

Actos de disposición realizados por un único cotitular o copartícipe en la comunidad hereditaria sobre el íntegro bien o derecho o atribuyéndose la representación del resto. Breve análisis doctrinal y jurisprudencial

Acts of disposition carried out by a single co-owner or co-participant in the hereditary community over the entire asset or right or attributing representation of the rest. Brief doctrinal and jurisprudential analysis

por

ANTONIO JESÚS NAVARRO VALIENTE
Registrador de la Propiedad y Mercantil

RESUMEN: La realización de actos de disposición realizados por un cotitular o coheredero, presentándose como propietario único de la cosa, o atribuyéndose un falso poder de representación, no es cuestión pacífica en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, habiendo sido objeto de numerosos estudios que han tratado de clarificar los efectos traslativos u obligacionales que se derivan de ello o el régimen de ineficacia aplicable al negocio celebrado. Ello exige hacer una breve referencia al sistema de transmisión de la propiedad inmobiliaria en Dere-

cho español y cómo el mismo determina la admisión de la venta de cosa ajena en nuestro ordenamiento.

ABSTRACT: The execution of acts of disposition carried out by a co-owner or co-heir, presenting himself as the sole owner of the thing, or attributing a false power of representation, is not a peaceful issue in the jurisprudence of the Supreme Court, having been the subject of numerous studies that have tried to clarify the transferable or obligatory effects that derive from it or the ineffectiveness regime applicable to the business concluded. This requires making a brief reference to the system of transmission of real estate property in Spanish Law and how it determines the admission of the sale of another's property in our system.

PALABRAS CLAVE: Actos de disposición. Cotitular o copartícipe. Coheredero. Efectos traslativos u obligaciones del contrato. Modos de adquirir el dominio. Venta de cosa ajena. Representación.

KEY WORDS: *Disposal acts. Co-owner or co-participant. Coheir. Transferable effects or obligations of the contract. Ways to acquire the domain. Sale of someone else's property. Representation.*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.—II. BREVE IDEA DEL CARÁCTER OBLIGACIONAL DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA.—III. EL ACTO DISPOSITIVO EN LA COMUNIDAD DE BIENES.—IV. ACTOS DE DISPOSICIÓN REALIZADOS POR UNO SÓLO DE LOS COPROPIETARIOS. IV.I. SENTENCIAS QUE DECRETAN LA NULIDAD DE LA VENTA REALIZADA POR UNO SOLO DE LOS COPROPIETARIOS. IV.II. SENTENCIAS QUE DECLARAN LA VALIDEZ DEL CONTRATO COMO GENERADOR DE OBLIGACIONES.—V. ACTOS DE DISPOSICIÓN REALIZADOS POR UNO DE LOS PARTÍCIPES DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA. V.I. SENTENCIAS QUE NIEGAN EFICACIA A LA VENTA CELEBRADA POR UNO SÓLO DE LOS COHEDEROS SIN CONCURSO DE LOS RESTANTES. V.II. SENTENCIAS QUE ADMITEN LA VALIDEZ, A EFECTOS OBLIGACIONES, DE LA VENTA CELEBRADA EN ESTOS CASOS.—VI. ACTOS DE DISPOSICIÓN REALIZADOS POR UN COPROPIETARIO ATRIBUYÉNDOSE LA REPRESENTACIÓN DEL RESTO. VI.I. ATRIBUCIÓN FALSA O ERRÓNEA DEL PODER DE REPRESENTACIÓN. VI.II. EL SUPUESTO DEL REPRESENTANTE APARENTE. VI.III. EN LA LLAMADA REPRESENTACIÓN INDIRECTA.—VII. CONCLUSIONES.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

La realización de actos dispositivos por un condómino respecto de su cuota se encuentra plenamente admitida, partiendo de la consideración de la comunidad ordinaria como comunidad romana¹ o por cuotas, en el artículo 399 del CÓ-

digo Civil. Distinta consideración merece la naturaleza jurídica de la comunidad hereditaria, cuya configuración ha sido objeto de profundos debates doctrinales. La ausencia de regulación al respecto en nuestro Código Civil ha contribuido a la controversia sobre si nos encontramos ante una comunidad romana² o germánica o bien ante una *universitas*³. Para DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLES-TEROS⁴, “la cuestión no admite una solución perfectamente clara”, entendiendo que la comunidad hereditaria ni se ajusta a la llamada comunidad germánica, que determina la inexistencia de cuotas y de la *actio communi dividundo*, ni a la comunidad romana u ordinaria⁵, porque mientras se perpetúe la situación de indivisión, la titularidad de los bienes es consocial. Sobre esta cuestión incidiremos más adelante al referirnos a los actos dispositivos realizados por uno sólo de los partícipes de la comunidad hereditaria.

Ya nos encontremos ante un supuesto de comunidad ordinaria o de comunidad hereditaria, ya configuremos esta última como romana o germánica, la cuestión debatida se concreta en determinar qué efectos produce el acto de disposición realizado por uno sólo de los copartícipes o coherederos sobre la totalidad del bien poseído en común. Las posiciones doctrinales y jurisprudenciales al respecto oscilan desde entender que el acto es radicalmente nulo a la anulabilidad, existiendo posturas que defienden la nulidad relativa, mientras que la jurisprudencia ha ido variando su criterio, admitiendo efectos obligacionales al supuesto que planteamos, pero sin fijar un criterio uniforme que aporte algo de luz a la cuestión debatida.

Igualmente, debe valorarse la eficacia que se deriva de un contrato traslativo celebrado por un *falsus procurator* o por quien afirme tener el poder de representación del resto de copropietarios del objeto transmitido, o incluso habiendo contado con poder de representación, el cual ya se encuentre extinguido.

Ello exige analizar los caracteres esenciales del contrato de compraventa y cuál es el concreto régimen de obligaciones que conlleva, enlazando lo anterior con el sistema español de transmisión del dominio.

II. BREVE IDEA DEL CARÁCTER OBLIGACIONAL DEL CONTRATO DE COMPROVENDA

Dentro de la tradicional distinción entre negocios de administración y de disposición, el contrato de compraventa (al igual que otros que impliquen transmisión o constitución de un derecho real o gravamen) se incardina entre estos últimos, los cuales pueden ser definidos en un sentido muy general, con DÍEZ PICAZO⁶, como “aquellos por medio de los cuales un derecho subjetivo actualmente existente es inmediatamente transformado, modificado o extinguido”.

En el contrato de compraventa, el vendedor se obliga a entregar la posesión de la cosa vendida al comprador a cambio de un precio⁷ y se perfecciona cuando ambos contratantes, vendedor y comprador, hubiesen convenido en la cosa objeto del contrato y en el precio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.450 del Código Civil, no exigiéndose la entrega material del objeto transmitido para su perfección. Este carácter consensual es reconocido por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, entre otras, en sentencia de 14 de junio de 1997⁸, que de manera rotunda proclama que “El contrato de compraventa, por su naturaleza estrictamente consensual, sólo produce efectos meramente obligacionales entre las partes que, para el vendedor, se concretan en la obligación de entregar la cosa vendida, la cual, por el mero hecho de la celebración del contrato, no pasa al dominio del comprador, pues para que dicho efecto traslativo se produzca es requisito indispensable que, de acuerdo con la teoría del título y el modo que rige en nuestro ordenamiento jurídico (artículos 609 y 1095 del Código Civil), se le haga entrega de la cosa vendida mediante alguna de las formas de tradición (modo)”.

Sin embargo, no es cuestión pacífica la relativa a si el vendedor viene obligado o no a transmitir la propiedad de la cosa vendida⁹, pese a la rotundidad en que se manifiesta el Alto Tribunal a la vista de la sentencia anteriormente citada. DÍEZ PICAZO señala cómo no existe mención en el Código Civil que prohíba al vendedor obligarse a transmitir la propiedad de la cosa vendida, entendiendo que esto último es precisamente “lo que sucede en el tráfico normal y ordinario, hasta el punto de que debe estimarse que es una de las obligaciones que integran el contrato de compraventa, fundada en los usos”¹⁰. Cuando nuestro Código Civil señala que en virtud del saneamiento el vendedor responderá al comprador “de la posesión legal y pacífica de la cosa vendida”, ello implica que el traspaso posesorio debe estar basado en un título que justifique dicha posesión “legal”, título que no puede ser otro que el de dueño, añadiendo MORENO MOCHOLÍ, “pues no es dable confundir la legalidad de la posesión con la protección legal del hecho posesorio. Esta respeta la apariencia de un derecho por el ejercicio de su contenido; aquélla exige que ese contenido descance en una justa causa, en un título que ha de ser el de propiedad, pues la posesión al transferir es definitiva y abarca la realidad de todas las facultades dominicales, dado que la limitación implica en todo momento determinación precisa de su contenido, y mientras no se detalla, hay que entender que esa entrega de la cosa, esa posesión a conferir, ha de ser plena e incondicional”¹¹.

Estas ideas eran recogidas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que en sentencia de 4 de junio de 1928¹² declaró que “nuestro Código civil, al definir el contrato de compraventa en su artículo 1.445, dice con alguna impropiedad que se obliga a entregar la cosa y no que se transfiere el dominio cuando la na-

turaleza del contrato es precisamente la transferencia de la propiedad, aunque sea necesaria la entrega de la cosa; y en otros pasajes se dice que son modo de adquirir los contratos mediante la tradición, pero este modo derivativo tiene lugar en la forma y manera que determinan los artículos 1.462, 1.463 y 1.464 del mismo Cuerpo legal”.

Sin embargo, paulatinamente, se ha ido abriendo paso la postura contraria, favorable a afirmar el carácter meramente consensual y generador de obligaciones del contrato de compraventa. El mismo Tribunal Supremo, en fechas no muy posteriores a la sentencia que se acaba de citar, afirmó que “aunque la jurisprudencia patria venga dando una cierta holgura y flexibilidad a las obligaciones esenciales del vendedor o transmitente a título oneroso, limitadas, según el texto literal de los artículos 1.461 y 1.474 del Código civil, a la entrega de la cosa objeto de la venta o del contrato de tipo traslativo y al saneamiento o garantía en los casos específicos de la evicción y de los vicios ocultos, llegando así este Supremo Tribunal a ciertas soluciones en las que se amplía prudentemente el contenido de la obligación de entrega (por ejemplo, en las sentencias de 26 de junio de 1924, 4 de junio y 8 de marzo de 1929), o se reconoce el juego, dentro de ciertos límites, de aquellas obligaciones auxiliares o complementarias, sin las cuales quedaría frustrada la finalidad de los contratos traslativos y sus efectos registrables (sentencia de 23 de octubre de 1934), no es lícito derivar de ello la existencia de una amplia obligación legal para garantizar la perfecta titularidad de la cosa objeto que es del contrato, en un país como el nuestro, en que ni los textos legales imponen una absoluta y rigurosa garantía de los vicios jurídicos, ni los usos del tráfico permiten siempre que se entienda implícitamente pactada esa responsabilidad”¹³.

Pese a que la finalidad traslativa es propia del contrato de compraventa, vemos cómo jurisprudencia y doctrina han evolucionado hasta afirmar y dejar establecido el principio de su carácter meramente consensual y generador de obligaciones. De otro modo, no tendría sentido la obligación de saneamiento por evicción que corresponde al vendedor, aun en el caso de existir una mera amenaza de perturbación (artículo 1.502 del Código Civil), así como tampoco la exigencia de un “justo título” para lograr la prescripción ordinaria del dominio, a que se refiere el artículo 1.940 de nuestro Código.

Así configurado, el contrato de compraventa, entendido como acuerdo de la voluntad dispositiva de vendedor y comprador, no conlleva, por sí mismo, un traspaso dominical, sino que es uno de los contratos que, junto con la tradición, hacen surgir el dominio en el adquirente (artículos 609 y 1.095 del Código Civil). Nuestro Derecho, como es sabido, acoge la teoría del título y el modo en el sistema de adquisición del dominio y demás derechos reales inmobiliarios, pudiendo entenderse incorporada al mismo la máxima latina *traditionibus et usu-*

capionibus dominia rerum, non nudis pactis transferentur. Existiendo el título, o justa causa de la adquisición, la entrega posterior (modo), es considerada por GIMÉNEZ ROIG¹⁴ como un hecho condicionante, condición legal o *conditio iuris*, suspensiva de la plena efectividad del contrato; transmisión y obtención de la posesión en concepto de dueño que se dará bien voluntariamente, mediante tradición, o bien por ejecución judicial, conforme al artículo 1096.1 del Código Civil. Esta obligación de entrega consiste en poner en poder y posesión del comprador la cosa vendida, como resulta del artículo 1.462 del Código Civil y reafuerza el carácter consensual del contrato¹⁵, tratándose del cumplimiento de una mera obligación de dar, cuya satisfacción determinará la transferencia dominical por efecto de la tradición, debiéndose respetar los requisitos de capacidad y libre disposición de la cosa debida contenidos en el artículo 1.160 del Código para entender cumplida la finalidad solutoria de la entrega. Mientras esta entrega no se produzca, el comprador gozará de un derecho de crédito y podrá reclamar del vendedor el cumplimiento del contrato. Esta libre disposición de la cosa debida es esencial para efectuar el proceso traditorio, de tal manera que su falta en el momento de formalización de la entrega (ya sea real o ficta) determinará que no se producirá la transmisión del dominio, si bien podría servir al adquirente para adquirir la posesión de la cosa, que podrá adquirir en virtud de usucapión¹⁶.

Mientras no se cumpla aquélla condición, la de entrega, a la que se supedita la plena efectividad del contrato de compraventa, entiende MÉNDEZ GONZÁLEZ¹⁷ que el comprador ostenta una situación privilegiada frente a adquirentes posteriores del mismo bien, aunque hayan tomado efectivamente posesión de la cosa, siempre a salvo los derechos de aquél que haya obra de buena fe, una suerte de *ius ad rem*, del cual afirma que “es una facultad que emana del negocio obligatorio y que otorga al titular el derecho a exigir la entrega de una cosa proporcionándole una protección especial contra posibles actos de disposición del deudor, que se opongan a su obligación de entrega”.

Toda esta construcción permite distinguir la eficacia meramente obligacional del contrato de los efectos jurídico-reales derivados del mismo. Existiendo un contrato de compraventa que contenga los requisitos enumerados en el artículo 1.261 del Código Civil, existirá una justa causa para el adquirente y una obligación para el transmitente, pudiendo el primero exigir su cumplimiento, mediante la entrega de la cosa comprada, perfeccionándose así el fenómeno transmisivo siempre que el transmitente ostente un poder de disposición sobre la cosa que provoque el desplazamiento patrimonial pretendido por las partes. En ausencia de este poder de disposición, además de la posibilidad, ya apuntada, de adquirir el dominio por prescripción adquisitiva, o a través de una adquisición *a non dominio*¹⁸, el comprador tendrá acción para reclamar del vendedor el cumplimiento

del contrato o su resolución, aunque sobre este extremo nos pronunciaremos más adelante.

III. EL ACTO DISPOSITIVO EN LA COMUNIDAD DE BIENES

Establecer los perfiles del sistema transmisivo en nuestro Derecho, a través de la teoría del título y el modo, no es cuestión baladí, pues la evolución jurisprudencial tiene presente esta construcción para tratar de encontrar una solución a una cuestión que, por su complejidad, no admite un remedio pacífico, debiendo conjugarse los distintos intereses contrapuestos y la posibilidad de alegar una ineficacia contractual, cuya delimitación y alcance no es sencilla, tal y como se pone de manifiesto en las distintas sentencias que sobre la cuestión tratada se han dictado.

La copropiedad, como especie del género comunidad, entendida como comunidad romana o por cuotas, según lo manifestado anteriormente, exige una conceptualización de su naturaleza jurídica; dejando a un lado las distintas construcciones doctrinales que sobre el particular se han elaborado, por no constituir objeto de este estudio, entendemos, con BELTRÁN DE HEREDIA¹⁹, que la teoría que mejor se ajusta a la construcción que se hace del condominio en nuestro Derecho positivo es la teoría de la *propiedad plurima total*. Según ella, “en la copropiedad debe verse la concurrencia de varios derechos de propiedad sobre toda la cosa; al ser derechos sobre la totalidad de ésta, se diferencia del simple concurso o concurrencia de derechos, con delimitación del objeto en partes concretas o materiales. El derecho de propiedad, no está, por tanto, dividido en partes materiales o ideales, sino que cada copropietario tiene un derecho de propiedad pleno, en cuanto a su extensión, igual al derecho de propiedad exclusivo, cualitativamente. Pero, al estar limitado cada uno de ellos, en su ejercicio, por la coexistencia de otros tantos derechos iguales, resulta diverso cuantitativamente, es decir, en cuanto a intensidad del derecho de dominio exclusivo. De este modo, el derecho de propiedad, en la copropiedad, se transforma, por así decir, convirtiéndose en varios derechos de propiedad que coexisten sobre el mismo objeto”.

Es decir, no estamos ante derechos de propiedad parciales sobre la cosa. Son derechos plenos, sobre toda la cosa, pero limitados en su ejercicio por la existencia de los derechos del resto de copropietarios, de tal manera que el ejercicio de los derechos inherentes a la condición de propietario tendrá el límite cuantitativo derivado de la coexistencia de otros tantos derechos igualmente plenos en su contenido y extensión.

Para organizar esta concurrencia de derechos de propiedad exclusivos sobre una misma cosa se hace necesario fijar la proporción o medida en que concurren

los distintos titulares, determinándose la cuota que corresponde a cada partícipe, tanto en los beneficios como en las cargas, en los términos del artículo 393 del Código Civil.

Sobre la cosa común, cada copropietario puede disponer de su derecho sobre la misma, siendo cuestión controvertida cuál es la regulación que nuestro Código hace respecto de los actos dispositivos realizados sobre la totalidad de la cosa común.

BELTRÁN DE HEREDIA²⁰ entiende que a esta materia el Código Civil dedica únicamente un precepto, el artículo 397, que aunque alude a *alteraciones*, ello debe entenderse en un sentido amplio, no comprensivo únicamente de alteraciones de índole material²¹, sino también de alteraciones jurídicas, incluidos los actos dispositivos que “suponen la producción de un cambio en el uso y disfrute o en la sustancia e integridad de la cosa, que pueden modificar el destino y la naturaleza de ésta, y que significa una extralimitación de las facultades que legalmente corresponden a cada copropietario”; mientras que el artículo 399 regula la realización por el copropietario de actos de disposición sobre su derecho de copropiedad (o sobre su cuota, si se quiere entender así).

Sin embargo, no comparte este criterio MIQUEL GONZÁLEZ²², a quien sigue ESTRUCH ESTRUCH²³, considerando que la norma rectora en esta materia viene constituida por el artículo 399, sobre la base de distintos argumentos entre los que cabe destacar la interpretación literal del propio artículo 397, por lo imprecisa de su redacción, entendiendo que la redacción del artículo 399 permite afirmar que el acto de disposición realizado por uno solo de los comuneros es válido, aun extralimitándose en cuanto al ámbito de su poder dispositivo, pues precisamente quedan salvaguardados los derechos del resto de copropietarios, y ello, porque el efecto de la enajenación, con relación a los mismos, estará limitado a la porción que se le adjudique en la división al cesar la comunidad; que la aplicación del artículo 397 conduciría a afirmar como algo distinto el acto de disposición de la cosa al acto de disposición de todos los derechos de copropiedad sobre la misma; y que entender aplicable el artículo 399 a los actos dispositivos sobre la cosa poseída en común permitiría establecer una coherencia con el régimen del artículo 597, que regula el establecimiento de servidumbres sobre un fundo indiviso. La dicción de ambos preceptos permite a ESTRUCH ESTRUCH afirmar la validez obligacional del acto de disposición realizado por uno sólo de los comuneros, quedando condicionado su eficacia jurídico-real a la definitiva adquisición íntegra de la finca por el concedente o al posterior asentimiento sucesivo del resto de copropietarios al acto dispositivo.

Establecidas estas dos posiciones fundamentales, debe ponerse de relieve que normativamente, el único tipo de comunidad regulada en el Código Civil es la comunidad ordinaria o romana. Pese a la prolífica regulación que se hace de

la comunidad ganancial o de la partición hereditaria, lo cierto es que no existe norma que permita afirmar, de manera indubitable, cuál es la naturaleza jurídica de estas situaciones. Con BELTRAN DE HEREDIA, puede decirse que su origen debe buscarse en el vínculo existente entre los partícipes de un mismo grupo familiar, que implica la existencia de un patrimonio que se transmite en bloque a los sucesores, siendo una tipo de comunidad que lleva aparejada dificultades en su construcción teórica, pues en tales supuestos, “sería preciso recurrir a fórmulas doctrinales verdaderamente extrañas, como la del destino de un patrimonio a los fines colectivos de los comuneros en cuanto colectividad y no como individuos” para explicar la naturaleza jurídica de tal comunidad, construcción jurídica que torna difícil atendiendo a los principios rectores de los ordenamientos actuales, “fuertemente inspirados en el Derecho romano”²⁴.

