cuaderno particional de 3 de marzo de 1951 se han incluido como bienes privativos del causante don Ismael bienes de carácter ganancial. Dice la sentencia de 14 de febrero de 1989 que "como tiene declarado esta Sala en sentencias de 25 de febrero de 1966 y 23 de marzo de 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 artículo 1261 del Código Civil, 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 de lo que en el artículo 1290 del Código Civil, 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 artículo 1300 del referido Cuerpo legal sustantivo"; en parecidos términos, afirma la sentencia de 7 de diciembre de 1988 que "el principio general de que nadie puede transmitir a disponer de aquello que no es suyo ("nemo plus iuris transfert quam habet", "nemo dat quod non habet") tiene su plasmación concreta en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que a la sucesión hereditaria en general se refiere, en el artículo 659 del Código Civil, 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, en los artículos 667 y 668 del mismo Cuerpo legal, que 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 mas de las clases o formas de partición hereditaria, puede hacer el testador, conforme al artículo 1056 del mismo Código Civil, 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 -sentencias de 20 de mayo de 1965, 17 de mayo de 1974, 5 de junio de 1985-", sentencia que es citada por la de 18 de marzo de 1991 reiterando ese criterio de nulidad.

Acreditado en autos que las fincas litigiosas atribuidas a doña Lucía en la partición de la herencia de su padre don Ismael realiza en 3 de marzo de 1951, fueron adquiridas por el causante en estado de casado con doña Natalia sin que conste acreditado que regía entre ellos otro régimen económico que no fuera el de la sociedad de gananciales y no constando tampoco el carácter privativo del precio pagado por dichos inmuebles no podrán incluirse en el caudal relicto por don Ismael dado su carácter ganancial; de ahí que la partición realizada en 3 de marzo de 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 artículos 659, 661 y 1261-2º del Código Civil que se citan en el motivo que debe ser acogido.

Tercero.- El motivo segundo alega infracción de los artículos 1057 y 1058 del Código Civil 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, se dice, cuando concurre un heredero menor de edad.



Ante las diferentes posturas doctrinales acerca de la cuestión suscitada en el motivo, la sentencia de esta Sala de 20 de octubre de 1992 establece que "aunque no se trata 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 derechos se encontraba el hoy recurrente don Felipe entonces menor de edad, por lo que debe acogerse el motivo ante la infracción de los artículos 1057 y 1058 del Código Civil.

Asimismo es procedente estimar el motivo tercero en que se denuncia infracción de los artículos 1261 párrafo 1 y 657 del Código Civil en relación con el artículo 1058 del mismo texto legal al no darse en la partición contractual de 3 de marzo de 1951 el consentimiento simultáneo de todos los herederos, al no haber concurrido a esa partición doña Natalia, esposa del causante. Don Ismael dispuso en la estipulación tercera de su testamento notarial otorgado en 3 de septiembre de 1949 que "sin perjuicio de la cuota legal usufructuaria lega en pleno dominio a su esposa D^a Natalia el tercio de los bienes de libre disposición. Se le adjudicarán los muebles y ajuar de casa"; designada así la esposa legataria de parte alicuota 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 alicuota y los herederos así como la facultad que les reconoce el artículo 1038 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para instar el juicio voluntario de testamentaria.

Indiscutido que la esposa causante, legataria de parte alicuota, no tuvo intervención en la confección del documento privado de 3 de marzo de 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 sentencia de 18 de febrero de 1987, "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 - sentencia de 14 de junio de 1963-"; tal falta de consentimiento de doña Natalia en el momento de la partición no puede ser suplida por lo manifestado por ella en su posterior testamento notarial de 27 de julio de 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 ha comprendido en la misma los bienes de la testadora en casi su totalidad, por lo cual sus descendientes ya han recibido por herencia de la que dispone cuando 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 artículo 1057 párrafo 2, del Código Civil, en su redacción vigente al tiempo de la elaboración del documento de 3 de marzo de 1931, cuya redacción coincide, dice, con el actual párrafo 4 del mismo artículo (rectius, párrafo 3); 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 de marzo de 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 Lucía sobre los inmuebles litigiosos; estos bienes han venido siendo poseídos por doña Lucía en concepto de dueño desde que le fueron adjudicados en 1951 sin oposición de los demás coherederos hasta la formulada por don Luis Carlos en el expediente de dominio para la reanudación del tracto registral instado por doña Lucía en el año 1988; tal posesión ha sido reconocida por los codemandados don Rogelio, doña Esther, don Eduardo, don Pedro Jesús, don Luis Alberto, doña Elvira y don Benito, al absolver posiciones, a cuyas pruebas de confesión ha de reconocerse la fuerza probatoria que les dispensa el párrafo 1º del artículo 1232 del Código Civil 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 Esperanza, siendo de observar que don Luis Carlos reconoce que desde aquella fecha del año 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 Lucía 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 de mayo de 1990 a favor de don Julián. En consecuencia, no obstante la



ineficacia de la partición realizada en 3 de marzo de 1951, ha de confirmarse la sentencia recurrida en cuanto a la acción declarativa del dominio ejercitada por don Julián 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 artículo 1959 del Código Civil.

Quinto.- Reconocido así el dominio exclusivo de doña Lucía sobre las fincas en litigio, ha de decaer el quinto y último motivo del recurso en que se invoca infracción del artículo 1067 del Código Civil, al no concurrir el supuesto de hecho que en el mismo se contempla. Incluso aunque no se estimase que doña Lucía 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 artículo 1715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por don Luis Carlos y don Felipe contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Logroño de fecha ocho de marzo de mil novecientos noventa y tres. Condenamos a los recurrentes al pago de las costas y a la pérdida del depósito constituido al que se dará el destino legal. Librese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de Sala en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-ALFONSO VILLAGOMEZ RODIL.- FRANCISCO MORALES MORALES.-PEDRO GONZALEZ POVEDA.-FIRMADOS Y RUBRICADOS.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Pedro González Poveda, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.