En nuestra opinión, y siguiendo la doctrina tradicional, encabezada por BELTRÁN DE HEREDIA, y sobre la base de que en el articulado del Código Civil no se contiene una regulación específica de aquellos supuestos que doctrinalmente han sido calificados como supuestos de comunidad germánica, podemos distinguir:

- a) el acto dispositivo sobre la cosa común, que se encuentra regulado en el artículo 397; ahora bien, debiendo entenderse como actos de disposición de todos los derechos de copropiedad sobre la misma, pues sólo la concurrencia de todos los poderes dispositivos producirá el efecto traslativo pleno, si el negocio va acompañado de la necesaria tradición.
- b) el artículo 399 en su primer apartado, que regula el acto de disposición por uno de los copropietarios de su derecho de copropiedad aislado, de la cuota que le corresponde en el bien, entendida como un derecho de propiedad exclusivo, aunque limitado por la existencia del derecho de los demás condueños, y que sirve de módulo para determinar la participación en las cargas y beneficios de la cosa común. La consecuencia de la enajenación de la cuota, además de la posibilidad del ejercicio del derecho de retracto correspondiente al resto de comuneros, será que el adquirente ingresará en la comunidad, en la misma posición que el enajenante y con arreglo al porcentaje que, en relación con la totalidad de la cosa, representa la cuota de participación adquirida.
- c) el inciso final del precepto, y compartiendo en este punto la afirmación de ESTRUCH ESTRUCH de que con él se afirma la validez del acto de disposición realizado por uno solo de los copropietarios (pero sólo a los casos contemplados en este inciso final y no, por tanto, a los supuestos de enajenación por uno sólo de los condueños en una copropiedad ordinaria), no debe entenderse como la norma reguladora de los actos de disposición sobre la totalidad de la cosa común, sino como una norma

de concreción de la eficacia del acto dispositivo a la parte que se le adjudique en la división al propietario o condeño enajenante; concreción que será innecesaria en aquellos supuestos de comunidad ordinaria o por cuotas sobre un único bien, en que ya se ha determinado aritméticamente la parte que corresponde a cada condeño en los beneficios y cargas. Por el contrario, la expresión contenida en la segunda parte del artículo 399 del Código Civil cuando dice que “el efecto de la enajenación o de la hipoteca con relación a los condeños estará limitado a la porción que se adjudique en la división al cesar la comunidad”, debe entenderse referida a aquellos supuestos de comunidad que han venido a reputarse como supuestos que podríamos denominar de “comunidad universal”, por recaer sobre una pluralidad de bienes y derechos, que se caracterizan por la ausencia de cuotas y no ser susceptibles de ejercicio de la *actio communi dividundo*, en particular, y como ejemplo más representativo de los mismos, nos referimos a la comunidad hereditaria.

El Código, como ya hemos dicho, sólo regula como forma de organización del condominio el romano o por cuotas. Las diferencias existentes entre la co- propiedad ordinaria y otros supuestos considerados como una *universitas*, fundamentalmente la sociedad de gananciales y la comunidad hereditaria, encuentran su fundamento en la vinculación familiar, más o menos intensa, que existe entre los partícipes²⁵, según la opinión que hemos hecho propia de BELTRÁN DE HEREDIA.

Así, en el condominio ordinario, los integrantes no tienen por qué estar ligados por vínculo alguno, pudiendo originarse el proindiviso por la concurrencia de derechos distintos sobre una misma cosa que proceden de actos y negocios absolutamente independientes y desconectados entre sí. Por eso el Código regula la acción de división en estos casos, entendiendo que se trata de una situación caracterizada por su transitoriedad, y regula el régimen de los actos de administración y disposición, sujetando los primeros a un régimen de mayorías (artículo 398) y el segundo a un régimen de unanimidad (artículo 397), que no serán siempre fáciles de alcanzar, especialmente en aquellos supuestos en que un tercero extraño a la inicial configuración del condominio entre a formar parte del mismo.

En la comunidad hereditaria, la vinculación familiar entre los condeños y el origen de esta situación de cotitularidad sobre el patrimonio hereditario, configurado como una universalidad, implica que esta cotitularidad no viene referida a bienes singulares, sino a la totalidad de la herencia; no existen cuotas sobre bienes concretos. Pese a existir esa especial vinculación familiar (o un llamamiento conjunto por el testador, pese a no existir vínculos de parentesco), es una situación también llamada a extinguirse, pues a los integrantes de la comunidad hereditaria²⁶ (herederos, legitimarios y legatarios de parte alícuota) les interesa

poner fin a la fase de indivisión. Por eso, y como veremos después, los herederos podrán pedir anotación preventiva de su derecho hereditario *in abstracto*, y podrán disponer del mismo. Pero la disposición de bienes o derechos singulares quedará, si se quiere utilizar esta expresión, “condicionada” a la efectiva adjudicación por el enajenante del concreto bien transmitido en el momento de producirse la división y adjudicación del haber partible.

Normativamente, esta interpretación guarda cierta similitud con la redacción que sobre la materia se ha hecho en Cataluña, en concreto en el Libro V de su Código Civil, referido a los derechos reales, que en su artículo 552-3 separa nítidamente al acto de disposición del cotitular sobre su derecho en la comunidad, pudiendo enajenarlo y gravarlo, del supuesto regulado en el apdo. 2 del mismo precepto cuando establece que “cada cotitular puede disponer del objeto indeterminado que le corresponderá en el momento futuro de la división. En este caso, mientras dura la situación de indivisión, el adquirente no se incorpora a la comunidad y, por lo tanto, no puede exigir la división”.

Tratándose de la sociedad de gananciales, aquí la vinculación entre los partícipes, además de familiar (como es lógico), es voluntaria, no depende de un hecho extraño a la voluntad de los partícipes, al contrario que ocurre en la comunidad hereditaria, cuyo origen está en el fallecimiento del *de cuius*. Por ello, mientras esté vigente el matrimonio, el Código Civil no contempla en estos casos acción de división, y sólo procederá la misma cuando se produzca su disolución, en cualquiera de los supuestos previstos por los artículos 1.392 y 1.393. Dicho esto, sí es preciso advertir que el régimen dispositivo en estos casos no difiere sustancialmente del regulado en los artículos 397 y 399 del Código Civil. Así, para realizar actos de disposición a título oneroso sobre bienes gananciales será necesario el concurso del consentimiento de ambos cónyuges (artículo 1.377 del Código Civil), al igual que ocurre en los actos a título gratuito, que el artículo 1.378 del Código sanciona con nulidad en caso de que falte el consentimiento de uno de ellos; si bien, se contempla la realización de actos dispositivos una vez concretada su participación al disolverse y liquidarse la sociedad, pues el artículo 1.379 permite que cada cónyuge disponga por testamento de la mitad de los gananciales, o el artículo 1.380, que admite la disposición testamentaria de un bien ganancial, la cual producirá sus efectos, siempre que el bien fuere adjudicado a la herencia del testador.

Es evidente el paralelismo entre el artículo 397 y los citados 1.377 y 1.378, que exigen, para el acto dispositivo la concurrencia del consentimiento de todos los copropietarios, con independencia de que estemos ante un supuesto de comunidad ordinaria o germánica (si es que este tipo de comunidad se encuentra admitida en nuestro Ordenamiento). La única especialidad es la sanción de nulidad radical al acto de disposición a título gratuito no unánime. Igualmente,

los artículos 1.379 y 1.380 son ejemplos de aplicación de la regla general contenida en el artículo 399, pues únicamente cuando se concrete la participación que corresponde a cada condeño en la cosa, podrá realizarse el acto dispositivo exclusivamente por uno de los copropietarios, referido “a la porción que se le adjudique en la división al cesar la comunidad” o, sujetándonos a los términos del artículo 1.380, si el bien ganancial del cual se ha dispuesto en testamento, “fuere adjudicado a la herencia del testador”. Lo que ocurre es que, en el caso de la sociedad ganancial, por aplicación del artículo 1.404, la porción viene constituida necesariamente por una mitad, y a esa mitad se concreta la disposición testamentaria de un bien ganancial.

Tampoco difiere de lo anterior el régimen previsto en el Código Civil para la constitución de un derecho real de servidumbre sobre un fundo indiviso. La norma reguladora del supuesto, artículo 597 del Código Civil, parte de una pre-misa fundamental: “Para imponer una servidumbre sobre un fundo indiviso se necesita el consentimiento de todos los copropietarios”, y ello, en notorio paralelismo con el artículo 397. Ahora bien, cabe la concesión sucesiva²⁷ por los copropietarios, no pudiendo aquél que ya haya prestado su consentimiento, o sus sucesores, impedir el derecho que él mismo ha concedido. La concesión así hecha no podrá implicar, como es lógico, la constitución del gravamen, pues la eficacia jurídico-real exigirá del necesario concurso del resto de copropietarios concedentes del derecho que, en conjunto, reúnen la totalidad de las facultades dispositivas sobre la cosa común.

Todo lo anterior, nos lleva a la necesidad de separar nítidamente el aspecto obligacional del contrato de compraventa celebrado por un copropietario, de su eficacia jurídico-real que, con arreglo al sistema de transmisión del dominio en nuestro Derecho, requerirá la concurrencia de título y tradición. Así, la venta por un solo condeño (o la constitución de una servidumbre por un solo copropietario) será válida, a efectos obligacionales, y surtirá los efectos que más adelante estudiaremos, pudiendo además el comprador utilizar los remedios que el ordenamiento ofrece en caso de no poder consolidar su adquisición. Sin embargo, pese a existir un contrato válido y generador de obligaciones, su eficacia jurídico-real dependerá de un elemento adicional, la tradición, que en los términos que hemos expuesto, requerirá de un traspaso posesorio realizado por quien tiene el poder de disposición sobre la cosa transmitida.

Ahora bien, esta tradición será real cuando se transmita la íntegra totalidad de la cosa, o simbólica, cuando se formalice en escritura pública, conforme al artículo 1.462 del Código Civil. Ahora bien, lográndose sólo la venta de una cuota indivisa, tal tradición real no podrá verificarse, pues es algo evidente que no podrá entregarse únicamente una parte de la cosa vendida. Al hablar de la naturaleza jurídica de la comunidad ordinaria, hemos acogido la postura de que

se trata de un derecho de propiedad exclusivo, sobre la totalidad de la cosa, pero limitado cuantitativamente por la existencia de los restantes derechos de copropiedad. Pues bien, la venta de cuota indivisa en una comunidad ordinaria, la venta del derecho hereditario en abstracto, la venta de una herencia o la venta alzada o en globo de ciertos derechos, rentas o productos (artículos 1.531, 1.532 y 1.535 del Código Civil) bien pueden configurarse como una venta de derechos incorporales, cuya tradición se regirá por lo dispuesto en el artículo 1.464 del Código Civil²⁸.

IV. ACTOS DE DISPOSICIÓN REALIZADOS POR UNO SÓLO DE LOS COPROPIETARIOS.

Establecido lo anterior, y conforme a la postura propuesta, el acto de disposición sobre la cosa común requiere de la unanimidad de los copropietarios.²⁹ La problemática estriba en determinar el régimen aplicable a aquel acto dispositivo realizado por uno sólo de los copropietarios, afirmando ser dueño exclusivo de la cosa poseída en común.

Si del tal contrato se pretendiera su acceso al Registro de la Propiedad, tal pretensión encontrará el obstáculo insalvable derivado del principio de tracto sucesivo, a que se refiere el artículo 20 de la Ley Hipotecaria³⁰, así como el que emana del objeto mismo de la institución registral y de la publicidad *erga omnes* que deriva del acto o contrato inscrito, pues consistiendo este objeto en la publicidad del dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, ello únicamente puede venir determinado por situaciones jurídico-reales plenamente perfeccionadas, en las que concurren todos los elementos del negocio transmisor, concretados en un justo título acompañado de la entrega de la cosa o tradición.

Pero hemos visto cómo el contrato de compraventa es únicamente un contrato generador de obligaciones, que no conlleva la obligación por parte del vendedor de transmitir el dominio de la cosa vendida. En consecuencia, es preciso determinar cuál es el concreto régimen de ineficacia del contrato así celebrado o si, por el contrario, el negocio conlleva el nacimiento de una obligación para el vendedor de adquirir la cosa transmitida para ponerla a disposición del comprador en cumplimiento del contrato.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido vacilante al respecto, no siguiendo un criterio uniforme en la resolución de la cuestión debatida, tal como se ha puesto de manifiesto doctrinalmente por los distintos autores que han estudiado sobre el particular y que son citados en estas líneas. Sin pretender realizar un examen exhaustivo de la doctrina jurisprudencial sobre esta materia, podríamos sistematizar la misma del siguiente modo:

IV. I. SENTENCIAS QUE DECRETAN LA NULIDAD DE LA VENTA REALIZADA POR UNO SOLO DE LOS COPROPIETARIOS:

La STS de 29 de abril de 1986 (ECLI:ES:TS:1986:8191) declara la nulidad de la venta en tal caso, por entender contravenido el artículo 399 del Código Civil, al disponer que “cuando lo vendido por una usufructuaria y una de las copropietarias no es la parte de ésta, sino la totalidad de la finca, por lo que no mediando el consentimiento de las otras partícipes en la comunidad que tampoco ratificaron después el acto realizado, es evidente que va en contra de lo dispuesto en el citado artículo trescientos noventa y nueve del Código civil, incurriendo en sanción de nulidad, nulidad que no es la simple anulabilidad a que se contrae la preceptiva contenida en el artículo mil trescientos del Código civil, y que origina el nacimiento de la acción que, con imprecisión técnica, el artículo mil trescientos uno del repetido Código denomina «acción de nulidad»”.

En la misma línea de la anterior, la STS de 8 de julio de 1988³¹ estableció que “que la enajenación de una finca por uno de los copropietarios sin consentimiento de los demás es nula, sin que quiera ya alegar la subsistencia de la validez parcial del contrato en cuanto a la cuarta parte de titularidad del contratante vendedor plenamente capaz por cuanto que el objeto de la compraventa es la finca como unidad física y jurídica, lo que transciende a la infraestructura causal del negocio viciándolo de nulidad radical, y, finalmente que la enajenación de cosa común como propia supone una alteración de la misma prevista en el art. 397, de añeja tradición, ya que tanto la doctrina como la jurisprudencia estiman que esa alteración no sólo es alusiva a actos materiales sino a aquellos que tienen repercusión jurídica, pues el art. 397 no distingue y es el que marca precisamente, con el art. 398, la frontera de los actos de mera administración, el régimen de simple mayoría y el de unanimidad, es decir, el consentimiento del propietario; y la enajenación requiere esa unanimidad”.

Esta línea, que pudiéramos denominar clásica es mantenida por el Tribunal Supremo en sentencias posteriores³², afirmando la nulidad del acto dispositivo no unánime. Es suficientemente ilustrativa de esta línea jurisprudencial la sentencia de 9 de octubre de 2008³³, cuando señala que “La venta, como negocio jurídico de disposición o alteración jurídica, de una cosa común, está prohibida por el artículo 397 del Código civil y no cabe incardinaria en el supuesto de venta de cosa ajena, sino que se hace como propia y en perjuicio directo de los copropietarios, con sanción de nulidad absoluta como han afirmado sentencias de esta Sala, como la de 26 de febrero de 1982 y la de 13 de noviembre de 2001, que cita otras muchas anteriores. Esto, como primer apartado, se relaciona con el segundo, que defiende la validez de la venta de la cuota parte del vendedor de la que sí era propietario: lo que no es aceptable porque vendió la cosa como un todo, sin poder

ahora dividirse y las dos sentencias citadas afirman también la imposibilidad de subsistencia de la validez parcial del contrato”.

Otra línea jurisprudencial viene determinada por la de aquel grupo de sentencias que entienden que estamos ante un supuesto de nulidad por falta de objeto. En este sentido, puede citarse la STS de 1 de junio de 1948³⁴, que calificó la venta realizada por quien carecía de poder de disposición sobre la cosa como inexistente por falta de objeto. En el mismo sentido pueden citarse también las SSTS de 25 de febrero de 1972³⁵ y 11 de abril de 1992³⁶.

En estos casos, como dice PÉREZ GURREA³⁷, “a pesar de lo expuesto y del escaso apoyo doctrinal a la tesis de la inexistencia de objeto, esta ha sido frecuentemente utilizada por el TS como determinante de la nulidad de la venta de cosa ajena, si bien la mayoría se ocupan de resolver no un conflicto inter partes contratantes, sino frente a un tercero, el *verus dominus* que no ha intervenido en el contrato cuya nulidad se declara. Aunque los supuestos que se contemplan son muy variados, el problema de fondo que se plantea no es el de la posible patología del título, sino el de la posible eficacia del contrato celebrado frente a dicho tercero. En definitiva, lo que se quiere conseguir es que el *dominus* recupere o no pierda el bien de su propiedad que ha sido vendido por otro”. Debe descartarse la solución que en estas últimas sentencias se da a la solución planteada. Conforme al artículo 1261 del Código Civil, debe existir un “objeto cierto que sea materia del contrato”, y es evidente que éste existe. El hecho de que el disponente carezca de poder de disposición sobre el mismo no implica la inexistencia del objeto ni la posibilidad de que el vendedor adquiera posteriormente el dominio del mismo para transferirlo al comprador, en atención al carácter meramente obligacional del contrato de compraventa.

Otra serie de sentencias ponen el foco en la existencia de un vicio en el consentimiento prestado, que hace ineficaz el contrato así celebrado. Aunque el supuesto de hecho resuelto no iba referido a la misma cuestión de la que nos ocupamos, puede citarse la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1971³⁸, en la que se entiende no destruida la apreciación del juzgado de instancia que entendió que “la venta de cosa ajena —y lo mismo la doble venta—, era ineficaz por faltar en ella el elemento real del contrato, y estimar que invalida el consentimiento el error que consiste en suponer cosa propia del vendedor”. En la sentencia de 15 de febrero de 1977³⁹, el Alto Tribunal niega la facultad de ejercitarse la acción de anulación, cuando el vicio de que adoleciera el contrato, consistiera en un error de consentimiento y éste fuera imputable a quienes pretendieran hacerlo valer en su favor o conocieran previamente los hechos que lo motivaron. Igualmente, en sentencia de 6 de julio de 1992⁴⁰, se considera la existencia de un error como elemento configurador de un vicio en el consentimiento.

La apreciación de la concurrencia de buena o mala fe en el adquirente, entendida esta mala fe como el conocimiento de que el vendedor no es dueño de la totalidad de la cosa vendida y que implicaría la ausencia de cualquier error en el consentimiento prestado no es una cuestión siempre fácil de determinar, que dependerá de las circunstancias del caso concreto y que exigirá de la valoración de las condiciones y hechos concurrentes en cada caso por el juzgador, en base a las reglas de la sana crítica.

De otra parte, será relevante determinar la parte del contrato a la que se imputa la existencia del error en la prestación del consentimiento, pues entendemos que las consecuencias que se predican de tal situación no pueden ser las mismas si tal error se produce en la persona del adquirente o del transmitente, afectivamente directamente al posible régimen de ineficacia aplicable al contrato así celebrado.

IV.II SENTENCIAS QUE DECLARAN LA VALIDEZ DEL CONTRATO COMO GENERADOR DE OBLIGACIONES:

Entre la contradictoria jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre esta materia, podemos incluir aquel grupo de sentencias que admiten la validez de la venta celebrada, en cuanto contrato generador de obligaciones, sin perjuicio de que lleguen a desplegarse en su totalidad los efectos jurídico-reales del mismo, lo que, al fin y al cabo, constituye la finalidad perseguida por las partes en el momento de la celebración del contrato.

Así, la sentencia de 14 de octubre de 1991⁴¹, señala que, en el supuesto enjuiciado, no se estaba ante un contrato en que el vendedor ostentase una falta representación de sus hijos —copropietarios con él de la finca transmitida—, lo que lo convertiría en nulo; por el contrario, entiende que estamos en presencia de “una venta de cosa parcialmente ajena, en la que concurrían los requisitos de consentimiento, objeto y causa que exigen los arts. 1.261 y 1.262 del Código Civil, lo que implica la validez del contrato de compraventa de cosa ajena, con los efectos que la jurisprudencia de esta Sala le atribuye de dar lugar a la correspondiente indemnización (...”).

La STS de 26 de febrero de 2008⁴² se expresa de manera clara en orden a los efectos de la venta de cosa parcialmente ajena. Por su claridad, es oportuno resaltar su Fundamento de Derecho Segundo. De acuerdo con el mismo, “la enajenación de una cuota en el condominio superior a la que corresponda a los vendedores es un caso de enajenación de cosa ajena (respecto a ese plus), y como tal debe ser tratada jurídicamente. La doctrina reiterada de esta Sala (S. de 20 de abril de 2.007 y las que cita) es la de que la misma es válida y eficaz como

tal compraventa, aunque existirá un incumplimiento de la obligación de entrega por el vendedor al haber recaído sobre cosa respecto a la cual carece de poder de disposición (art. 1.160), lo cual legitima la acción del comprador por incumplimiento contractual, o se convierte en un título hábil para usucapir. Por otra parte, el verdadero titular podrá reivindicar del comprador lo que le pertenece, dando lugar ello a la evicción de éste frente al vendedor, aunque no pierde dicho comprador la facultad de alegar contra el reivindicante la prescripción adquisitiva (arts. 1.962 y 1.963). En consecuencia, es erróneo considerar que la venta de cosa ajena es un contrato nulo por falta de alguno de sus elementos esenciales, al no existir norma que exija para su perfección que el vendedor posea capacidad de disposición de lo que vende, y mucho menos un contrato con causa ilícita. Otra cosa es que el comprador pueda, demostrándolo, alegar que ha sufrido un error o que ha sido objeto de dolo. Pero esos son vicios del consentimiento, no ausencia del mismo, que tienen su tratamiento especial en la acción de anulabilidad, incardinada en los preceptos del Código civil dedicados a la nulidad de los contratos (arts. 1.300-1.315)”. De nuevo se considera la existencia de un error en la formación del consentimiento del comprador para determinar un efecto contrario al establecido en la sentencia, aspecto que, creemos, es susceptible de matización, como veremos después. Tampoco se considera la posible concurrencia de un vicio de la formación de la voluntad del vendedor que, erróneamente, dispone de más de lo que le corresponde sobre la cosa transmitida.

Nuevamente, en sentencia de 3 de febrero de 2009⁴³, vuelve a recordar el carácter meramente obligacional del contrato de compraventa y a la validez de la venta de cosa ajena, máxime cuando en el contrato celebrado la propia parte vendedora declara y reconoce no ser dueña de la totalidad de la cosa vendida, comprometiéndose a adquirir las participaciones que no le correspondían sobre la misma.

Esta línea jurisprudencial culmina en la sentencia de 28 de marzo de 2012⁴⁴. En el caso resuelto por ella, una sociedad vendió en documento privado una octava parte indivisa de treinta y cuatro fincas. Posteriormente a ello, la misma entidad vendedora transmitió el pleno dominio de la totalidad de las fincas a otra mercantil, elevándose a escritura pública, inscribiéndose en el Registro e incluso constituyéndose una hipoteca sobre las fincas así adquiridas. Se plantea la validez de esta segunda transmisión, entendiendo la Sala, repasando la doctrina emanada de ella misma, que la doctrina general sobre nulidad en los casos de venta por un condueño de la totalidad de la cosa común sin consentimiento de los demás, “sufre, pues, una excepción cuando, atendiendo al objeto del contrato y a la intención de los contratantes, procede la aplicación de la dogmática de la compraventa de cosa ajena”, si bien, supedita la aplicación de los efectos de esta excepción a las concretas circunstancias concurrentes en el caso concreto y, en

particular, al hecho de que “quienes intervinieron en el contrato de compraventa controvertido conocían la previa adquisición por el demandante, en régimen de condominio, de una octava parte de lo que estaba siendo transmitido”.

Estamos de acuerdo con YZQUIERDO TOLSADA⁴⁵ en que la sentencia “dice mucho menos de lo que debería decir” y que limitar la validez de la venta de cosa parcialmente ajena al supuesto en que el comprador conoce tal circunstancia no hace sino enturbiar el problema.

La sentencia no hace sido poner de manifiesto el carácter errático que la jurisprudencia del Alto Tribunal tiene elaborada sobre este particular. Es evidente que la dificultad de la cuestión, unida a las múltiples situaciones fácticas que pueden concurrir, no facilita una solución unívoca al supuesto, pero no parece que el Tribunal acierte cuando, aun estimando el recurso y declarando aplicable al supuesto de hecho la doctrina de la venta de cosa ajena (aunque en este caso lo sea parcialmente), en realidad lo hace como una excepción a lo que, en consecuencia, y como literalmente dice la sentencia, constituye la doctrina general sobre la materia, doctrina que no es otra que aplicar el régimen de la nulidad al contrato así celebrado. Ello supone, si no la negación, sí un reconocimiento limitado del carácter meramente generador de obligaciones del contrato de compraventa, conforme al artículo 1.445 del Código Civil, pues parece referirlo únicamente al concreto supuesto en que el comprador conoce —podríamos considerar denominarlo como un comprador de mala fe— que la cosa que pretende adquirir es parcialmente ajena. Realmente, el Tribunal, con ello, parece matizar el criterio que iba paulatinamente asentándose y que culminó en las citadas sentencias de 26 de febrero de 2008 y 3 de febrero de 2009. No puede concluirse que el carácter consensual y generador de obligaciones del contrato de compraventa únicamente pueda predicarse en el supuesto de que el comprador conozca que la cosa vendida es ajena, contrariando el Tribunal su propia doctrina, expuesta, entre otras, en la sentencia de 14 de junio de 1997 a la que anteriormente hicimos referencia.

Ello supondría aplicar un distinto régimen a dos situaciones que no difieren sustancialmente entre sí, esto es, aplicar el régimen de la doble venta al adquirente que conoce la ajenidad de lo adquirido y el de la nulidad —más bien anulabilidad— a aquél que ignora tal hecho en base a la existencia de un error de consentimiento.

De otra parte, cabe plantearse la cuestión de por qué esa limitación del reconocimiento del carácter obligacional del contrato y la aplicación del régimen de la venta de cosa ajena al comprador que contrata sabiendo que la cosa no es de la exclusiva propiedad del vendedor y no hacer extensivo el mismo efecto a aquél que celebra el contrato sin conocimiento de tal circunstancia, ignorando que la cosa vendida es parcialmente ajena, o como dice nuestro Código Civil en

materia de prescripción adquisitiva, “en la creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueño de ella, y podía transmitir su dominio”⁴⁶, o como dice CUENA CASAS⁴⁷, el desconocimiento en el adquirente de la falta de poder de disposición del transmitente.

En general, en todo supuesto de venta de cosa ajena nos encontramos con una falta de titularidad del bien vendido por el transmitente, si bien, en los supuestos objeto de este comentario, más bien una falta de titularidad parcial. Sin embargo, no encontramos ninguna regulación al respecto en el Código Civil, a diferencia de lo que ocurre con el legado de cosa ajena, el cual encuentra su acomodo normativo en el artículo 861⁴⁸. Ello implica la posibilidad de encontrarnos ante supuestos que tendrán un tratamiento jurídico diferente⁴⁹, según las circunstancias concretas concurrentes en cada caso, cuestión que dificulta enormemente aplicar un régimen jurídico unitario a tal figura y que explica la evolución en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo que, desde las más antiguas sentencias de 11 de abril de 1912⁵⁰, 8 de marzo de 1929⁵¹ ó 23 de junio de 1951⁵², por citar sólo algunas, que niegan validez a la venta de cosa ajena, bien por entender que se está ante un supuesto de falta de objeto o bien que existe un error en la prestación del consentimiento, ha ido variando su postura para admitir su admisibilidad en nuestro ordenamiento jurídico, en base al carácter consensual que, como hemos visto, tiene el contrato de compraventa en nuestro Derecho. Como manifestación de esta postura podemos citar las sentencias de 5 de julio de 1958⁵³, 5 de julio de 1976⁵⁴, 20 de julio de 2010⁵⁵, 13 de mayo de 2013⁵⁶ ó 9 de marzo de 2016⁵⁷, entre otras.

En este grupo de sentencias que admiten la validez de la venta de cosa ajena podemos citar además la de 5 de mayo de 1983⁵⁸, que toma en consideración la ausencia de mala fe en el comprador para desestimar el recurso de casación interpuesto y partiendo del previo conocimiento por el comprador de la ajenidad de la cosa vendida, mantiene a éste en su posesión, pues la resolución del contrato entre el vendedor y el verdadero titular de quien el primero adquiere para poner la cosa en posesión del comprador, no podría perjudicar a este último, “por ser este un tercer adquirente de buena fe, conforme a lo dispuesto en el propio artículo mil ciento veinticuatro con su remisión a los artículos mil doscientos noventa y cinco y mil doscientos noventa y ocho del propio Código, en especial del mil doscientos noventa y cinco, que claramente establece que no tendrá lugar la rescisión cuando las cosas, objeto del contrato se hallaren legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe, y es claro que la concurrencia de mala fe no puede predicarse del Señor Jesús Luis, comprador, por no consultar el Registro de Embarcaciones, en cuanto con la entrega del barco recibe su documentación, y dada la inoperancia de ese Registro a los efectos civiles, sin perjuicio de los reglamentarios pertinentes”. En el supuesto

de hecho de la sentencia, no puede afirmarse que el comprador lo sea de buena fe, en el sentido que hemos visto anteriormente, pues era perfecto conocedor de que la embarcación transmitida no era de la propiedad del vendedor, sino que éste asumía la obligación de adquirirla para entregarle su posesión. La sentencia alude a una ausencia de mala fe en el comprador, pero no referida al título, o al inicial proceso adquisitivo, sino al momento posterior de la resolución de la compraventa entre vendedor *non dominus* y *verus dominus*⁵⁹. Entiende GORDILLO CAÑAS que en el caso a que se refiere la sentencia, “más que la positiva buena fe siempre exigible al tercero adquirente a *non dominio*, lo que aquí se requiere es algo distinto: la simple ausencia de mala fe”, y busca la explicación a ello en que aquí lo que se discute es el alcance de la acción resolutoria respecto al que ha adquirido de un verdadero titular. Ahora bien, en cuanto al proceso adquisitivo, la buena fe exigida al comprador se manifiesta con un alcance distinto. Continúa diciendo GORDILLO CAÑAS que “la tradicional disciplina de la venta de cosa ajena, inaplicable al caso si en éste se entiende cesada la ajenidad en el ínterin entre la celebración del contrato y el acto de entrega, si en algo paraba mientes era en el estado subjetivo del comprador: ignorando éste el hecho de la ajenidad, conservaba su derecho contra el vendedor en caso de reclamación por el *verus dominus*; en caso contrario, cuando conoce que compra a quien no es dueño, pierde todo derecho: ha asumido los riesgos económicos de la operación”, añadimos nosotros, siempre que no se prevea en el propio contrato que el vendedor asume la obligación de adquirir la cosa ajena para entregarla al comprador y lograr con ello la consumación total del proceso adquisitivo, con plenos efectos jurídico-reales.

No parece que se compadezca bien con la fundamental exigencia de la concurrencia de buena fe en el adquirente a *non dominus* predicada por los artículos 464 del Código Civil y 34 de la Ley Hipotecaria, el criterio sostenido por la sentencia de 28 de marzo de 2012 de limitar la aplicación del régimen de la venta de cosa ajena únicamente al comprador que es conocedor del hecho de la ajenidad de la cosa vendida (con o sin obligación expresa en el contrato para el vendedor de adquirir la cosa para entregarla al comprador). Partiendo de la ya indiscutida validez de la venta de cosa ajena en nuestro Ordenamiento, el efecto que se deriva de la misma debería ser el mismo, ya sea el comprador conocedor o no del hecho de que la cosa transmitida realmente no pertenece al vendedor.

En los supuestos de venta de cosa ajena, el vendedor vendrá obligado a entregar la cosa al comprador, o su equivalente económico si la primera obligación no puede cumplirse o si la cosa fuera reivindicada por su verdadero dueño, dejando a salvo las acciones que correspondan al comprador para accionar por evicción. La sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1981⁶⁰ es sumamente gráfica al respecto; en su Considerando Tercero señaló que “la venta de cosa aje-

na, ya admitida en Derecho romano, en el Fuero Juzgo y en las Partidas (Partida V, libro III, Ley 19 “cosa ajena vendiendo un ome a otro valdrá la vendida”), lo es también en nuestro vigente ordenamiento jurídico, heredero del romano, en los que la compraventa era y es un contrato generador de obligaciones, entre las cuales y esenciales, la del vendedor de proporcionar una cosa al comprador a cambio de precio, sin que hoy ningún precepto exija que se sea propietario de la cosa vendida, sino que ésta pueda y deba ser entregada, bien por ser el dueño en el mismo acto o concierto contractual, ora por la obligación asumida de adquirirla para realizar la tradición determinante de la transmisión efectiva de la propiedad (artículos 609 y 1.095 del Código Civil), con el efecto, caso de incumplimiento o no adquisición por el vendedor para entregarla luego, de resarcir al comprador en el *id quod interest* o equivalente económico, efecto que también se produciría si el verdadero dueño reivindicara y recuperara la cosa entregada al comprador cuando ello fuera posible —por ejemplo, no usucapida o no inscrita por éste, de buena fe—, consecuencia también propia del Derecho romano en el que el verdadero dueño permanecía ajeno a la venta de su bien hecho por otro —*res inter alios acta*— sin que el acto le favoreciera ni perjudicara —*nobis nec nocet nec prodest*—, bien que, si se había producido la tradición o entrega de la cosa, como el comprador de la ajena adquiría una posesión *ad interdicta*, el *verus dominus* debía ejercitar las pertinentes acciones de recuperación y el vendedor resarcir al comprador desposeído por el dueño (evicción)”.

Se impone, en consecuencia, establecer un régimen jurídico unitario en los casos de venta celebrada por uno de los copropietarios, generando idénticas obligaciones para el vendedor de cosa parcialmente ajena, con independencia del conocimiento de tal circunstancia por el comprador.

Quedaría por determinar si lo mismo puede predicarse cuando la concurrencia de buena o mala fe se concreta en la persona del vendedor, esto es, si conoce que la cosa transmitida efectivamente es parcialmente ajena o si transmite en la creencia de que lo hace en su condición de propietario único.

Si, atendiendo a la persona del comprador de cosa parcialmente ajena, ya hemos defendido la oportunidad y conveniencia de aplicar el mismo régimen de derechos y obligaciones para el mismo con independencia del conocimiento efectivo de tal situación, no puede predicarse lo mismo respecto de aquél que vende la cosa poseída en común creyendo erróneamente ser el único propietario de la misma.

Ya hemos visto cómo la venta de cosa ajena genera para el vendedor la obligación de adquirir la cosa vendida para entregarla al comprador (sin perjuicio de las acciones que correspondan al verdadero dueño de la cosa transmitida), y es evidente que asume tal obligación desde el momento de la perfección del contrato conociendo la circunstancia de la ajenidad. Ahora bien, el que erróneamente

transmita una cosa parcialmente ajena, siempre podrá instar la anulabilidad del contrato, por concurrir en él un vicio del consentimiento, de conformidad con el artículo 1.266 del Código Civil, cuando el error⁶¹ haya recaído sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo. La cuestión, nuevamente, exigiría una valoración por el juzgador de las circunstancias concurrentes en el caso concreto; concurriendo los requisitos exigidos por el artículo 1.261 de nuestro Código para entenderse válidamente celebrado el contrato, tal declaración de anulabilidad exigirá que precisamente la creencia errónea de la pertenencia exclusiva de la cosa vendida haya sido determinante en la celebración del contrato, lo que se compadece mal con el carácter consensual meramente generador de obligaciones, ya expuesto, del contrato de compraventa.⁶²

Pero en las personas de comprador y vendedor no se agota la relación de partes implicadas en el contrato de venta de cosa parcialmente ajena, pues debe valorarse la situación del resto de condueños ante el acto dispositivo celebrado sólo por uno de ellos y contemplar qué acciones les asisten, para el supuesto de que no transmitan al vendedor sus respectivos derechos para que este, en ejecución del contrato, entregue la totalidad de la cosa al comprador.

Es claro, respecto de ellos, que no han sido parte en el contrato celebrado y que no han prestado su consentimiento, viciado o no, en tal convención, que de conformidad con el artículo 1.257 de nuestro Código sólo puede producir efecto entre las partes intervenientes y sus herederos.

MÉNDEZ APENELA⁶³ sostiene que el copropietario no enajenante debe gozar de algún remedio ante tal situación, “pues cuanto menos, la venta de cosa ajena provoca una incertidumbre, un confusionismo, respecto a la titularidad de la cosa vendida, que repercutirá en el crédito del propietario”.

Se plantea también la posibilidad de que acudan al ejercicio de una acción reivindicatoria, pero ello choca con el contenido de tal acción que está encaminada a una restitución en la posesión que, como tal, el actor no ha perdido, pues la copropiedad implica una situación de coposesión, de conformidad con los artículos 445 y 450 del Código Civil, por lo que teóricamente estaría vedado el ejercicio de tal acción.

Sí podría interesar al condueño no enajenante el ejercicio de una acción declarativa de dominio, limitada a su cuota-parte, en el supuesto de que su derecho sea contradicho por la parte compradora. Así parece que lo entendió nuestro Tribunal Supremo en sentencia de 3 de mayo de 1944⁶⁴.

Por supuesto, siempre podrá acudir al retracto de comuneros, regulado en el artículo 1.522. Sin embargo, no siempre convendrá su ejercicio, incluso puede resultar gravemente perturbador para el copropietario que no tenga capacidad

económica para afrontar el precio desembolsado por el comprador y además, los gastos enumerados en el artículo 1.518 del propio Código.

En caso de prosperar cualquiera de estas acciones, el comprador podrá reclamar el saneamiento por evicción, de conformidad con el artículo 1.475 del Código Civil, y con los efectos derivados de lo dispuesto en el artículo 1.478 del mismo Código, no existiendo norma que especifique “qué tipo de derecho anterior al perfeccionamiento del contrato de compraventa ha de ser el que provoque la pérdida del derecho de propiedad sobre lo comprado”⁶⁵, por lo que bien serviría la acción anterior o cualquier otra que reconozca la ineficacia del contrato celebrado para lograr la finalidad pretendida de transmisión plena del dominio de la cosa común para que el comprador pueda exigir el saneamiento.

También cabría la aplicación del régimen especial de evicción previsto en el artículo 1.479 cuando el comprador “perdiere una parte de la cosa vendida de tal importancia con relación al todo que sin dicha parte no la hubiere comprado”. No estamos aquí ante un problema de mayor o menor extensión o calidad de la cosa transmitida, sino que para la aplicación de este precepto, habrá que atender a la voluntad determinante para la prestación del consentimiento contractual, cuestión cuya apreciación corresponderá a la autoridad judicial⁶⁶.

Aún resta concluir, para el caso de que el vendedor no consiga adquirir la totalidad de la cosa transmitida para efectuar su entrega al comprador, si éste adquirirá aquella parte de la misma de la que efectivamente podía disponer, esto es, su cuota parte, o si, por el contrario, pudiera considerarse que con tal resultado, en realidad, se está contrariando la finalidad perseguida por el adquirente al celebrar el contrato, que no es sino adquirir la totalidad de la cosa. ESTRUCH ESTRUCH⁶⁷, partiendo de la premisa de que el comprador podrá rechazar el pago parcial, conforme al artículo 1.169 del Código Civil, y la posibilidad de que efectivamente el vendedor adquiera los restantes derechos de copropiedad sobre la cosa, entiende que “lo que sí transmite la referida venta son los derechos que sobre la cosa tenía el comunero vendedor, pudiendo el comprador, en consecuencia: a) resolver el contrato por incumplimiento al no haberse transmitido todo aquello a lo que se obligó el vendedor (por analogía con los arts. 1460 y 1515 del Código Civil); b) exigir el cumplimiento del contrato en cuanto a los derechos no transmitidos; c) reclamar el saneamiento parcial, si hubiera sido privado por evicción de la parte no transmitida por falta de poder dispositivo del vendedor; o d) resolver en cuanto a los derechos de los que el vendedor no era titular. Sin embargo, el vendedor no puede negarse a cumplir en la medida de lo posible, esto es, en cuanto a sus derechos, so pretexto de que se trata de un pago parcial”.

Sin embargo, vimos cómo el Tribunal Supremo se muestra reticente a esta solución, negando la posibilidad de subsistencia parcial del contrato en la ya

citada STS de 8 de julio de 1988 y en las posteriores de 25 de junio de 1990⁶⁸, 23 de octubre de 1990⁶⁹ y 13 de noviembre de 2001⁷⁰.

Compartimos la postura planteada por el Alto Tribunal. Pudiendo plantearse la posibilidad de que efectivamente el comprador se muestre conforme con un cumplimiento parcial del contrato y que, en consecuencia, su adquisición viniera limitada a la cuota del condeño enajenante, tal situación, caso de no ejercitarse el retracto de comuneros, implicaría la entrada de aquél en la comunidad. Su nueva condición de copropietario, en un proindiviso que, normalmente, trae su origen en una previa adjudicación hereditaria, o en vínculos más o menos estrechos entre los iniciales condóminos, plantearía a todos una situación especialmente generadora de conflictos, máxime cuando el nuevo partícipe tenía la intención inicial de adquirir la totalidad de la cosa, pudiendo poner innumerables trabas a la realización de actos conservativos, con la clara voluntad de forzar una venta por parte del resto de copropietarios. No debe obviarse que la situación de comunidad es contemplada por el propio Código como una situación antieconómica y transitoria⁷¹, y que la entrada de un nuevo condeño, extraño a la inicial composición del condominio, generará los efectos perturbadores expuestos.

Pese al intento de establecer una doctrina jurisprudencial más o menos uniforme en el supuesto estudiado de venta de cosa parcialmente ajena, incluso con posterioridad a la sentencia de 28 de marzo de 2012, nuestro Tribunal Supremo se muestra dubitativo. Así, en sentencia de 7 de junio de 2018⁷² se resuelve sobre la procedencia de la acción de saneamiento por evicción planteada con un coheredero que alegaba que en la liquidación y partición de la herencia de sus padres fue privado de los derechos que le correspondían sobre una finca que fue calificada como ganancial pero que su padre le vendió como privativa de éste tras acontecer el fallecimiento de su madre. El Tribunal entiende que no concurren los presupuestos para que tenga lugar la evicción, sentando la premisa de que “al ser un bien común de la comunidad postganancial, el padre carecía del poder de disposición sobre la finca, la demandante no pudo adquirir la propiedad por la compra. Sin embargo, en el procedimiento de división judicial de la herencia se le adjudicó la finca, por lo que adquirió la propiedad, no en virtud de la compra, sino como heredera. Por tanto, propiamente no ha habido privación de la cosa en el sentido del art. 1.475 CC”; pero sigue sin concluir, de un modo claro, qué concreto régimen de ineeficacia aplicable al caso concreto, al señalar que “la compradora no fue una extraña que adquirió de un copartícipe de la comunidad. Como heredera del vendedor intervino en el procedimiento de liquidación, donde defendió sin éxito el carácter privativo de la finca, pero ni hizo valer entonces, ni hace valer ahora, el posible crédito que pudiera corresponderle como consecuencia de la falta de eficacia de la venta”. Si bien existen obstáculos, a juicio del Tribunal, para que prospere la acción de saneamiento por evicción, por no

ser la compradora una extraña a la comunidad hereditaria, no es menos cierto que el padre vendedor dispuso de un bien parcialmente ajeno, y resultando ser el comprador un copartícipe en la comunidad hereditaria que, presumiblemente, conocía de la ajenidad parcial de lo así transmitido, podría plantearse la aplicación del régimen de la venta de cosa ajena, tal como el propio Tribunal estableció en la repetida sentencia de 28 de marzo de 2012.

V. ACTOS DE DISPOSICIÓN REALIZADOS POR UNO DE LOS PARTÍCIPES DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA.

La misma controversia generada en cuanto al acto dispositivo realizado por uno sólo de los copartícipes en la comunidad ordinaria se ha manifestado cuando el acto de enajenación es realizado por uno sólo de los integrantes de la comunidad hereditaria, planteándose la validez o invalidez del mismo, y cuáles serían, en su caso, los efectos jurídicos que el ordenamiento anuda al contrato así celebrado, teniendo en cuenta y debiendo valorarse las especialidades que concurren en estas situaciones de comunidad hereditaria⁷³.

A juicio de FERNÁNDEZ CHACÓN⁷⁴, “la ausencia de regulación en el Código Civil español de los actos dispositivos de los coherederos sobre los bienes hereditarios ha propiciado que tradicionalmente el régimen de tales actos dispositivos se haya construido sobre la base de las reglas previstas en el Código Civil para la comunidad ordinaria. De ahí la frecuencia con la que la doctrina y la jurisprudencia abordan conjuntamente ambos tipos de comunidad a la hora de analizar el régimen de validez de los actos dispositivos no unánimes sobre los bienes comunes.

Consecuentemente la solución al problema de la validez o invalidez de los actos dispositivos sobre bienes comunes por un comunero aisladamente vendría dada en los arts. 397 o 399 del CC, indistintamente de si se trata de un supuesto de comunidad ordinaria o de comunidad hereditaria”.

La determinación del régimen jurídico aplicable impone, necesariamente y en línea con lo expuesto, realizar un breve análisis de la naturaleza jurídica de la comunidad hereditaria. La cuestión dista de ser pacífica en la doctrina, lo que ha tenido su eco en la jurisprudencia, sin duda influidas ambas por la regulación del propio Código.

Así, en algunas ocasiones, el Tribunal Supremo ha calificado a la comunidad hereditaria “como un tipo especial de comunidad, comprendido en el marco general de la comunidad de bienes y derechos que regula el Título III del libro II del Código Civil, pero que tiene características propias y un principio de régimen orgánico que le erigen en una categoría jurídica intermedia entre el condominio

ordinario y la persona moral”, de tal manera que “hay que establecer una distinción entre la comunidad que resulta de una sucesión hereditaria por causa de muerte y la comunidad o condominio general que se regula en el Título III del Libro II del Código Civil, pues mientras en aquélla cada heredero hasta que se realice la partición sólo disfruta de una parte ideal de todos los bienes de la herencia, sin una posesión real individual que corresponde a todos, en éste disfruta de una posesión real y efectiva de la parte que le corresponde en la cosa, de la cual puede disponer, como así se deduce de los artículos 399 y 394 del mencionado Cuerpo legal”⁷⁵

También encontramos, entre los pronunciamientos del Alto Tribunal aquellos que la caracterizan como supuestos de comunidad germánica o en mano común. A modo de ejemplo, la sentencia de 15 de abril de 1982⁷⁶, que alude a “a la especialidad de la comunidad hereditaria, que parte de la doctrina asimila, incluso, a la germánica o en mano común, a la que sólo serán aplicables las normas de los artículos 392 y siguientes del Código Civil, propios de la comunidad por cuotas partes, en la medida que permitan las características especiales que aquélla ofrece”; la sentencia de 19 de junio de 1995⁷⁷, que califica expresamente a la comunidad hereditaria como germánica, la de 5 de noviembre de 2004⁷⁸, que considera que tal comunidad no da lugar a una copropiedad de cada una de las cosas, sino que éstas forman parte de la misma, de la que sus miembros tienen derechos indeterminados y cuya naturaleza es de comunidad germánica”, o la más reciente de 24 de marzo de 2023⁷⁹.

Y no faltan tampoco ejemplos que acuden a la regulación del proindiviso ordinario a efectos de ordenar las relaciones derivadas de esta comunidad, mientras dura la fase de indivisión (SSTS de 8 de mayo de 2008⁸⁰ ó 9 de diciembre de 2015⁸¹).

En la doctrina, DON JERÓNIMO GONZÁLEZ⁸² pone de relieve cómo la comunidad hereditaria se ha resistido siempre a ser tratada como una copropiedad de tipo individualista, si bien en nuestra legislación, no ha llegado a formar un patrimonio independiente y pone de relieve cómo, con la redacción del artículo 71 del Reglamento Hipotecario, tras la reforma operada en 1915, que señaló como características de la inscripción del derecho hereditario la circunstancia de no implicar adjudicación de bienes y la de referir la cuota al patrimonio hereditario, “se ha formado un conglomerado doctrinal que acerca nuestro sistema al germánico”.

Para GARCÍA GRANERO⁸³, la comunidad hereditaria no recae sobre objetos individuales, “sino más bien sobre la simple titularidad hereditaria. Lo que se encuentra sujeto a un régimen de comunidad no es el conjunto de los derechos subjetivos relictos, ni tampoco la herencia, considerada como unidad patrimonial con existencia jurídica propia distinta de las cosas, derechos reales, créditos y

obligaciones que la componen, sino la titularidad hereditaria universal, el título de heres, que pertenece conjuntamente a los coherederos como si fuesen uno solo”; y, al plantearse la fundamental cuestión de por qué normas se regirá dicha comunidad durante la fase de indivisión, termina concluyendo, acentuando el sentido de continuación de la posición jurídica del causante, basado en lazos familiares, que la comunidad hereditaria es una institución híbrida o intermedia que presenta puntos de coincidencia tanto con la comunidad romana como con la germánica.

No faltan quienes conceptúan la comunidad hereditaria como un supuesto de cotitularidad sobre bienes singulares; en opinión de CHAMORRO PIÑERO⁸⁴, hay tantas comunidades romanas como cosas existan, si bien los coherederos están limitados en cuanto al ejercicio de su poder de disposición, de tal modo que “la enajenación, cesión o hipoteca con efectos reales inmediatos, normalmente autorizadas al comunero por el artículo 399 del Código Civil, son las vedadas al comunero heredero antes de la partición”.

En línea con el anterior, GARCÍA VALDECASAS⁸⁵ proyecta la comunidad hereditaria sobre la herencia como un todo, sin desconocer la existencia de tantas comunidades como objetos singulares integran el caudal, pero adscribiéndolas al modelo germánico de comunidad en mano común.

Y, por supuesto, no debe obviarse a quienes consideran que la comunidad hereditaria logra un mejor encaje en la regulación del condominio romano, como el citado RUBIO GARRIDO⁸⁶, si bien la presenta como una comunidad especial, cuyos rasgos diferenciadores son los siguientes:

- recaer sobre una universalidad de Derecho, como es la herencia, integrada por el conjunto de bienes y derechos que pertenecían al difunto y que no se extingue por su muerte, incluyendo a los créditos, que no se dividen entre sus herederos por el hecho de su fallecimiento.
- por ser una situación transitoria, en la que hay que atender a determinadas exigencias y situaciones puestas de manifiesto por el propio fenómeno sucesorio: obligación de afrontar los gastos, protección de legitimarios, acreedores del causante y legatarios de cosa específica, así como en la exigencia de que mientras dure la fase de indivisión, el patrimonio hereditario funcione como un patrimonio separado.

Incluso se ha sostenido que en la actualidad ha perdido trascendencia la discusión sobre la adscripción de la comunidad hereditaria al proindiviso ordinario o al modelo de comunidad en mano común, inclinándose por el criterio de la comunidad postganancial⁸⁷.

De forma más rotunda parece mostrarse la Dirección General de los Registros y del Notariado (actual Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública) en afirmar el carácter germánico de la misma. En resolución de 14 de junio

de 2005⁸⁸, a propósito de una sucesión regida por el Derecho aragonés, señala como éste, así como el Derecho común, tiene unas profundas raíces germánicas, exigiendo la concurrencia de todos los llamados para convertir el derecho hereditario en abstracto en un derecho concreto sobre los bienes del caudal relicto. El mismo principio es sentado en la posterior de 18 de octubre de 2013⁸⁹.

Gráficamente, la resolución de 13 de julio de 2015⁹⁰ señala que “el derecho hereditario que, mediante la aceptación, se atribuye a los coherederos no es más que un derecho en abstracto al conjunto de bienes que integran la herencia y no un derecho concreto sobre bienes determinados, en tanto no se lleve a efecto la partición. Por eso el Código Civil reconoce al titular de una cuota o porción de herencia el derecho a promover la división de la comunidad hereditaria (artículo 1051), y dispone que los herederos pueden verificar la partición del modo que tuvieran por conveniente (cfr. artículo 1058), sin que ninguno de ellos pueda imponer al otro la atribución por participaciones indivisas de todos y cada uno de los bienes resultantes (vid. artículos 1059, 1061 y 1062), de modo que, ultimada la liquidación, tanto puede ocurrir que a un heredero no le corresponda ningún derecho sobre determinado bien —o sobre el único existente— como que se le adjudique éste en su integridad (cfr., asimismo, los artículos 42.6 y 46 de la Ley Hipotecaria)”.

Curiosa resulta la resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 31 de enero de 2024⁹¹, que con cita en la de 27 de septiembre de 2022⁹², recuerda que en el caso resuelto por esta, en el que se planteaba la aptitud de una solicitud de inscripción de la representación gráfica georreferenciada de una finca solicitada por uno sólo de los herederos del causante titular registral, y se le negaba legitimación al mismo para solicitar el inicio del procedimiento regulado en el artículo 199.2 de la Ley Hipotecaria, sobre la base de que en el concreto caso resuelto se estaba en presencia “de una comunidad hereditaria, y por tanto germánica, en la que mientras la partición no se realice, hay un derecho hereditario «in abstracto» y cualquier actuación requiere la actuación de todos los herederos”, negando la aplicación del principio de mayorías contenido en el artículo 398 del Código Civil.

Con independencia de la postura que adoptemos, en lo que sí existe uniformidad de criterio es en la especialidad que representa la comunidad hereditaria en cuanto a la configuración de la concurrencia de titularidades, lo que la jurisprudencia ha venido a recalcar, tratando de contraponer la especial situación que ocurre durante la fase de indivisión de aquélla otra en que ya se ha producido la adjudicación de bienes o cuotas concretas de los mismos una vez verificada la partición, extinguiéndose así la comunidad hereditaria. El Tribunal Supremo, en sentencia de 13 de diciembre de 1961⁹³ señaló que “la situación de indivisión de una herencia, aunque tenga puntos comunes o análogos con la comunidad

de bienes regulada por el título tercero del libro segundo del Código Civil, no se identifica en absoluto con ésta, no sólo a la luz de la doctrina, sino del propio articulado del Código Civil, y si bien la jurisprudencia tiene declarado, le son de aplicación las reglas de la comunidad de bienes, ha de entenderse en tanto en cuanto no se hallen modificadas por preceptos específicos reguladores del supuesto correspondiente para la comunidad hereditaria, y así sucede en el caso que nos ocupa, en que los derechos de tercero, al cesar la indivisión hereditaria por la partición, se hallan regulados por el artículo 1.084 del Código Civil". En la de 5 de noviembre de 1992⁹⁴, después de afirmar que el testamento no es título suficiente para justificar la adquisición de determinados bienes de la herencia, reitera que, mientras no se verifique la partición, el patrimonio del causante se configura como una comunidad de bienes. Del mismo modo, la sentencia de 26 de enero de 2012⁹⁵, que no entiende que se esté ante una partición realizada por testador, partición que el Tribunal se encarga de aclarar que tiene por objeto "la extinción de la comunidad hereditaria mediante la división y adjudicación del activo de la herencia, especificando cuotas abstractas en derechos concretos, sustituyendo las cuotas o derechos que tienen los coherederos en la comunidad hereditaria, por la titularidad exclusiva de los bienes o derechos que se adjudican".

Al igual que en la comunidad ordinaria, durante la fase de indivisión, cada uno de los coherederos podrá enajenar su derecho hereditario *in abstracto*⁹⁶, su titularidad sobre la cuota que le corresponde en la masa hereditaria, comprensiva de los bienes, derechos y eventuales deudas del causante.

El Código Civil se ocupa de la misma en el artículo 1531, en el Capítulo VII, del Título II, del Libro IV, bajo la rúbrica "De la transmisión de créditos y demás derechos incorporales", señalando el precepto citado que "el que venda una herencia sin enumerar las cosas de que se compone, sólo estará obligado a responder de su calidad de heredero". Con DÍEGUEZ OLIVA⁹⁷, podemos afirmar que el precepto contempla, como supuestos incardinables en el mismo, los siguientes: cuando el heredero único vende la herencia, cuando el coheredero vende su cuota, cuando el heredero único vende una cuota parte de la herencia y cuando el coheredero vende una cuota parte de su cuota hereditaria. En estos supuestos, "nos encontramos ante la venta de una universalidad, ante la venta de un conjunto de bienes no designados individualmente aunque con respecto a los mismos se haga una enumeración *ad exemplum* de los bienes y derechos que la integran. Precisamente de la especial naturaleza del objeto vendido deriva el especial régimen de responsabilidad del heredero, el cual queda exento de responder por vicios ocultos o por evicción con relación a cada uno de los bienes y derechos que integran la herencia, sino que por el contrario sólo está obligado a responder de su calidad de heredero".

Vendido por un coheredero a un extraño su derecho hereditario antes de la partición⁹⁸, éste ingresará en la comunidad, tal como señaló el Tribunal Supremo en sentencia de 4 de diciembre de 1954⁹⁹, a diferencia de la regulación establecida en Cataluña, que expresamente señala en el artículo 552-3, antes citado, que “cada cotitular puede disponer del objeto indeterminado que le corresponderá en el momento futuro de la división. En este caso, mientras dura la situación de indivisión, el adquirente no se incorpora a la comunidad y, por lo tanto, no puede exigir la división”. Solución que entendemos tiene una evidente finalidad práctica, evitando que el adquirente, extraño a los vínculos familiares que son origen de la situación de comunidad, impida la realización de actos de administración o fuerce al resto de coherederos a realizar la división, contrariando la inicial intención de estos de diferirla.

En estos casos, precisa el artículo 1.067 del Código que “podrán todos o cualquiera de los coherederos subrogarse 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”. El artículo citado regula el llamado retracto de coherederos, que no es sino una subespecie del retracto de comuneros a que se refiere el artículo 1.522 del propio Código.

Del mismo modo, resulta cuestión incontrovertida que todos los coherederos, actuando en conjunto, puede disponer de los bienes de la herencia, aún antes de practicarse la partición del caudal entre los mismos. Así lo reconoce el artículo 209 del Reglamento Hipotecario, al referirse a la cancelación de la anotación preventiva de derecho hereditario, que tendrá lugar, entre otras causas, “cuando la finca o derecho real anotado haya sido transmitido conjuntamente por todos los herederos”; actuación conjunta que viene siendo exigida por la Dirección General de los Registros y del Notariado (hoy de Seguridad Jurídica y Fe Pública) en las múltiples resoluciones que han tratado sobre el particular¹⁰⁰.

Sin embargo, no constituye la enajenación del derecho hereditario o la venta realizada por todos los coherederos conjuntamente el objeto de estas líneas, sino que nos referimos a ellas para diferenciar estas ventas de aquélla que es realizada por un coheredero, sin concurso del resto de integrantes de la comunidad hereditaria, respecto de un concreto bien que forma parte del caudal, y cuya similitud con el acto de disposición realizada por un único copropietario sin consentimiento de los demás es más que evidente, si bien modalizado por la especial naturaleza que hemos visto se atribuye al derecho del heredero antes de practicarse la partición.

En la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, nuevamente encontramos resoluciones contradictorias, negando unas y afirmando otras la validez obligacional de la venta así celebrada.

V.I. SENTENCIAS QUE NIEGAN EFICACIA A LA VENTA CELEBRADA POR UNO SÓLO DE LOS COHEREDEROS SIN CONCURSO DE LOS RESTANTES:

Dentro del primer grupo, podemos señalar la de 18 de marzo de 1980¹⁰¹, que para el caso de una venta realizada sólo por uno de los coherederos, quedando subordinada a la condición de que prestasen su consentimiento todos los propietarios del inmueble, no verificándose esto último, la Sala inadmitió el recurso interpuesto y confirma la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial, que había decretado la nulidad de la venta así celebrada.

En sentencia de 14 de marzo de 1983¹⁰² se resuelve sobre la pretensión de declaración de ineeficacia de un contrato de compraventa celebrado por la viuda del propietario de un inmueble, sin haber realizado previamente la liquidación de la sociedad de gananciales y sin el concurso de la instituida heredera, hija de ambos, que contaba en el momento de celebración de la venta con dos años de edad, declarando la nulidad de pleno derecho del contrato por no haber intervenido en él todos los interesados en la herencia, y negando incluso la posibilidad de que el citado contrato sirviera al adquirente de justo título para la usucapión, al manifestar que ”de la carencia de título de la vendedora, deriva evidentemente que el adquirente, conocedor de aquella carencia de título, ya se sabía, según declaró, que el inmueble vendido no pertenecía a la vendedora, ni le constaba una fehaciente liquidación de la sociedad conyugal y consiguiente adjudicación a la disponente, sabía que el título adquirido, al no ser verdadero y válido, no podía servirle de justo título para prescribir el dominio, según fue equivocadamente admitido por la sentencia de instancia puesto que un contrato inexistente o radicalmente nulo no puede integrar el justo título a que se refiere el artículo mil novecientos cincuenta y dos del Código Civil, ya sea por defecto de forma esencial o por otro defecto sustancial, como lo es la falta de título dominical por parte del transmitente conocido por el comprador en contrato otorgado en perjuicio de tercera persona, a la que se despojó de heredera universal de la misma, en sucesión abierta y acto dispositivo realizado cuando era menor de edad y sin la representación que la ley exige para estos casos, en que el descendiente tiene intereses contrapuestos con los de su ascendiente interesados en la misma herencia”.

Cabe también citar la sentencia de 29 de abril de 1986¹⁰³, que resuelve sobre la pretensión de declaración de nulidad y reintegración de los bienes a la comunidad hereditaria como consecuencia de una venta realizada por una sola de las coherederas; invocando el artículo 399 del Código Civil que reconoce a cada copropietario la libre disposición de su parte, pudiendo en consecuencia enajenarla, cederla o hipotecarla, pero quedando limitado el efecto de la enajenación a la parte que se le adjudique en la división al cesar la comunidad, entiende que ello ”nada tiene que ver cuando lo vendido por una usufructuaria y una de las

copropietarias no es la parte de ésta, sino la totalidad de la finca, por lo que no mediando el consentimiento de las otras partícipes en la comunidad que tampoco ratificaron después el acto realizado, es evidente que va en contra de lo dispuesto en el citado artículo trescientos noventa y nueve del Código civil, incurriendo en sanción de nulidad, nulidad que no es la simple anulabilidad a que se contrae la preceptiva contenida en el artículo mil trescientos del Código civil, y que origina el nacimiento de la acción que, con imprecisión técnica, el artículo mil trescientos uno del repetido Código denomina “acción de nulidad”, desde el momento en que no se ofrece duda racional alguna para proclamar que las convenciones cuya nulidad se postula en la demanda inicial de estas actuaciones no estaban adornadas de los requisitos que el artículo mil doscientos sesenta y uno de nuestro referido Código exige para la existencia del contrato, habida cuenta de que el condómino vendedor no podía prestar consentimiento para la enajenación del pleno dominio de unos inmuebles en los que sólo le correspondían participaciones indivisas”.

En la posterior sentencia de 25 de marzo de 1988¹⁰⁴, se resuelve sobre el ejercicio de una acción reivindicatoria entablada por los coherederos de aquél de ellos que, sin el consentimiento de sus copartícipes, enajenó a sus hijos unas fincas de la herencia indivisa de sus padres y donó a otros hijos otros bienes de la misma herencia, habiendo sido estos contratos formalizados en escritura pública y sirviendo de título previo para lograr la inmatriculación de las fincas en el registro de la Propiedad al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, constando inscritas a favor de terceros, habiendo transcurrido más de dos años desde la fecha de inmatriculación, por lo que ya no regiría la limitación de efectos contemplada en el artículo 207 del mismo cuerpo legal. No quedando acreditado haberse llevado a cabo la partición de la herencia, que podría fin o extinguiría la comunidad hereditaria, concluye la sentencia que “no podía atribuirse al transmitente ni por título oneroso o gratuito, la titularidad dominical de bienes específicos sino la de simples cuotas comunitarias, por lo que el título o títulos otorgados en esas condiciones entre padres e hijos eran nulos o inexistentes por falta de objeto, puesto que se vendía o donaba cosa de la no pertenencia exclusiva del transmitente y con incidencia en la nuclear causa negocial”.

Dentro de este grupo podemos citar, por último, la sentencia de 8 de mayo de 1989¹⁰⁵, en la que nuevamente se solicitaba la declaración de nulidad de un contrato de compraventa celebrada por uno sólo de los coherederos, y no habiendo sido satisfechas las legítimas correspondientes, entiende el Tribunal que “se concluye el carácter de cotitular de todos los bienes hereditarios del legitimario en tanto no se practique la partición de la herencia, en la que ha de respetarse cuantitativa y cuantitativamente la legítima a cuyo pago quedan afectados, entre tanto, todos los bienes relictos, careciendo el heredero testamentario de facultades

dispositivas sobre ellos en tanto subsista la comunidad sin que pueda enajenar por sí solo bienes determinados si no es con eficacia puramente condicional, o sea subordinada al hecho de que la cosa vendida le sea adjudicada en la partición”, de tal manera que, no habiéndose formalizado la partición de la herencia, concluye que ningún heredero podía disponer válidamente de ninguno de los bienes integrantes del caudal, reputando la vena así realizada nula de pleno derecho.

Introduce la sentencia citada un criterio, el de la condicionalidad, que si bien no concurre en el caso planteado, sí podría servir de base a la transmisión formalizada en aquellos supuestos en que la venta se realizara bajo la condición de que efectivamente el bien o derecho transmitido pase a integrar el patrimonio del enajenante precisamente a resultas de la partición practicada. Celebrada la venta por un solo coheredero, supeditada a la condición de que efectivamente lo vendido le sea definitivamente adjudicado a éste, surtirá todos sus efectos desde que se produzca el evento, de conformidad con el artículo 1.114 del Código. Más adelante insistiremos sobre este punto.

V.II. SENTENCIAS QUE ADMITEN LA VALIDEZ, A EFECTOS OBLIGACIONES, DE LA VENTA CELEBRADA EN ESTOS CASOS:

Otro grupo de sentencias, en cambio, sí admiten eficacia a la venta de cosa común realizada por uno sólo de los coherederos, partiendo del carácter consensual del contrato de compraventa.

La sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1958¹⁰⁶ expresamente señala en su Considerando Primero que “dado el carácter puramente consensual que, conforme a los claros términos de los artículos 1.445 y 1.450 del Código Civil, tiene en nuestro Derecho positivo el contrato de compraventa, la validez, del mismo es forzoso admitirla desde el momento en que se perfecciona por el consentimiento de los contratantes sobre la cosa y el precio, pues desde entonces surgen las respectivas obligaciones de las partes, sin que el hecho de que la cosa no sea de la propiedad del vendedor impida el nacimiento de la obligación que asume de entregarla, porque ello, que únicamente afecta a la consumación del contrato, podrá determinar, en sustitución de aquélla, la obligación de indemnizar daños y perjuicios por el incumplimiento”; admite en consecuencia la validez de la venta así celebrada y lo hace tomando como precepto regulador de su admisibilidad el artículo 399 del Código Civil, que aunque en sede de comunidad ordinaria, entiende el Tribunal puede estimarse también aplicable en el ámbito de la comunidad hereditaria, aun sin desconocer las notorias semejanzas jurídicas entre ambos tipos de comunidad, de tal manera que “el heredero podrá, incluso en estado de indivisión, enajenar por sí mismo no sólo la porción o cuota ideal

que le corresponde en el as hereditario, sino igualmente las cosas determinadas comprendidas en el caudal relicto, si bien con eficacia puramente condicional, o sea subordinada en todo caso al hecho de que la cosa vendida le sea adjudicada en todo o en parte en las operaciones divisorias”.

En sentencia de 27 de mayo de 1982¹⁰⁷ se resuelve sobre la validez de un contrato de compraventa celebrado por una sola de las coherederas de ocho fincas adquiridas por herencia de sus padres, admitiendo el Tribunal su validez sobre la base de la admisibilidad en Derecho español de la venta de cosa ajena, desestimando la pretensión de que se declare la nulidad o alternativamente la anulabilidad del contrato, entendiendo que si por aplicación del artículo 1.068 del Código Civil “solamente por consecuencia de adjudicaciones llevadas a cabo en particiones legalmente hechas es cuando los herederos pueden tener atribución dominical de bienes concretos pertenecientes a la herencia, y consiguiente comunidad hereditaria, afectada por la actividad particional, de manera que mientras esas adjudicaciones no sean realizadas, y adecuadamente aprobadas en su caso, no puede reconocerse dominio concreto sobre bienes pertenecientes a dichas herencia y comunidad hereditaria, de ello lo único que cabe deducir, de hecho y jurídicamente, es que el coheredero al que se adjudiquen determinados bienes por consecuencia de la partición legalmente realizada no vienen afectados en su dominio sobre los mismos por los actos de compraventa que con relación concreta a ellos haya efectuado otro coheredero, como ha sucedido en el presente caso, pero no que esa compraventa carezca de validez y consiguientes efectos entre el vendedor y el comprador, toda vez que el tan referido carácter meramente obligación que tiene en nuestro Derecho”.

Resultan dos conclusiones fundamentales de esta sentencia. De un lado, la admisión de la validez de la venta así celebrada, productora de efectos obligacionales entre vendedor y comprador, con fundamento en la tradición romanista de nuestro Derecho que atribuye eficacia y validez a la venta de cosa ajena. De otro, la inoponibilidad de la venta así celebrada al coheredero distinto del vendedor que, a resultas de la partición hereditaria, ha devenido adjudicatario total o parcialmente del bien transmitido. Éste no se verá obligado en virtud del contrato celebrado; a lo más, podría interponer una acción declarativa de dominio para reforzar su situación jurídica, pero no será despojado de su derecho de propiedad, salvo que el coheredero vendedor adquiera el bien o participación indivisa del mismo por un acto jurídico celebrado con el consentimiento del coheredero no interviniente.

En sentencia de 31 de enero de 1994¹⁰⁸, ante una venta celebrada por los coherederos que se adjudicaron el dominio de una finca, resultando que, posteriormente, tal adjudicación fue declarada nula, y ante la solicitud de declaración de nulidad del contrato celebrado, razona el Tribunal Supremo que “cabe dentro

de la congruencia estimar la validez del contrato como simplemente generador de obligaciones y declararlo así incluso frente a doña Amanda (ajena al contrato), (...) siendo tal pronunciamiento además “necesario porque las especiales circunstancias del caso sin lugar a dudas plantearán problemas de accesión o de incremento del valor del caudal partible”. Es meritorio destacar que, en el caso planteado, por la propia parte compradora renunció a su consideración como tercero hipotecario protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, pues entre la fecha del contrato privado de compraventa y su posterior elevación a público e inscripción registral, accedió al Registro de la Propiedad anotación de demanda por la coheredera perjudicada por la partición en su día realizada (circunstancia que, por otro lado, se advertía en el propio contrato de compraventa y sus complementarios), enervando con ello cualquier concurrencia de buena fe en el adquirente.

Podemos observar cómo tratándose de actos de disposición realizados por uno sólo de los coherederos sin concurso de los demás, se reproducen los mismos argumentos jurisprudenciales tanto para admitir como para negar validez a los mismos. La admisibilidad de la venta de cosa ajena se erige como *ratio decidendi* principal en estos casos, siendo plenamente extrapolables las consideraciones expuestas a propósito del acto de enajenación realizado por uno sólo de los copartícipes en comunidad ordinaria sin la anuencia del resto de copropietarios, sin duda, por los evidentes paralelismos entre comunidad ordinaria y comunidad hereditaria, que ante la ausencia de regulación legal de esta última, puede perfectamente encuadrarse como un subtipo de la primera.

Será, en consecuencia, válida a efectos obligaciones la venta celebrada por uno sólo de los coherederos y el comprador conocedor de tal circunstancia podrá exigir del transmitente la efectiva ejecución del contrato; por las mismas razones ya expuestas, consideramos que también podrá exigir el cumplimiento efectivo el comprador de buena fe, aquél que desconoce que la cosa vendida no es de la exclusiva propiedad del coheredero vendedor. Y será inoponible para el resto de partícipes de la comunidad hereditaria, ajenos al acto dispositivo, pues no podrán ser desposeídos por el acto de enajenación de su copartícipe con extralimitación de sus propias facultades dispositivas.

Reiteramos la argumentación antes expuesta sobre la norma que, a nuestro juicio, sirve para justificar en nuestro Derecho la validez del acto dispositivo así celebrado. Será el precepto contenido en el último inciso del artículo 399 del Código Civil la norma reguladora de tal situación, proclamando la admisibilidad de la venta así celebrada, pero quedando supeditada o limitada, dice el Código, a la parte que se le adjudique en la división.

Esta expresión se ha querido interpretar por alguna de las sentencias citadas como si de una venta sujeta a condición suspensiva se tratara. Sin embargo, ello no es enteramente cierto.

Como hemos visto, la venta debe reputarse válida y generadora de obligaciones. El coheredero, además de poder disponer de su cuota hereditaria, podrá realizar actos dispositivos respecto de bienes concretos que, si fueren adjudicados al coheredero disponente, desplegarán plena eficacia jurídico-real; en caso contrario, el vendedor (salvo que adquiera el bien del coheredero adjudicatario) no podrá dar cumplimiento al contrato, pudiendo el comprador instar la resolución del contrato y pedir la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados. No se supedita a la realización de un hecho futuro e incierto la eficacia del contrato. Éste es válido y eficaz en el plano obligacional desde el momento de su celebración, sin perjuicio de que sí queda supeditada a que se adjudique el bien enajenado en la partición al coheredero vendedor la plena producción de efectos en el plano jurídico-real.

Ello no es óbice para que pueda celebrarse una compraventa bajo condición de que efectivamente uno sólo de los copropietarios adquiera el resto de participaciones de sus condueños, expresamente admitida por el Tribunal Supremo en sentencia de 3 de febrero de 2009¹⁰⁹.

Podría plantearse si, en tales casos, estamos ante lo que se denomina una *emptio rei speratae* que, a juicio de BADENES GASSET¹¹⁰ tendría por objeto aquellas cosas “que no tienen existencia real y positiva en el momento en que se presta el consentimiento para contratar sobre ellos, esto es, cosas corporales o incorporales (derechos, créditos) que todavía no existen, *in rerum natura*, en algún sujeto, pero que pueden nacer”. Se trataría de un contrato consensual que, como tal sólo generaría obligaciones para el caso de que la cosa efectivamente llegue a existir, o en nuestro caso, si llega a ser de la propiedad exclusiva del coheredero enajenante.

Sin embargo, no podemos incardinarn la venta así celebrada en esta modalidad contractual, pues sus presupuestos y efectos difieren sustancialmente. En efecto, en la venta de cosa futura, se desconoce si la cosa llegará efectivamente a existir; en la compraventa celebrada por uno solo de los coherederos, la cosa tiene existencia actual y física, sin perjuicio de que la incertidumbre resida en si llegará a ser del dominio exclusivo del vendedor por habérsela éste adjudicado en la partición. Por sus efectos, en la *emptio rei speratae*, si la cosa no llega efectivamente a existir o nacer, las partes no se deberán recíprocamente nada, pues el contrato se celebra atendiendo precisamente a esa posibilidad; en cambio, tratándose del caso objeto de estas líneas, hemos visto cómo la jurisprudencia reconoce plena eficacia obligacional al contrato de compraventa celebrado por un solo condueño con conocimiento por el comprador de tal circunstancia, lo que

nosotros también hacemos extensivo a aquél que lo es de buena fe, es decir, con desconocimiento de la ajenidad parcial de lo transmitido, sin perjuicio de la facultad de instar la resolución contractual en el caso de que el vendedor no pueda entregar aquello a lo que se había comprometido.

En realidad, el contrato de compraventa así celebrado no debe reducirse a una venta sujeta a condición suspensiva, ni buscar su encaje en otras figuras atípicas. Sus efectos son los propios que nuestro ordenamiento reconoce al contrato de compraventa, como contrato consensual y generador de obligaciones, que supedita la producción de eficacia jurídico-real a la entrega efectiva de lo transmitido por quien tenga pleno poder de disposición para ello; la especialidad debe encontrarse, por tanto, en la singularidad que ofrece la comunidad hereditaria, entendida como un tipo de comunidad ordinaria, si bien dotada de unas especiales características que, en lo que a nosotros afecta, viene determinada, según MURGA FERNÁNDEZ¹¹¹ porque durante la indivisión cada partícipe ostenta un derecho sobre la herencia que no se concreta sobre bienes específicos. Será en el momento de llevarse a cabo la partición cuando quedará concretado, sobre bienes determinados, el derecho que el heredero ostentaba sobre la universalidad de los bienes que integran la sucesión; en la medida en que el concreto bien transmitido se adjudique al mismo, gozará de pleno poder de disposición para efectuar el traspaso posesorio en que consiste la tradición que, junto con el contrato de compraventa (plenamente válido a efectos obligacionales), provocará la adquisición definitiva por el comprador de la cosa transmitida por el coheredero sin contar con el consentimiento o anuencia del resto de copartícipes de la comunidad.

VI. ACTOS DE DISPOSICIÓN REALIZADOS POR UN COPROPIETARIO ATRIBUYÉNDOSE LA REPRESENTACIÓN DEL RESTO.

VI.I ATRIBUCIÓN FALSA O ERRÓNEA DEL PODER DE REPRESENTACIÓN.

Supuesto radicalmente distinto de los anteriores es aquél en que uno de los copropietarios (o coherederos) de una cosa realiza un acto dispositivo respecto de la misma atribuyéndose, bien falsamente, o bien por error, la representación del resto de condueños.

Para ello, podemos empezar por perfilar el propio concepto de representación. Siguiendo a DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS¹¹², “hay representación cuando se celebra el negocio jurídico por medio de una persona, el representante, que actúa en nombre de otra, el representado, de manera que los efectos se producen siempre de un modo directo e inmediato en la esfera jurídica de este último y nunca en la del representante”; ahora bien, para que esta actuación produzca una eficacia directa en la esfera jurídica del representado se re-

quiere o bien la exteriorización formal de esa autorización para actuar en nombre ajeno, manifestada en un poder de representación, o bien la ratificación *ex post facto* por el representado de la actuación realizada en su nombre.

Nuestro Código Civil no contiene una regulación expresa del instituto de la representación voluntaria, por ello se ha acudido a la normativa dedicada al contrato de mandato para perfilar los contornos de esta figura, pese a las diferencias existentes entre ambas instituciones¹¹³; ello explica que el artículo 1.280.4º, incardinado en el Título II, bajo la rúbrica *De los contratos* exige la constancia en documento público del “poder para contraer matrimonio, el general para pleitos y los especiales que deban presentarse en juicio; el poder para administrar bienes, y de cualquier otro que tenga por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública, o haya de perjudicar a tercero”, de ahí la confusión existente entre mandato y poder¹¹⁴, pues para nuestro Código el poder surge de la única relación jurídica que contempla esa facultad para actuar en nombre ajeno y que tal circunstancia sea conocida de todos.

Pues bien, partiendo de estas premisas básicas, se hace necesario plantear la cuestión de qué régimen de ineficacia es aplicable al acto dispositivo realizado por quien falsamente se atribuye el poder de representación del resto de condueños de la cosa transmitida. El artículo 1.259 del Código Civil se expresa con rotundidad, cuando señala que “ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado o sin que tenga por la ley su representación legal. El contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante”. De un modo terminante también se expresa el artículo 1.714 estableciendo que no podrá el mandatario (entiéndase apoderado) traspasar los límites del poder conferido.

Cabría plantearse si el contrato así celebrado pudiera estar sometido al régimen de la anulabilidad, dada la posibilidad de ratificación posterior y la prohibición de convalidación del acto o negocio nulo¹¹⁵. En nuestra opinión, el régimen de la anulabilidad no encaja bien con el negocio celebrado en las circunstancias que comentamos, por cuanto implicaría un plazo para el ejercicio de la acción de anulabilidad (el de cuatro años del artículo 1.301 del Código Civil) que comadecía mal con la falta de poder de legitimación de quien celebra un contrato sin ostentar el poder de representación de aquél en cuyo nombre afirma actuar, de tal modo que transcurrido el mismo, no cabría el ejercicio de la misma. Tampoco concurren, a nuestro juicio, en el contrato así celebrado, los requisitos contenidos en el artículo 1.261 y, en concreto, el del consentimiento de la parte contratante que aparece representada por quien carece de poder o atribuyéndose falsamente la representación del mismo. Ciertamente, concurre el consentimiento de este último, pero el falso representante no es parte en el contrato celebrado.

La posibilidad de ratificación sana el defecto de falta de legitimación para actuar en la esfera jurídica del representado, pudiendo éste prestar su consentimiento al negocio celebrado también con posterioridad a su formalización¹¹⁶, pues no hay exigencia legal que imponga, excluyendo la posibilidad de una ratificación posterior, que la actuación del representante venga amparada por una declaración de voluntad del representado en tal sentido que sea previa o simultánea a la celebración del contrato.

Este es el criterio que ha mantenido nuestro Tribunal Supremo, pudiéndose citar, por todas, la sentencia de 29 de enero de 1945¹¹⁷, la cual señala que “que si bien el apartado segundo del art. 1.259 del Código Civil dice que el contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su representación legal será nulo, y esta nulidad en principio es equiparable a la inexistencia, como ese mismo artículo y el 1.727 admiten que el negocio concluido a nombre del representado, sin poder de representación o con extralimitación, puede ser ratificado por la persona a cuyo nombre se otorgó, esta posibilidad de ratificación imprime, un carácter especial al negocio en que la representación interviene, naciendo de él un negocio jurídico en estado de suspensión subordinado a una *conditio iuris*, de tal modo que si la ratificación se da, se considerará el negocio como válido y surtirá efecto desde el principio a favor y en contra del representado”.

Así pues, el contrato celebrado por un copropietario sin poder de representación del resto, o atribuyéndose errónea o falsamente la misma, debe reputarse nulo. En consecuencia, debe considerarse que, en tal caso, la acción de nulidad no estaría sometida a ningún plazo de ejercicio y debe entenderse como imprescriptible¹¹⁸, sin perjuicio de su posible ratificación.

Esta sanción de nulidad no hace posible, a diferencia de los supuestos anteriores, la reconducción del supuesto al caso de la venta de cosa ajena. Así lo manifestó el Tribunal Supremo en sentencia de 12 de septiembre de 1988¹¹⁹, en la que se resolvía sobre la validez de una cesión de parte del capital de una mercantil a otra a través de los derechos de suscripción de acciones, mediando una ampliación de capital; el citado contrato de cesión, formalizado en documento privado, no contó con la intervención de la mercantil titular de las participaciones, ni los que intervinieron en dichos acuerdos contaban con su representación.

Cabe pues plantearse, entonces, cuál es el régimen de ineficacia al contrato celebrado por quien falsamente se atribuye la representación de otro o actúa sin poder de representación.

La sentencia de 25 de junio de 1946¹²⁰ se inclina por entender que, en tal caso, el contrato es inexistente, afirmando rotundamente en su Considerando Quinto que “no cabe confundir la figura de la ratificación del artículo 1.259 con la de la confirmación del artículo 1.310 del Código Civil, como pretende el recurrente: Primero. En el supuesto del artículo 1.259, que es de inexistencia como tiene

declarado esta Sala, no existe contrato, por falta del concurso del consentimiento, hasta tanto que la misma ratificación no aporta el de la persona a cuyo nombre se contrató, mientras que, en la confirmación, el contrato existe, conforme a lo preceptuado en el artículo 1.310, por darse en él todos los requisitos esenciales para su validez". También aboga por aplicar el régimen de la inexistencia la sentencia de 12 de junio de 1947¹²¹.

Por su parte, la sentencia de 8 de octubre de 1962¹²² entiende, ante un caso de poder testitorio que, habiendo caducado el mismo, desde la fecha de caducidad "no pudo la comisaria hacer uso dicho poder por la razón de que ya no lo ostentaba, requisito de la subsistencia del poder indispensable para actuar a nombre de otro sin estar por éste autorizado, tal contrato es nulo, a tenor del artículo 1.259 del Código Civil, nulidad equiparable a la inexistencia por falta de consentimiento, dado que la comisaria cuando dispuso del caudal matrimonial no tenía poder de su marido para ello, por haber caducado el que la confirió, por lo que la consecuencia natural y lógica de la caducidad del poder testitorio es la nulidad radical y de pleno derecho de las donaciones realizadas en virtud de dicho poder cuando ya no existía". En el mismo sentido, las sentencias de 29 de marzo de 1963¹²³ y 1 de octubre de 1990¹²⁴ que resuelve la cuestión planteada bajo la afirmación de que quien suscribió el contrato de compraventa "actuó como vendedor en el contrato, declarando estar, directamente, apoderado al efecto por los propietarios del inmueble", careciendo "de la representación que dijo ostentar, reseñando en el propio documento de venta un poder notarial con acabado detalle —notario autorizante, número del protocolo y fecha— que fácilmente permitía al comprador una verificación inexplicablemente omitida por éste, amén de la más elemental investigación en el Registro, tan usual en estos casos, y que, por consiguiente la relación jurídica de la que el comprador demandado pretende derivar su derecho, está incursa en la nulidad prevista en el artículo 1.259 del Código Civil, una vez que permanece también viva la aseveración del Juzgador de que, el propietario, supuestamente representado en el documento de venta, no llevó a cabo acto alguno que pueda ser calificado como de ratificación de lo convenido en aquel documento".

En esta línea jurisprudencial, citamos finalmente la sentencia de 9 de octubre de 2008¹²⁵. En ella, se plantea la cuestión de la nulidad del negocio jurídico celebrado en representación sin poder. Señala que "El negocio jurídico precisa como elementos esenciales el consentimiento, objeto y causa, conforme al artículo 1261 del Código civil; en la representación sin poder, falta el elemento del consentimiento porque el falso representante no emite su declaración de voluntad sino que lo hace en nombre de otro, y éste, el seudorepresentado tampoco la emite porque nunca dio poder de representación: es, pues, un negocio jurídico inexistente, terminología o incluso concepto que se confunde con nulidad y tam-

bién se identifica una y otra o se incluye la primera en la segunda; así, cuando se da la ratificación, se completa con el consentimiento aquel negocio jurídico que, de inexistente (o nulo) pasa a ser existente, válido y eficaz”.

Sin embargo, tal régimen no es uniforme en la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, quien en sentencia de 10 de junio de 2002¹²⁶ se inclina por entender que el contrato así celebrado es anulable, dada la posibilidad de ratificación posterior.

La aplicación del régimen de la ineffectuación o nulidad radical implicaría la imposibilidad de que el comprador adquiriera el dominio de la cosa por prescripción ordinaria; y en tanto no haya transcurrido el plazo para la adquisición por usucapición extraordinaria y se declare judicialmente el dominio del actor en tales supuestos, el dueño de la cosa cuya falsa representación otro se ha atribuido podrá ejercitarse la acción de nulidad.

Poco probable será también la consolidación de una adquisición *a non dominio*, partiendo del juicio de suficiencia que realiza el notario autorizante del título¹²⁷ y la calificación registral de la congruencia entre el poder invocado y el acto o negocio formalizado¹²⁸.

VI.II. EL SUPUESTO DEL REPRESENTANTE APARENTE.

Todo lo señalado hasta ahora debe matizarse si nos encontráramos ante un supuesto de representación aparente. Al igual que ocurre en el supuesto anterior, la persona que actúa en nombre de otra lo hace sin poder de representación o incluso habiéndose este ya extinguido, pero bajo la apariencia externa de ostentar las facultades encomendadas que hacen razonablemente considerar a la otra parte contratante que el poder existe y subsiste en todos sus términos.

Entre las causas de extinción del contrato de mandato (aplicables al negocio de apoderamiento, habida cuenta la regulación que ofrece nuestro Código Civil, según hemos hecho referencia anteriormente) se encuentran las siguientes, conforme al artículo 1.732:

- “1.º Por su revocación.
- 2.º Por renuncia del mandatario.
- 3.º Por muerte o por concurso del mandante o del mandatario.
- 4.º Por el establecimiento en relación al mandatario de medidas de apoyo que incidan en el acto en que deba intervenir en esa condición.
- 5.º Por la constitución en favor del mandante de la curatela representativa como medida de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, a salvo lo dispuesto en este Código respecto de los mandatos preventivos¹²⁹.

Pese a esta enumeración de causas de extinción del poder conferido, el artículo 1.738 contiene una regla de salvaguarda de los terceros que hayan contratado con él de buena fe, ignorando la muerte del mandante u otra cualquiera de las causas que hacen cesar el mandato; y no sólo de los terceros, sino también del propio mandatario que actúa confiando en la subsistencia del poder¹³⁰. La invocación del precepto citado, para salvar el negocio celebrado amparado en la creencia de la subsistencia del poder, no será siempre fácil dadas las dificultades probatorias inherentes a la consecución de la certeza de que concurre un determinado estado subjetivo en la persona del apoderado o de aquél con quien éste contrate.

En efecto, compartimos la opinión de GUTIÉRREZ JEREZ¹³¹ cuando afirma que “como elemento estructural, consideramos que es exigible tanto en el apoderado como en el tercero que contrata con él, ya que de otra forma otorgaríamos carta de naturaleza a negocios jurídicos afectados de nulidad por inexistencia de voluntad”.

Esta concurrencia del requisito de la buena fe constituye la *ratio decidendi* en las distintas sentencias en las que nuestro Tribunal Supremo ha tenido la ocasión de pronunciarse a este respecto. De manera incidental lo hace la sentencia de 25 de junio de 1990¹³²; y analizando un supuesto en el que habiéndose constituido una hipoteca por un cónyuge en nombre y representación de su esposa, y pactándose además fianza personal, solidaria e ilimitada, en garantía de la deuda personal derivada del préstamo, se instó y se decretó la nulidad de la referida hipoteca, pero conservando validez el negocio de préstamo y la fianza personal solidaria. Recurrida en casación la sentencia de la Audiencia Provincial que confirmaba la del Juzgado de Instancia, declarada el Tribunal en sentencia de 24 de octubre de 2008¹³³ que “lo realizado por el mandatario tras las extinción del mandato es nulo (artículo 1259 CC) y como tal no vincula al mandante (artículo 1727 CC) y deja al mandatario como responsable frente al tercero (artículo 1725 CC). La excepción a la regla general viene dada por el citado artículo 1738 que exige, no obstante, la concurrencia de dos condiciones: en primer lugar, que el tercero con el que contrata haya actuado de buena fe; esto es, que desconociera la anterior extinción del mandato; y en segundo lugar, que el mandatario, en el momento de hacer uso del poder, ignorara la muerte del mandante u otra cualquiera de las causas que hacen cesar el mandato. Siendo necesaria la concurrencia de ambas condiciones para la validez del negocio, es claro que en el caso presente concurría la primera pero no la segunda, pues ni siquiera se ha discutido que el mandatario, en el momento de actuar como tal, conocía el anterior fallecimiento del mandante; de modo que la tesis sostenida en el recurso en aras a la ultra actividad del mandato por razón exclusivamente de la buena fe del tercero resulta incompatible con el propio texto de la norma”.

En el mismo sentido que la anterior, la sentencia de 13 de febrero de 2014¹³⁴ desestimó el recurso de casación interpuesto por el que se solicitaba la declaración de nulidad de una venta y cancelación de las inscripciones registrales practicadas en contrato celebrado en virtud de poder notarial, el cual se hallaba extinguido por fallecimiento de los poderdantes, circunstancia conocida por el mandatario. También, para un caso en que el Juzgado de Instancia decretó la nulidad de una hipoteca cambiaria por haber sido otorgada la escritura con posterioridad a la revocación del poder; recurrida en apelación, la Audiencia estimó el recurso por entender que el artículo 1.738 es un precepto que otorga protección a los terceros de buena fe, sin necesidad de que concurra buena fe en la persona del mandatario, al haber actuado aquéllos confiados en la apariencia objetiva del mandante, la sentencia de 22 de enero de 2015¹³⁵ declara, en base a los antecedentes jurisprudenciales de la misma Sala, que “el artículo 1738 del Código Civil en el sentido de exigir para su aplicación la concurrencia de dos condiciones: en primer lugar, que el tercero con el que contrata el mandatario haya actuado de buena fe, o sea que desconociera la anterior extinción del mandato, condición que se da en el supuesto que enjuiciamos; y en segundo lugar, que dicho mandatario, en el momento de hacer uso del poder, ignorara la muerte del mandante o la concurrencia de cualquier otra de las causas que hacen cesar el mandato, condición esta que no concurre en el presente supuesto en el que el mandatario usó el poder cuando le había sido debidamente notificada su revocación. Por ello la tesis de la sentencia, en aras a la ultra actividad del mandato por razón exclusivamente de la buena fe del tercero resulta incomprensible con el propio texto de la norma y doctrina de la Sala que lo interpreta”.

Finalmente, la sentencia de 19 de julio de 2018¹³⁶ parte del siguiente supuesto de hecho: se cuestiona la validez jurídica de una hipoteca constituida para garantizar un préstamo personal formalizado en virtud de poder otorgado diecisiete años del otorgamiento de la escritura de constitución, resultando que dicho apoderamiento trae origen de una relación sentimental entre poderdante y apoderado, la cual cesó varios años antes de la celebración del referido negocio, el cual no fue formalmente revocado. La sentencia de instancia entendió el poder tácitamente revocado y ordenó la cancelación de la inscripción de hipoteca en el Registro de la Propiedad. Formulado recurso de apelación, el mismo fue desestimado. El Tribunal Supremo, en la sentencia citada, estima tácitamente revocado el poder y, en cuanto a la pretensión de que el negocio así formalizado surta efectos respecto del tercero que ha contratado de buena fe, ignorando la extinción del mandato, vuelve a reiterar su doctrina anterior, dando especial relevancia al carácter sospechoso del poder, otorgado diecisiete años de la formalización de la escritura de constitución de hipoteca que, además, no se formalizaba para garan-

tizar la adquisición de la misma finca hipotecada, sino que lo hacía en garantía de una deuda personal del apoderado.

En realidad, estamos ante un supuesto de autocontratación que bien podría haberse salvado con el juicio notarial de suficiencia por el notario autorizante en caso de que el poder se extendiera también a negocios del representante consigo mismo, extremo inevitablemente sujeto a calificación registral, como resulta, entre otras, de la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de junio de 2013¹³⁷.

El Centro Directivo también ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este particular en varias ocasiones, constituyendo criterio determinante en la solución de los distintos recursos gubernativos resueltos la efectiva concurrencia del requisito de la buena en la subsistencia del poder y qué diligencia es exigible a este respecto.

La resolución de 8 de febrero de 2019¹³⁸ conoce del recurso planteado ante la nota de calificación que declara no inscribible la operación documentada por constar acreditado, a juicio del registrador, que el apoderado había sido notificado de la revocación del poder en cuya virtud actúa, dándose la circunstancia que la revocación tuvo entrada en el Registro con posterioridad a la fecha del asiento de presentación del título, por lo que no debió tenerse en cuenta por aplicación de las reglas de prioridad registral. En la escritura constaba la reseña por el notario de los datos del documento auténtico exhibido para acreditar la representación y el correspondiente juicio de suficiencia, pero se da la circunstancia de que la escritura de revocación de poder fue notificada en domicilio del apoderado en la persona de su madre, haciendo altamente probable que aquél tuviera conocimiento de la misma, pero ello, a juicio de la Dirección General no equivale a certeza absoluta de que el apoderado ha conocido el hecho de la revocación. Añade la resolución que “aquí los efectos de la notificación no se despliegan en perjuicio del propio apoderado, sino de un tercero. Se añade a ello la idea de que el poderdante, al emitir un poder cuya circulación le va a reportar unas ventajas en el tráfico, genera unos riesgos que debe asumir él, y no los terceros de buena fe con quienes se contratare. Y todo esto debe conducir a una forma diferente de ponderar los hechos y sus efectos en la esfera jurídica de los interesados. Porque, en la interpretación y aplicación del artículo 1738 del Código Civil, no parece razonable entender que el conocimiento por el apoderado de la revocación, que literalmente exige dicho artículo como fundamento de la eficacia de la misma en perjuicio del tercero de buena fe, pueda equipararse a la omisión de la diligencia exigible en general al notificado para conocer la notificación practicada. Más bien, parece que debe interpretarse que sea la buena fe subjetiva, es decir el hecho de que efectivamente el apoderado conociera la revocación, lo que determine

la ineficacia del poder y por tanto la nulidad del contrato formalizado en uso del mismo”.

Pese al evidente riesgo de judicialización del caso planteado, la Dirección General opta por no exigir una diligencia especial al apoderado, bastando la concurrencia en el mismo de una buena fe subjetiva, que exigiría que el apoderado hubiera tenido cumplido y exacta conocimiento de la revocación del poder, criterio que reitera en resolución de 20 de septiembre de 2021¹³⁹. Sin embargo, esa diligencia especial sí se exige al apoderado cuya revocación consta publicada en el Boletín Oficial del Registro Mercantil. Entiende el Centro Directivo, en su resolución de 26 de julio de 2023¹⁴⁰, apoyándose en el artículo 1.219 del Código Civil, que constando publicado el hecho de la revocación, el contenido de la inscripción es oponible a la parte compradora en el título calificado. Añade que “Cuestión distinta es que, al no haber transcurrido el plazo de los quince días siguientes a la publicación en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil», la revocación del poder inscrita y publicada no sea oponible a la compradora si prueba que no pudo conocerla (cfr. artículos 21, apartado 2, del Código de Comercio, y 9, apartado 2, del Reglamento del Registro Mercantil, antes transcritos), de modo que la ahora recurrente tiene abierta la vía jurisdiccional para la defensa de su posición jurídica”.

Esta solución es plenamente acorde con los efectos de cognoscibilidad general que el ordenamiento anuda a la publicidad registral. Sería deseable y contribuiría a reducir sensiblemente la litigiosidad en este ámbito la constancia en el Registro Civil, como hechos y actos inscribibles, de los poderes concedidos por personas físicas y su revocación; sin embargo, no se encuentra ello incluido en la enumeración que de las operaciones susceptibles de provocar una inscripción en el Registro de personas hace el artículo 4 de la vigente Ley del Registro Civil.

Así pues, las consecuencias jurídicas derivadas de la existencia de un *falsus procurator* o de un supuesto de representación aparente difieren sustancialmente. En el primer caso, la jurisprudencia y doctrina niegan validez al contrato así celebrado, entendiéndose mayoritariamente que el contrato es nulo por aplicación del artículo 1.259 del Código Civil; en cambio, tratándose de un representante aparente, la buena fe de éste y del tercero que con él contrata es merecedora de protección y así se consagra en el artículo 1.738 al proclamar la validez del negocio así celebrado.

VI.III. EN LA LLAMADA REPRESENTACIÓN INDIRECTA.

Llegados a este punto, debemos volver sobre nuestros pasos y recordar cómo la sentencia de 28 de marzo de 2012 exigía el conocimiento por el comprador

de la ajenidad parcial de lo transmitido en orden a la aplicación del régimen de la venta de cosa ajena en aquellos supuestos en que un comunero vende, separadamente del resto, la cosa común. También nos planteábamos cuál pudiera ser el motivo que lleva a nuestro Tribunal Supremo a exigir este conocimiento por el comprador en los supuestos objeto de este comentario, separándose del régimen general que para la venta de cosa ajena fijó en su sentencia de 5 de marzo de 2007, admitiéndola con carácter general y con independencia del efectivo conocimiento de la situación de ajenidad, estableciendo como único límite para su validez el supuesto en que medie engaño por parte del vendedor, en cuyo caso cabría la anulabilidad por dolo, existiendo en otro caso la posibilidad de la correspondiente indemnización si la cosa no llegara a entregarse¹⁴¹.

Pues bien, podríamos encontrar un paralelismo en la llamada “representación indirecta”, en cuya virtud el representante actúa por cuenta de su mandante, pero en su propio nombre, con las consecuencias que el artículo 1.717 de nuestro Código Civil anuda a tal proceder y es que, “cuando el mandatario obra en su propio nombre el mandante no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario ha contratado, ni éstas tampoco contra el mandante. En este caso el mandatario es el obligado directamente en favor de la persona con quien ha contratado, como si el asunto fuera personal suyo”. En tales casos, como señalan DÍEZ PICAZO y GULLÓN¹⁴², “frente al tercero, el asunto es como si fuera personal del mandatario y éste es el obligado por el contrato. Hay una ruptura aparentemente total entre las relaciones mandante-mandatario por una parte, y las relaciones mandatario-tercero por otra. El negocio celebrado entre estos últimos sería *res inter alios acta* respecto del mandante”.

Pero el propio precepto complica lo que en su primera parte es consecuencia lógica de la actuación de una persona en su propio nombre, aunque gestione intereses ajenos, que no es otra que la de no poder vincular con sus actos el patrimonio de otro; así añade el precepto la excepción de que se trate de “cosas propias del mandante”.

La interpretación de esta expresión también ha sido variada. DIÉGUEZ OLIVA¹⁴³ la resume señalando cómo para un sector doctrinal debe tratarse de cosas de propiedad del mandante; otros consideran que hay que limitar la excepción a los actos de disposición de bienes muebles, ya que para los bienes inmuebles se exige la identificación del titular de los mismos por aplicación del principio de trato sucesivo; finalmente, la de quienes consideran que la referida expresión engloba los asuntos o negocios del principal, y ello porque las anteriores posturas únicamente admitirían la eficacia de la actuación del mandatario en caso de disponer de un bien del mandante, pero no cuando el negocio celebrado consiste precisamente en la adquisición por el mandatario para que lo adquirido ingrese en el patrimonio del *dominus negotii*.

Advierte BUSTOS PUECHE¹⁴⁴ que “lo decisivo no es la pertenencia de las cosas sino la situación fáctica que revela y de la cual el tercero puede inferir la legítima presunción que le permite aceptar la actuación del mandatario. Fiado en la apariencia que se ofrece a su vista, el tercero acepta contratar con el representante, aun cuando sabe que el obligado será el otro”; por eso, a su juicio, no puede reducirse el ámbito de la excepción a bienes materiales muebles o inmuebles, sino que “lo determinante es el estado fáctico que se ofrece ante terceros y sobre el que se monta la apariencia jurídica que, a la postre, permitirá la actuación eficaz de las partes contratantes. Lo decisivo es que todos conocen ese estado fáctico del que se puede inferir, sin abuso dialéctico, la regularidad de la actuación de unos y otros”.

En efecto, la apariencia ha sido tenida en cuenta en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo para configurar la figura tratada. En sentencia de 8 de junio de 1966¹⁴⁵ señaló que “el párrafo segundo del artículo 1.717 de nuestro Código Civil abre la puerta a una excepción, porque aún cuando el mandatario actúe en nombre propio, como las cosas son del mandante, aparece *ipso facto* el mandato, puesto que el mandatario no puede disponer o actuar con relación a ellas sino con tal calidad, y tanto el mandante como el tercero no pueden tampoco menos de darse cuenta de que se trata de un acto de mandato, solo cuando las cosas sean notoriamente propias del mandante, no cabe titularidad del mandatario, porque se trata de representación directa, de *contemplatio domini ex facti circunstantiis sive ex re* o de poder por apariencia, mas cuando las cosas del *dominus* no tienen notoriedad suficiente para montar un poder por apariencia, sólo existirá una responsabilidad *adjectitia qualitatis*, una *actio de in rem verso* para reclamar no las obligaciones del contrato al *dominus*, sino sólo el enriquecimiento, supuesto que en general alcanzará aplicación cuando el tercero hubiere tenido conocimiento de que la cosa pertenecía al mandante después de haber contratado con el mandatario”.

También las más recientes sentencias de 22 de abril de 2005¹⁴⁶ y 3 de enero de 2006¹⁴⁷ inciden en que, en estos supuestos se genera una *contemplatio domini tacita*, fundada en el hecho de que el tercero contratante efectivamente conozca tal situación.

Si tenemos en cuenta lo anterior, podemos distinguir ciertamente aquellos supuestos en que uno de los copropietarios o coherederos actúa en nombre del resto de condueños enajenando la cosa común atribuyéndose falsamente o por error su representación, de aquellos otros en que este condómino actúa efectivamente por cuenta del resto, pero en su propio nombre.

En tal caso, la línea de separación entre la aplicación del régimen de la venta de cosa ajena y el instituto de la representación indirecta no será fácil de fijar, dependiendo de las situaciones fácticas concurrentes en el concreto supuesto de

hecho. Tratándose de la venta de cosa ajena, el copropietario enajenante estará obligado a adquirir la cosa para entregarla al comprador en base a las obligaciones asumidas en el contrato, determinando el incumplimiento de la referida obligación la resolución del contrato con resarcimiento de daños y perjuicios, en su caso; en la llamada representación indirecta, por su parte, el negocio celebrado surtirá efectos en la esfera jurídica del mandante, siendo éste el obligado, y un eventual incumplimiento determinará las mismas consecuencias que en el supuesto anterior, con una fundamental diferencia por cuanto, en tal caso, si bien no existe un criterio uniforme en la jurisprudencia, como resulta de la citada sentencia de 22 de abril de 2005, debe aclararse cuál es la situación en que queda el mandatario con respecto a las personas con quien contrató, inclinándose por la vinculación de éste, con la posibilidad de que se ejercenten acciones contra el mismo.

Tanto en el supuesto de venta de cosa parcialmente ajena como para la aplicación de la excepción contemplada en el artículo 1.717.2 del Código Civil que permitiría la vinculación del *dominus* de lo hecho por el gestor que actúa en su propio nombre, hemos visto cómo la jurisprudencia exige el conocimiento de tal situación por el comprador, porque así lo revele la apariencia o por existir *contemplatio domini*. En el primer caso, el copropietario estará obligado a adquirir la cosa del resto de condueños para culminar el entero proceso traslativo; en el segundo, será el dueño del negocio (en nuestro caso, el resto de copropietarios distintos de aquél que contrató con el tercero en nombre propio) quien estará obligado a efectuar la entrega; pero en ambos casos se exige, como hemos dicho, ese conocimiento efectivo de la ajenidad de lo transmitido, si bien, ciertamente no se encuentra razón para su exigencia en los supuestos de venta de cosa parcialmente ajena, separándose así el propio Tribunal de su doctrina, como antes advertíamos.

Una vez más, la solución dependerá de las circunstancias de hecho, pero merece la pena detenerse en esa exigencia que hemos reiterado de conocimiento por el comprador del hecho de la ajenidad parcial y del paralelismo con el supuesto de la representación indirecta, que exige, como hemos visto, el conocimiento de esa situación por aquellos que contratan con el gestor, resultando que una de las características del instituto de la representación indirecta es la voluntad del dueño del negocio de permanecer oculto a aquéllos que contratan con el mandatario; de esta manera, será ciertamente complicado que éstos tengan conocimiento de su existencia y, en consecuencia, de la relación mandante-mandatario.

Será extremadamente difícil vislumbrar cuándo estamos efectivamente ante un caso de venta parcialmente ajena de aquellos otros en que un representante indirecto concierta la venta de una cosa poseída en común, pero en su propio nombre y que, posteriormente, el resto de copropietarios no estén de acuerdo con

las gestiones realizadas o se arrepientan de los acuerdos alcanzados. Ciertamente la similitud entre ambos supuestos es más que evidente. Puede argumentarse que el mandatario no puede traspasar los límites del mandato, pero determinar cuáles sean esos límites será ardua tarea cuando esa representación no esté documentada.

Y, como en una amplia proporción de casos la situación de comunidad traerá causa de lazos familiares o de vínculos afectivos, más o menos intensos, no debe reputarse en absoluto extraño que uno sólo de los copropietarios gestione los intereses del resto pero actuando en nombre propio, confiando no ya el tercero, sino él mismo de que lo actuado por él será aceptado por sus mandantes, que han depositado en aquél el encargo de celebrar la venta de la cosa común.

Incluso los efectos, para el caso de incumplimiento, serán similares en cuanto a la posición del comprador con respecto a la cosa adquirida, pues ya habíamos señalado anteriormente cómo la jurisprudencia se pronuncia con desfavor a que el comprador adquiera menos derechos en la cosa transmitida de aquéllos que inicialmente deseaba obtener e, igualmente, no se muestra partidaria de que éste ingrese en la comunidad, siendo un extraño que pudiera entorpecer o dificultar enormemente la realización de actos de administración sobre la cosa. En la representación indirecta, siendo el que actúa en nombre propio copropietario de la cosa transmitida y actuando en interés del resto de condueños, no encontramos razones para encontrar una solución distinta, pues es evidente que en caso de incumplimiento se habrá frustrado la finalidad perseguida por el contrato, que no es sino la adquisición de la cosa en su totalidad.

Cabe señalar, finalmente, que al tratarse de actos de enajenación, en estos supuestos de representación indirecta no existirán problemas para su constancia registral, toda vez que los bienes consten inscritos a nombre del dueño del negocio¹⁴⁸, dado que “no será necesaria la previa inscripción o anotación a favor de los mandatarios, representantes, liquidadores, albaceas y demás personas que con carácter temporal actúen como órganos de representación y dispongan de intereses ajenos en la forma permitida por las leyes”, conforme al artículo 20.4º de la Ley Hipotecaria.

VII. CONCLUSIONES.

- I. El carácter consensual del contrato de compraventa, cuyos efectos, con independencia de la finalidad perseguida en el mismo, se limita a generar obligaciones para las partes ha servido de base para abrir paso a una corriente jurisprudencial que con acierto, a nuestro juicio, reconduce

- los supuestos de venta por un copropietario o coheredero aisladamente al régimen de la venta de cosa ajena, siquiera sea parcialmente.
- II. La jurisprudencia ha sido vacilante a este respecto y desde la declaración de nulidad bien por falta de objeto (al ser la cosa ajena), bien por falta de consentimiento, ha optado finalmente por aplicar el régimen de la venta de cosa ajena en estos supuestos, si bien vemos cómo en sentencias posteriores aún parece titubear sobre el concreto régimen de ineficacia al que, en su caso, pudiera estar sometido el negocio.
- III. Pero la validez del contrato así celebrado dependerá de la postura que se acoja en cuanto a la naturaleza jurídica de estas situaciones de indiscusión y de cómo la regulación de nuestro Código Civil ofrece soluciones tanto como para facilitar la consumación del contrato como para optar por su resolución en el caso de que el incumplimiento de éste sea imposible o no concurra la voluntad de todos los interesados.
- IV. Y es que, afirmando el encaje del supuesto estudiado en los casos de venta de cosa ajena, ello no modifica el régimen que en materia de disposición de la cosa común previene el Código en su artículo 397. La unanimidad es exigida en estos casos, de conformidad con el citado precepto, debiendo interpretarse la norma contenida en el párrafo 2º del artículo 399 del Código Civil como la reguladora de aquellos supuestos de comunidad que podemos calificar de “universal”, por recaer sobre un conjunto de bienes y derechos y para los que nuestro Código no establece una regulación específica, pues la remisión en su regulación a las normas de la comunidad de bienes, determina que por aplicación de este artículo 399.2 el efecto de la enajenación quede limitado a la parte que se le adjudique en la división al cesar la comunidad, esto es, al realizarse la división y adjudicación del haber partible, en el supuesto de que lo vendido por un único copropietario sea un bien integrante de la comunidad hereditaria.
- V. Fuerza de la regla de la unanimidad o si lo vendido no fuere definitivamente adjudicado al vendedor, lo que así se transmita entrará dentro del régimen de la venta de cosa ajena. Ahora bien, supeditando la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo este concreto régimen jurídico a la circunstancia de que el comprador conozca el hecho de la ajenidad parcial, separándose así del régimen que para la venta de cosa ajena tiene establecido en su propia doctrina.
- VI. Ante un incumplimiento, el comprador podrá exigir desde luego del vendedor que realice todas las acciones conducentes a la consumación del contrato, esto es, que se produzca la tradición que conllevará la adquisición del dominio por efecto de la teoría del título y el modo;

en caso de incumplimiento, siempre podrá optar por la resolución del contrato con el abono de los daños y perjuicios causados. También entendemos que el resto de copropietarios que, en principio son ajenos al contrato celebrado, podrán usar de determinados remedios para evitar no ya la venta de la totalidad de la cosa, pues no puede vincularles lo hecho por uno sólo de los copropietarios, por efecto del principio de relatividad de los contratos, pero sí para evitar la entrada de un tercero extraño a la comunidad, siendo tal medio el ejercicio de una acción declarativa de dominio, además de la posibilidad de utilizar el retracto de comuneros.

- VII. Tratándose de una venta realizada por un coheredero debe llegarse a la misma conclusión, si bien con la particularidad, ya indicada, de quedar limitado el efecto de la enajenación a la parte que se le adjudique en la división, por aplicación del artículo 399.2 del Código Civil, sin necesidad de recurrir a construcciones artificiales para justificar la admisibilidad de la compraventa así celebrada. No estamos ante una venta bajo condición suspensiva que haga valer su eficacia del resultado de una adjudicación hereditaria, ni tampoco en presencia de una *emptio rei speratae*. Es un contrato de compraventa, y como tal, únicamente generador de obligaciones, cuya eficacia jurídico-real quedará superditada a la efectiva entrega de lo vendido al comprador, entrega que no supondrá obstáculos para el coheredero vendedor que se adjudique definitivamente el bien objeto del contrato.
- VIII. Todos estos supuestos tendrán su mayor repercusión cuando se trate de bienes no inscribibles o bien no se solicite su inscripción, pues a efectos registrales, como es lógico la producción de efectos en el plano jurídico-real exigirá, por aplicación del principio de tracto sucesivo, consagrado en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, que todos los condeños participen y consientan en el acto dispositivo, pues sólo a todos corresponde la plena disposición de la cosa, como hemos dicho.
- IX. Supuesto distinto es aquél en que uno de los copropietarios, falsa o erróneamente se atribuye la representación del resto. En estos casos, la jurisprudencia es prácticamente uniforme. Se inclina por aplicar el régimen de la nulidad, derivado de la regla contenida en el artículo 1.259 del Código Civil. Esta solución, lógicamente, debe matizarse en aquellos supuestos de representación aparente, basados en la buena fe del apoderado y del tercero que con él contrato, que desconocen de la existencia de alguna de las causas que hacen extinguir la representación. Hay que reconocer la validez del contrato y el mismo producirá

los efectos que le son típicos, por reconocerlo expresamente el artículo 1.738.

- X. Por último, nos hemos referido a aquellos casos en que el representado se muestra oculto, pues el representante actúa en nombre propio, pero gestionando negocios e intereses de aquél. Es la llamada representación indirecta. Su admisión exige un conocimiento efectivo por el tercero de que el *dominus* es el verdadero interesado en la celebración del contrato. Esta exigencia de *contemplatio domini* acerca estos supuestos a la exigencia jurisprudencial de conocimiento por el comprador del hecho de la ajenidad parcial para la aplicación del régimen de la venta de cosa ajena, planteando serios problemas probatorios deslindar cuándo estamos ante realmente ante un caso de venta parcialmente ajena o cuándo ante un supuesto de copropietario que, actuando en nombre propio, tiene encomendada la enajenación de la cosa común, existiendo entre los condeños desavenencias posteriores a la celebración del contrato en orden a las condiciones pactadas en el mismo. El resultado práctico no diferirá de uno a otro supuesto y, en la mayoría de los casos, ocurrirá precisamente que el copropietario vendedor en realidad actúa gestionando, como dice el artículo 1.717, “cosas propias del mandante”, o lo que es lo mismo, del resto de copropietarios o coherederos que, por distintas circunstancias, no estén conformes con lo actuado por aquél.

VIII. BIBLIOGRAFÍA.

- BADENES GASSET, R., *El contrato de compraventa*. Tomo I. Ed. Bosch, Barcelona, 1979.
- BELTRÁN DE HEREDIA DE ONÍS, P., “La tradición como modo de adquirir la propiedad”, *Revista de Derecho Privado*, febrero 1967.
- BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, “La comunidad de bienes en Derecho español”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1954.
- BUSTOS PUECHE, J.E., “La llamada representación indirecta”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 746, noviembre-diciembre 2014.
- CAMPOS PORRATA, A., “Mandato y representación”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 85, 1932.
- CHAMORRO PIÑERO, S., “Los derechos hereditarios”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 169, 1941.
- CUENA CASAS, M. *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, Bosch, Barcelona, 1996.
- CUENA CASAS, M., “Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil). Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2007. Alcance del ar-

- título 34 de la Ley Hipotecaria en relación con la venta de cosa ajena llevada a cabo por titular registral”, Dykinson, Boletín Oficial del Estado, Corpme, 2008.
- DÍEGUEZ OLIVA, R., “Comentario al artículo 1.531” en *Código Civil comentado, Volumen IV*, dirigido por CAÑIZARES LASO, DE PABLO CONTRERAS, ORDUÑA MORENO y VALPUESTA FERNÁNDEZ, Civitas Aranzadi, Cizur Menor, 2011.
- DÍEGUEZ OLIVA, R., “Comentario al artículo 1.717” en *Código Civil comentado, Volumen IV*, dirigido por CAÑIZARES LASO, DE PABLO CONTRERAS, ORDUÑA MORENO y VALPUESTA FERNÁNDEZ, Civitas Aranzadi, Cizur Menor, 2011.
- DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil, Vol. I. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*. Ed. Tecnos, Madrid, 1995.
- DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil, Volumen II. El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial, Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*. Ed. Tecnos, Madrid, 1996.
- DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil, Volumen IV Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*. Ed. Tecnos, Madrid, 1998.
- DÍEZ PICAZO, L., en *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Vól. I. Introducción. Teoría del Contrato*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007.
- DÍEZ SOTO, C.M., “Comentario al artículo 1.051 del Código Civil” en *Código Civil comentado, Volumen II*, dirigido por CAÑIZARES LASO, DE PABLO CONTRERAS, ORDUÑA MORENO y VALPUESTA FERNÁNDEZ, Civitas Aranzadi, Cizur Menor, 2011.
- ESTRUCH ESTRUCH, J., *Venta de cuota y venta de cosa común por uno de los comunitarios en la comunidad de bienes*, Aranzadi, Pamplona, 1998.
- FERNÁNDEZ CHACÓN, I., “La venta de bienes hereditarios por un coheredero aisladamente”, en *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*, dirigida por GARCÍA SÁNCHEZ, J., vol. 8, BOE, Barcelona, 2017.
- GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J., “Cotitularidad y comunidad. Gesammtre hand o comunidad en mano común”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 221, 1946.
- GARCÍA VALDECASAS, G., “La comunidad hereditaria”, *Anales de la Academia Martitense del Notariado*, VII, pág. 256, 1953.
- GIMÉNEZ ROIG, E., *Transmisión del derecho de propiedad por contrato de compraventa (Condicionada legalmente a la adquisición por el comprador de la posesión en concepto de dueño de la cosa mediante la tradición por el vendedor o supletoriamente mediante la puesta en posesión por el juez, e incondicionada cuando el vendedor está desposeído)*, CORPME, Madrid, 1991.
- GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J., “La comunidad hereditaria”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 75, 1931.
- GORDILLO CAÑAS, A., *La representación aparente (Una aplicación del principio general de protección de la apariencia jurídica)*, Universidad de Sevilla, 1.978.
- GORDILLO CAÑAS, A., “Compra de cosa ajena cuyo precio no llegó a pagar el vendedor non dominus. Traditio sine causa. ¿Adquisición de buena fe? (Comentario a la Sentencia de 5 de mayo de 1983)”, *Anuario de Derecho Civil*, núm. 2, 1984.

- GUTIÉRREZ JEREZ, L.J., “La necesaria concurrencia de la buena fe en relación a la libre disposición de bienes y en cuanto a la actuación mediante apoderado cuando el poder esté extinguido”, *Revista de Derecho Civil*, Vol. VII, núm. 1.
- KARRERA EGIALDE, M.M., “Comentario al artículo 597” en *Código Civil comentado, Volumen I*, dirigido por CAÑIZARES LASO, DE PABLO CONTRERAS, ORDUÑA MORENO y VALPUESTA FERNÁNDEZ, Civitas Aranzadi, Cizur Menor, 2011.
- LARRONDO LIZARRAGA, J.M., *La eficacia del acto dispositivo no unánime sobre bienes de la herencia indivisa*, CORPME, Madrid, 1994.
- MÉNDEZ APENELA, E., “La venta de cosa común por el comunero aislado”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 2, 1992.
- MÉNDEZ GONÁLEZ, F.P., *Evolución institucional de los sistemas de transmisión onerosa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- MIQUEL GONZÁLEZ, “Comentarios a los artículos 397 y 399”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, Tomo V, vol. 2*, dirigido por M. ALBALADEJO, Madrid, Edersa, 1985.
- MORENO MOCHOLÍ, M., “¿Es esencial a la compraventa la obligación de transmitir el dominio?”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 205, junio 1945.
- MURGA FERNÁNDEZ, J.P., *Comunidad hereditaria y Registro de la Propiedad*, Aranzadi, Las Rozas (Madrid), 2024.
- PÉREZ GURREA, R., “Validez de la venta de la totalidad de una cosa común realizada por uno de los comuneros sin consentimiento de los demás: aplicación de la venta de cosa ajena a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2012”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 734, noviembre-diciembre 2012.
- RIVAS MARTÍNEZ, J.J., en *Derecho de sucesiones común y foral. Tomo II*, Dykinson, Madrid, 2009.
- RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *Derecho de sucesiones común. Estudios sistemático y jurisprudencial. Tomo III*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- RODRÍGUEZ TAPIA, J.M., “Comentario al artículo 1.464 del Código Civil” en *Código Civil comentado, Volumen IV*, dirigido por CAÑIZARES LASO, DE PABLO CONTRERAS, ORDUÑA MORENO y VALPUESTA FERNÁNDEZ, Civitas Aranzadi, Cizur Menor, 2011.
- RUBIO GARRIDO, T., “Contrato de compraventa y transmisión de la propiedad”, *Publicaciones del Real Colegio de España*, Bolonia, 1993.
- RUBIO GARRIDO, T., “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2005”, CCJC, núm 70, 2006.
- RUBIO GARRIDO, T., *La partición de la herencia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017.
- VÁZQUEZ DE CASTRO, E., “Comentario al artículo 1.479” en *Código Civil comentado, Volumen IV*, dirigido por CAÑIZARES LASO, DE PABLO CONTRERAS, ORDUÑA MORENO y VALPUESTA FERNÁNDEZ, Civitas Aranzadi, Cizur Menor, 2011.
- YZQUIERDO TOLSADA, M., “Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil). Comentario de la sentencia del tribunal supremo de 28 de marzo de 2012 (2154/2012). La compraventa celebrada por un comunero aisladamente, conociendo el comprador que no todo lo vendido pertenecía al vendedor, es un contrato válido”, Dykinson, Boletín Oficial del Estado, Corpme, 2008.

NOTAS

¹ Así la conceptúa el Tribunal Supremo en sentencia de 3 de marzo de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:799), que al referirse a la acción de división regulada en el artículo 400 del Código Civil señala que “este reconocimiento tan explícito de la acción de división se presenta como aplicación de uno de los principios rectores que informan la comunidad de bienes conforme a su clara orientación romana”.

² RUBIO GARRIDO, T., *La partición de la herencia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 72 y 73, considera que la comunidad hereditaria se inserta “muy claramente en el tronco común de la comunidad romana”, basándose en que cada heredero podrá realizar actos de enajenación o gravamen de su derecho hereditario, que se concretarán, una vez se haga la partición, sobre la parte que corresponda al mismo, así como en la posibilidad de ejercitarse una acción para obtener una declaración judicial que determine la cuota ideal de cada heredero en la comunidad (STS de 16 de diciembre de 1960, ECLI:ES:TS:1960:810).

³ Sin terminar de decantarse sobre si nos encontramos ante una comunidad germánica o una *universitas*, el Tribunal Supremo, en sentencia de 28 de mayo de 2004 (ECLI:ES:TS:2004:3716) señaló que “Antes de la partición, la comunidad hereditaria está formada por el patrimonio hereditario cuya titularidad corresponde a los coherederos conjuntamente; es decir, éstos tienen un derecho hereditario que no está concretado sobre bienes determinados, sino recae sobre el total que integra el contenido de la herencia; es una sola comunidad sobre la universalidad de los bienes y derechos hereditarios. Los titulares, coherederos, lo son del todo considerado unitariamente, sin corresponderles una participación concreta en cada uno de los bienes y derechos”.

⁴ DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil, Volumen IV. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*. Ed. Tecnos, Madrid, 1998, p. 570.

⁵ El deslinde entre ambos tipos de comunidad se manifiesta cuando se atiende a las características esenciales de cada una de ellas. Siguiendo a MURGA FERNÁNDEZ, J.P., *Comunidad hereditaria y Registro de la Propiedad*, Aranzadi, Las Rozas (Madrid), 2024, pp. 41 y ss., señala como caracteres fundamentales de la comunidad romana los siguientes: “1º) El derecho sobre el que recae la comunidad se divide en cuotas ideales (expresadas en fracciones o tantos por ciento), que se atribuyen a cada uno de los comuneros. 2º) Los comuneros tienen posibilidad de disponer libremente de su cuota, y salir así de la comunidad (que, sin embargo, subsiste). 3º) Los comuneros tienen a su disposición en cualquier momento la acción de división, que pone fin a la situación de comunidad”. En cambio, tratándose de la comunidad germánica, sus rasgos definidores y que la separan de la comunidad ordinaria los define del siguiente modo: “1º) Propiamente no existen las cuotas, sino que cada comunero tiene un derecho global sobre el bien, limitado por la presencia de otros derechos similares de los demás comuneros: en todo caso, podría hablarse de cuotas únicamente para expresar la participación que corresponde a cada uno en la comunidad (es decir, la diferente intensidad de su derecho global, en relación con el de los demás comuneros). 2º) No hay posibilidad de disponer —vender, donar, permutar— del propio derecho, y salir así de la comunidad. 3º) No existe acción de división”.

⁶ DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Patrimonial, Tomo I. Introducción. Teoría del Contrato*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007, p. 98.

⁷ Artículo 1.445 del Código Civil.

⁸ (ECLI:ES:TS:1997:4219).

⁹ Un estudio detenido sobre el particular se encuentra en la obra de RUBIO GARRIDO, T., “Contrato de compraventa y transmisión de la propiedad”, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1993.

¹⁰ DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil, Volumen II. El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*. Ed. Tecnos, Madrid, 1996, p. 285.

¹¹ MORENO MOCHOLÍ, M., “¿Es esencial a la compraventa la obligación de transmitir el dominio?”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 205, junio 1945, p. 382.

¹² (ECLI:ES:TS:1928:136).

¹³ (ECLI:ES:TS:1936:126).

¹⁴ GIMÉNEZ ROIG, E., *Transmisión del derecho de propiedad por contrato de compraventa (Condicionada legalmente a la adquisición por el comprador de la posesión en concepto de dueño de la cosa mediante la tradición por el vendedor o supletoriamente mediante la puesta en posesión por el juez, e incondicionada cuando el vendedor está desposeído)*, CORPME, Madrid, 1991, pp. 417 y ss.

¹⁵ Como afirmó BELTRÁN DE HEREDIA DE ONÍS, P., “La tradición como modo de adquirir la propiedad”, *Revista de Derecho Privado*, febrero 1967, pp. 104 y ss., “la tradición, en sí, es paso de posesión, pero no es modo de adquirir la posesión, ni como hecho ni como derecho, sino transmisión de la posesión, en cuanto señorío efectivo sobre la cosa, en función de adquisición del dominio de la cosa entregada. En el total mecanismo del sistema de adquisición de la propiedad “por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición”, ésta desempeña una función específica que no es transmitir la propiedad ni la posesión en cuanto titularidades jurídicas, sino transmitir el señorío de hecho sobre la cosa y mediante él la posibilidad de ejercitar el derecho real que se transmite en virtud de una justa causa (...). No otra cosa quiere decir nuestro Código Civil en el artículo 1.462 al decir “que se entenderá entregada la cosa vendida cuando se ponga en poder y posesión del comprador”; artículo que hay que poner en relación con los artículos 1.445 y 1.450, en los que se establece el efecto obligatorio consensual del contrato de compraventa. A la misma conclusión se llega poniendo en relación el artículo 609 con el 1.095”

¹⁶ CUENA CASAS, M. *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, Bosch, Barcelona, 1996, p. 231.

¹⁷ MÉNDEZ GONÁLEZ, F.P., *Evolución institucional de los sistemas de transmisión onerosa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 473.

¹⁸ Regulada en los artículos 464 del Código Civil, 34 de la Ley Hipotecaria y 85 del Código de Comercio.

¹⁹ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, “La comunidad de bienes en Derecho español”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1954, p. 171. El autor realiza un pormenorizado estudio sobre la comunidad de bienes y sobre su naturaleza jurídica, subdividiendo las doctrinas más importantes en torno al problema en tres grupos principales: aquéllas que reputa como “teorías de la interinidad”, las que denomina “teorías de la unificación del derecho de propiedad” y finalmente las llamadas “teorías de la división”, subdividiéndolas además entre sí. De este modo, las teorías de la interinidad parten de la premisa de que “la propiedad, durante el tiempo de la comunidad, deja de existir, presentándose en una situación interina que dura hasta que se produce el momento de la división”.

En cuanto al segundo grupo de teorías, distingue: a) teoría de la propiedad única total: en la que entiende que existe una propiedad única sobre toda la cosa, atribuida a cada uno de los copropietarios, esto es, una sola propiedad con varios sujetos; b) teoría de la propiedad de

la colectividad o unanimidad: que afirma también la existencia de una única propiedad total, pero que corresponde a una colectividad que, sin embargo, no llega a constituir una persona jurídica; c) la copropiedad como persona jurídica: según ella, “la colectividad de los copropietarios constituye una persona jurídica distinta de los copartícipes, que es el verdadero sujeto del condominio”.

Finalmente, dentro del tercer grupo de teorías nacidas para explicar la naturaleza jurídica de la figura, nos encontramos con las siguientes: a) teoría de la división de la cosa: o “teoría de la propiedad plúrima parcial”, que entiende que unidad en el objeto y pluralidad en el sujeto son sus rasgos definidores, pero aquél permanece en su integridad física, sin distribución material en partes; b) teoría de la división del derecho: existe un derecho de propiedad único, que está dividido entre varios titulares, sobre un mismo objeto, la cual puede subdividirse además en: i) teoría de la división del derecho de propiedad en partes ideales, como una división ideal o espiritual del mismo; ii) teoría de la división real derecho de propiedad: esta división del derecho de propiedad es una división real, teniendo cada una de las partes atribuidas a los copartícipes la misma naturaleza que el derecho dividido; iii) teoría de la división del contenido del derecho, que entiende que la coexistencia de varios derechos de propiedad viene impuesta por la existencia de determinadas facultades del derecho común que no se pueden ejercitar conjuntamente; iv) teoría de la división del derecho, en su extensión: según ella, existen varios derechos sobre la misma cosa, idénticos en cuanto a su objeto y contenido, sin embargo, está dividido en su extensión, habiendo sido sustituido el derecho único por varios derechos iguales entre sí e iguales al que sustituyen, del tal manera que la cuota representa la medida de la extensión de cada uno de estos derechos; c) teoría de la división del valor: que considera que lo que está divido no es la cosa, ni el derecho, sino el valor que éstos representan.

²⁰ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, op. cit., p. 279.

²¹ Estas alteraciones de índole material, entendidas como aquéllas que alteran la sustancia de la cosa común, requieren, como se ha dicho, la unanimidad de los copropietarios, tal como manifiesta de modo reiterado la Dirección General de los Registros y del Notariado. Por citar sólo algunas de las más recientes, tratándose de un supuesto de subdivisión de un local integrado en un edificio dividido horizontalmente, propiedad de varios copropietarios, se exigió el consentimiento de la totalidad de los mismos, por imperativo del artículo 397 del Código Civil (RDGRN de 6 de septiembre de 2002, B.O.E. núm. 270, de 11 de octubre de 2002). En materia de declaración de obra nueva, la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en Resolución de 6 de junio de 2022 (B.O.E. núm. 155, de 29 de junio de 2022), desestimó el recurso interpuesto ante la negativa del registrador a la práctica de una inscripción de obra nueva declarada por uno de los copropietarios, en base al artículo 397 del Código Civil, sin que pueda entenderse que la cuota indivisa perteneciente a uno de los otorgantes conlleve el uso individualizado de una parte de la finca; en los mismos términos, la resolución de 11 de julio de 2022 (B.O.E. núm. 184, de 2 de agosto de 2022).

²² MIQUEL GONZÁLEZ, “Comentarios a los artículos 397 y 399”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, Tomo V, vol. 2*, dirigido por M. ALBALADEJO, Madrid, Edersa, 1985, pp. 383 a 387 y 422 a 427.

²³ ESTRUCH ESTRUCH, J., *Venta de cuota y venta de cosa común por uno de los comuneros en la comunidad de bienes*, Aranzadi, Pamplona, 1998, pp. 230 y ss.

²⁴ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, op. cit., pp. 80 y 84.

²⁵ Aunque es cierto que pueden ser integrantes de la comunidad hereditaria personas extrañas entre sí, la realidad es que en la mayoría de los casos, tal comunidad está integrada por el cónyuge sobreviviente y los descendientes comunes. Tratándose de sucesión intestada, los

lazos de parentesco resultan del propio llamamiento a la herencia efectuado por la ley (artículos 912 y ss. del Código Civil).

²⁶ Con MURGA FERNÁNDEZ, J.P., op. cit., p. 70, “la comunidad hereditaria se caracteriza, ante todo, por reunir a un conjunto de sujetos que comparten la titularidad sobre un mismo objeto. Al definir lo que se entiende por comunidad hereditaria se comprobó que la clave para la determinación de los sujetos que integran la comunidad es la llamada a una parte alícuota e indeterminada del patrimonio hereditario. De ahí que formen parte de la comunidad hereditaria indudablemente los coherederos, los legatarios de parte alícuota y los legitimarios (también el cónyuge viudo)”. Igualmente, DÍEZ SOTO, C.M., “Comentario al artículo 1.051 del Código Civil” en *Código Civil comentado, Volumen II*, dirigido por CAÑIZARES LASO, DE PABLO CONTRERAS, ORDUÑA MORENO y VALPUESTA FERNÁNDEZ, Civitas Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 1697 y ss., señala que “el complejo entramado de intereses que se forma en torno a la situación transitoria de indivisión de la herencia dificulta extraordinariamente la formulación de unos criterios claros que permitan determinar cuáles, de entre los sujetos que ostentan derechos o intereses respecto a la herencia indivisa (herederos, legatarios de parte alícuota, legitimarios, cónyuge viudo, cesionarios de cuota, acreedores, etc.), deben ser considerados, en sentido propio, como miembros o partícipes de la comunidad hereditaria”, destacando el papel protagonista del heredero en el Código Civil y la negación del carácter de partícipe en la comunidad hereditaria de aquéllos que, aun pudiendo instar el juicio de testamentaría, evidentemente no pueden considerarse miembros de la misma, como es el caso de los acreedores. De tal modo que tal condición ha de limitarse “a aquellos supuestos a quienes corresponde la titularidad sobre una parte alícuota no concretada —total o parcialmente— del caudal relicito, de tal manera que su posición jurídica respecto a los bienes y derechos integrados en éste sea equivalente, desde un punto de vista cualitativo, a la que tenía el causante”.

²⁷ KARRERA EGIALDE, M.M., “Comentario al artículo 597” en *Código Civil comentado, Volumen I*, dirigido por CAÑIZARES LASO, DE PABLO CONTRERAS, ORDUÑA MORENO y VALPUESTA FERNÁNDEZ, Civitas Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 2.318. El autor afirma que la constitución de una servidumbre voluntaria, en cuanto perjudica el interés de la comunidad y altera el propio objeto en condominio, demanda el acuerdo unánime de todos los copartícipes, añadiendo que este necesario consentimiento común no tiene por qué ser simultáneo, sino que puede ser sucesivo, en la expectativa de que se alcance la unanimidad; pero la concesión otorgada por cada comunero adquiere eficacia obligatoria en la relación entre el comunero en cuestión y el adquirente del derecho.

²⁸ RODRÍGUEZ TAPIA, J.M., “Comentario al artículo 1.464 del Código Civil” en *Código Civil comentado, Volumen IV*, dirigido por CAÑIZARES LASO, DE PABLO CONTRERAS, ORDUÑA MORENO y VALPUESTA FERNÁNDEZ, Civitas Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 88.

²⁹ Así también lo exige el artículo 552-7 del Libro V del Código Civil de Cataluña.

³⁰ No obstante lo anterior, la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de diciembre de 2004 (B.O.E. núm.2, de 3 de enero de 2005), admitió la inscribibilidad de una cláusula estatutaria que permite la atribución de facultades de enajenación o gravamen a los partícipes que representen el 75% de las cuotas de participación, afirmando que tanto notario como registrador no dudan de la licitud de la misma; aducido por el registrador que la inscripción de tal cláusula podría plantear problemas en caso de que al mismo tiempo un copartícipe enajenara su cuota de participación que consiste en un 25% y el resto vendieran la totalidad de la finca, entiende la Dirección que “el hecho de que puedan hipotéticamente plantearse —los problemas señalados— no puede hacer llegar a la conclusión de que la cláusula no

es inscribible, pues, partiendo de que la disposición aislada de la cuota de cada partípice es un derecho esencial, dichos problemas siempre pueden plantearse si se reconoce una disposición de la finca que no sea por unanimidad, y este tipo de disposición es lícita pues se trata con ella de proteger intereses lícitos y perfectamente justificados”.

³¹ (ECLI:ES:TS:1988:5328). Es de destacar que el Alto Tribunal ni siquiera admite la validez parcial del contrato, por entender que, viiniendo la venta referida a la totalidad de la finca, reducir el alcance de la misma a las participaciones de que era titular el vendedor sería contrario a la causa del contrato.

³² STS de 23 de octubre de 1990 (ECLI:ES:TS:1990:7547), STS de 30 de junio de 1993 (ECLI:ES:TS:1993:4735) o STS de 13 de noviembre de 2001 (ECLI:ES:TS:2001:8845).

³³ (ECLI:ES:TS:2008:5222).

³⁴ (ECLI:ES:TS:1948:1509).

³⁵ (ECLI:ES:TS:1972:3258).

³⁶ (ECLI:ES:TS:1992:3152).

³⁷ PÉREZ GURREA, R., “Validez de la venta de la totalidad de una cosa común realizada por uno de los comuneros sin consentimiento de los demás: aplicación de la venta de cosa ajena a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2012”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 734, noviembre-diciembre 2012, p. 3.572.

³⁸ (ECLI:ES:TS:1971:146).

³⁹ (ECLI:ES:TS:1977:67).

⁴⁰ (ECLI:ES:TS:1992:17612).

⁴¹ (ECLI:ES:TS:1991:10369).

⁴² (ECLI:ES:TS:2008:1553).

⁴³ (ECLI:ES:TS:2009:154).

⁴⁴ (ECLI:ES:TS:2012:2154).

⁴⁵ YZQUIERDO TOLSADA, M., “Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil). Comentario de la sentencia del tribunal supremo de 28 de marzo de 2012 (2154/2012). La compraventa celebrada por un comunero aisladamente, conociendo el comprador que no todo lo vendido pertenecía al vendedor, es un contrato válido”, Dykinson, Boletín Oficial del Estado, Corpme, 2008, p. 132.

⁴⁶ Artículo 1.950 del Código Civil.

⁴⁷ CUENA CASAS, M., “Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil). Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2007. Alcance del artículo 34 de la Ley Hipotecaria en relación con la venta de cosa ajena llevada a cabo por titular registral”, Dykinson, Boletín Oficial del Estado, Corpme, 2008, p. 366.

⁴⁸ Como dice RIVAS MARTÍNEZ, J.J., en *Derecho de sucesiones común y foral. Tomo II*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 1961, “en esta clase de legado no se trata de que el testador disponga directamente de la cosa de otro, sino que simplemente impone una obligación al heredero de adquirir una cosa ajena y señala como acreedor de esta obligación al legatario favorecido. El heredero, al aceptar la herencia, asume tal obligación”.

⁴⁹ RUBIO GARRIDO, T., “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2005”, *CCJC*, núm 70, 2006, pp. 463 y 464, de modo sintético señaló cómo “bajo un supuesto de hecho tan ampliamente descrito, caben muchísimas diversificaciones fácticas ulteriores, que motivarían la aplicación de regímenes jurídicos muy diferentes (condicional en sentido estricto, por ejemplo, si se sometió, expresa o tácitamente, la eficacia del contrato a la aprobación del *verus dominus*, —arts. 1.120 y 1.122 CC—; nulidad por causa torpe —arts. 1.305 y 1.360 CC—, o, en general ilícita —ex art. 1.275 CC; validez por *ratihabitio ex art.*

1.259, II CC; régimen de saneamiento por evicción —arts. 1.474 y ss. CC-: resolución por incumplimiento ex art. 1.124 CC; suspensión del pago del precio ex art. 1.502 CC; adquisición posterior por el vendedor de manos del *verus dominus*, lo que sana (o “sanea”) todo, etc.). Precisamente en mi opinión una de tales posibles disciplinas aplicables a una venta de cosa ajena es la que contiene, en alguno de sus mandatos diferentes, el art. 1.473 CC. De ese modo, para mí, en absoluto se excluyen “venta de cosa ajena” y “doble venta”, sino que, antes al contrario, a menudo se co-implican necesariamente (el art. 1.473 CC en no pocas ocasiones presupone, justamente, que una de las compraventas que entran en conflicto sea de cosa ajena”); orientación que posteriormente acogió el propio Tribunal Supremo a propósito de las relaciones entre venta de cosa ajena y doble venta en sus sentencias de 5 de marzo (ECLI:ES:TS:2007:1192) y 7 de septiembre de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:5823).

⁵⁰ (ECLI:ES:TS:1912:338).

⁵¹ (ECLI:ES:TS:1929:33).

⁵² (ECLI:ES:TS:1951:770).

⁵³ (ECLI:ES:TS:1958:176).

⁵⁴ (ECLI:ES:TS:1976:1577).

⁵⁵ (ECLI:ES:TS:2010:4215).

⁵⁶ (ECLI:ES:TS:2013:2617).

⁵⁷ (ECLI:ES:TS:2016:1202).

⁵⁸ (ECLI:ES:TS:1983:1484).

⁵⁹ GORDILLO CAÑAS, A., “Compra de cosa ajena cuyo precio no llegó a pagar el vendedor non dominus. Traditio sine causa. ¿Adquisición de buena fe? (Comentario a la Sentencia de 5 de mayo de 1983)”, *Anuario de Derecho Civil*, núm. 2, 1984, p. 58 y ss.

⁶⁰ (ECLI:ES:TS:1981:241), en un supuesto de un derecho de opción de compra concedida sólo por la usufructuaría de la cosa, sin el concurso de los nudo propietarios, que reclamaron la nulidad del contrato así celebrado.

⁶¹ Entendido como “una equivocada o inexacta creencia o representación mental que sirve de presupuesto para la realización de un acto jurídico”, según lo define DÍEZ PICAZO, L., op. cit., p. 221.

⁶² STS de 27 de octubre de 1964 (ECLI:ES:TS:1964:145), que resuelve una controversia surgida con ocasión de la venta de unos terrenos que el comprador creía erróneamente edificables. El Tribunal considera que “cuando la cosa objeto de un contrato no tiene alguna de las condiciones que se le atribuyeron y, la de que carece de la que principalmente motivó su celebración, el consentimiento prestado ha de reputarse nulo, ya que lo fue en atención al equivocado supuesto de que concurrían en el objeto sobre el que se pactó otras características, cuya importancia, así como si la convicción de su existencia era la motivadora de la convención”. Igualmente, la STS de 28 de diciembre de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:8994), toma en consideración el error padecido en la persona de la entidad compradora, error que vino determinado por la actuación de la entidad vendedora, que conocedora de que las fincas transmitidas habían agotado su edificabilidad, suscribió el contrato afirmando lo contrario.

⁶³ MÉNDEZ APENELA, E., “La venta de cosa común por el comunero aislado”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 2, 1992, pp. 180 y 181.

⁶⁴ (ECLI:ES:TS:1944:92).

⁶⁵ STS de 9 de marzo de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:1147).

⁶⁶ VÁZQUEZ DE CASTRO, E., “Comentario al artículo 1.479” en *Código Civil comentado, Volumen IV*, dirigido por CAÑIZARES LASO, DE PABLO CONTRERAS, ORDUÑA MORENO y VALPUESTA FERNÁNDEZ, Civitas Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 175.

⁶⁷ ESTRUCH ESTRUCH, J., op. cit., p. 305.

⁶⁸ (ECLI:ES:TS:1990:4914).

⁶⁹ (ECLI:ES:TS:1990:7547).

⁷⁰ (ECLI:ES:TS:2001:8845).

⁷¹ El artículo 400 del Código Civil faculta a cualquier copropietario a pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa común, no estando obligado a permanecer en la comunidad, y el artículo 401 del propio Código fija un marco temporal al pacto de indivisión, fijándolo en diez años, salvo prórroga del mismo por acuerdo de los condóminos.

⁷² (ECLI:ES:TS:2018:2091).

⁷³ Un extenso, detenido y brillante estudio de la cuestión se realiza por LARRONDO LIZARRAGA, J.M., *La eficacia del acto dispositivo no unánime sobre bienes de la herencia indivisa*, CORPME, Madrid, 1994.

⁷⁴ FERNÁNDEZ CHACÓN, I., “La venta de bienes hereditarios por un coheredero aisladamente”, en *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*, dirigida por GARCÍA SÁNCHEZ, J., vol. 8, BOE, Barcelona, 2017, pp. 2850 y ss.

⁷⁵ Cfr. STS de 21 de marzo de 1968 (ECLI:ES:TS:1968:2161).

⁷⁶ (ECLI:ES:TS:1982:1394).

⁷⁷ (ECLI:ES:TS:1995:11058).

⁷⁸ (ECLI:ES:TS:2004:7148).

⁷⁹ (ECLI:ES:TS:2023:1176), que a propósito de la situación de cotitularidad sobre unas participaciones sociales con ocasión del fallecimiento del titular de las mismas, declara que la comunidad hereditaria “implica que cada sucesor, miembro de la misma, tiene derecho al conjunto que integra el contenido de la herencia, pero no sobre los bienes hereditarios concretos; es decir, en el presente caso, cada coheredero, como el demandante, no es titular de acciones, sino titular junto con los demás coherederos, del patrimonio del que forma parte el conjunto de acciones; así, el accionista no es el coheredero, sino la comunidad. Cuya comunidad no da lugar a una copropiedad de cada una de las cosas, sino que éstas forman parte de la misma, de la que sus miembros tienen derechos indeterminados y cuya naturaleza es de comunidad germánica”, remitiendo, ante la falta de previsión normativa en la regulación de la comunidad hereditaria a las normas que rigen la comunidad de bienes u ordinaria.

⁸⁰ (ECLI:ES:TS:2008:3264).

⁸¹ (ECLI:ES:TS:2015:5688).

⁸² GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J., “La comunidad hereditaria”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 75, 1931, pp. 174 a 179.

⁸³ GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J., “Cotitularidad y comunidad. Gesammte hand o comunidad en mano común”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 221, 1946, pp. 616 a 618.

⁸⁴ CHAMORRO PIÑERO, S., “Los derechos hereditarios”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 169, 1941, págs. 330 y sigs.

⁸⁵ GARCÍA VALDECASAS, G., “La comunidad hereditaria”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, VII, pág. 256, 1953, y *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. 191, pág. 395.

⁸⁶ RUBIO GARRIDO, T., op. cit., pp. 73 y 74. También MURGA FERNÁNDEZ, J.P., op. cit., p. 67.

⁸⁷ RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *Derecho de sucesiones común. Estudios sistemático y jurisprudencial. Tomo III*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 2.819.

⁸⁸ (BOE núm. 189, de 9 de agosto de 2005).

⁸⁹ (BOE núm. 279, de 21 de noviembre de 2013).

⁹⁰ (BOE núm. 227, de 22 de septiembre de 2015).

⁹¹ (BOE núm. 60, de 8 de marzo de 2024).

⁹² (BOE núm. 258, de 27 de octubre de 2022).

⁹³ (ECLI:ES:TS:1961:567).

⁹⁴ (ECLI:ES:TS:1992:8242).

⁹⁵ (ECLI:ES:TS:2012:286).

⁹⁶ A él se refiere la Dirección General de los Registros y del Notariado en resolución de 18 de octubre de 2023 (B.O.E., núm. 279, de 21 de noviembre de 2013), afirmando que mediante la aceptación, se atribuye a los coherederos “un derecho en abstracto al conjunto de bienes que integran la herencia y no un derecho concreto sobre bienes determinados, en tanto no se lleve a efecto la partición. Por eso el Código Civil reconoce al titular de una cuota o porción de herencia el derecho a promover la división de la comunidad hereditaria (artículo 1051); y dispone que los herederos pueden verificar la partición del modo que tuvieran por conveniente (cfr. artículo 1058), sin que ninguno de ellos pueda imponer al otro la atribución por participaciones indivisas de todos y cada uno de los bienes resultantes (vid. artículos 1059, 1061 y 1062), de modo que, ultimada la liquidación, tanto puede ocurrir que a un heredero no le corresponda ningún derecho sobre determinado bien —o sobre el único existente— como que se le adjudique éste en su integridad (cfr., asimismo, los artículos 42.6 y 46 de la Ley Hipotecaria)”. De modo ilustrativo, DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil, Vol. 4 (Derecho de familia. Derecho de sucesiones)*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 570, señalan que “sobre la herencia concebida como unidad el heredero no tiene más que una titularidad, y si existe una pluralidad de ellos, esa misma titularidad pertenece a tales herederos en función de las cuotas que tengan en la sucesión. Las cuotas, por tanto, se proyectan en la titularidad de la masa hereditaria conceptualizada como unidad, y no sobre todos y cada uno de los bienes o derechos que la componen. El coheredero no será titular, por ejemplo, por su cuota de un inmueble que haya en la herencia como un comunero en una comunidad ordinaria. En cambio, sí es titular de una cuota en la titularidad del patrimonio hereditario, y en este concepto la podrá gravar o enajenar y susceptible de embargo”.

⁹⁷ DÍEGUEZ OLIVA, R., “Comentario al artículo 1.531” en *Código Civil comentado*, Volumen IV, dirigido por CAÑIZARES LASO, DE PABLO CONTRERAS, ORDUÑA MORENO y VALPUESTA FERNÁNDEZ, Civitas Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 318.

⁹⁸ Reafirma el carácter transmisible del derecho hereditario el artículo 46.3 de la Ley Hipotecaria, cuando afirma que “El derecho hereditario anotado podrá transmitirse, gravarse y ser objeto de otra anotación”.

⁹⁹ (ECLI:ES:TS:1954:1438).

¹⁰⁰ Resoluciones de 9 de mayo de 1988 (B.O.E. núm 144, de 16 de junio de 1988), 10 de diciembre de 1998 (B.O.E. núm. 12, de 14 de enero de 1999), 11 de diciembre de 1999 (B.O.E. núm. 9, de 11 de enero de 2000), 12 de marzo de 2010 (B.O.E. núm. 99, de 24 de abril de 2010), 16 de noviembre de 2011 (B.O.E. núm. 16, de 19 de enero de 2012), a modo de *obiter dicta* la resolución de 12 de noviembre de 2020 (B.O.E. núm. 309, de 25 de noviembre de 2020) ó 11 de enero de 2023 (B.O.E. núm. 34, de 9 de febrero de 2023).

¹⁰¹ STS de 18 de marzo de 1980 (ECLI:ES:TS:1980:10).

¹⁰² (ECLI:ES:TS:1983:27).

¹⁰³ (ECLI:ES:TS:1986:8191).

¹⁰⁴ (ECLI:ES:TS:1988:2204).

¹⁰⁵ (ECLI:ES:TS:1989:15730).

¹⁰⁶ (ECLI:ES:TS:1958:176).

¹⁰⁷ (ECLI:ES:TS:1982:10).

¹⁰⁸ (ECLI:ES:TS:1994:14889).

¹⁰⁹ (ECLI:ES:TS:2009:154), en la que se desestima el recurso de casación interpuesto con motivo de la celebración de un contrato de compraventa por quien era titular de una participación indivisa de la finca transmitida, comprometiéndose a adquirir de su cotitular su respectiva participación, momento a partir del cual se otorgaría la correspondiente escritura pública y se pagaría la parte de precio pendiente. Solicitada la nulidad por la vendedora, entiende el Tribunal que la solución en este caso debe obtenerse a partir de la situación de hecho consistente en que las partes establecieron sus obligaciones sobre la base de la inexistencia de consentimiento por el resto de los partícipes.

¹¹⁰ BADENES GASSET, R., *El contrato de compraventa. Tomo I*. Ed. Bosch, Barcelona, 1979, p. 142.

¹¹¹ MURGA FERNÁNDEZ, J.P., op. cit., p. 70.

¹¹² DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil, Vol. I. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*. Ed. Tecnos, Madrid, 1995, p. 579.

¹¹³ Nuevamente, DÍEZ PICADO y GULLÓN BALLESTEROS, op. cit., p. 580, nos ayudan a delimitar la materia tratada. Mientras que el mandato es un contrato que genera la obligación para el mandatario de cumplir el encargo recibido del mandante, la representación deriva de una autorización o poder que se otorga al apoderado para actuar en el tráfico por cuenta del poderdante. Supone la exteriorización de esa autorización para actuar en nombre ajeno, constituyendo una declaración de voluntad emitida por el poderdante, que no precisa ni de la aceptación ni del conocimiento del apoderado, según afirma CAMPOS PORRATA, A., “Mandato y representación”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 85, 1932, p. 28.

¹¹⁴ CAMPOS PORRATA, A., op. cit., p. 27.

¹¹⁵ Por aplicación de la llamada regla catoniana. Opinión contraria sostiene DÍEZ PICAZO, L., en *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Vól. I. Introducción. Teoría del Contrato*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007, p. 629, quien reserva la denominación de convalidación a aquellos supuestos excepcionales en los que, pese a la nulidad radical del contrato nulo, se admite rectificación o regularización. Dice el autor citado que “en principio parecen actos convalidables, pese a su inicial nulidad, aquellos respecto de los cuales su autor carecía del poder de legitimación necesario para afectar a la esfera de intereses contemplada por el contrato. La posterior aceptación del negocio por el titular de dicha esfera de intereses (ratificación) permite convalidar el contrato”.

¹¹⁶ Ratificación que, además, como declaró la RDGRN de 25 de mayo de 2007 (BOE núm. 149, de 22 de junio de 2007, “produce, en general, efectos *ex tunc* entre las partes contratantes, que antes de ella no estuvieron unidas por vínculo obligatorio y constituye por si misma una declaración unilateral de voluntad recepticia, referida al negocio jurídico que no es propiamente inexistente, sino que se halla en estado de suspensión, sometido a una *conditio iuris*; y que tales efectos, si bien no hay precepto expreso que los determine, deben inferirse del contexto del artículo 1259 del citado Código, como ha puesto de relieve la jurisprudencia”; y ello, sin perjuicio de los derechos adquiridos en el interin por terceros. En los mismos términos, la RDGRN de 2 de noviembre de 2016 (BOE núm. 282, de 22 de noviembre de 2016) declara que ” Frente a la regla general de eficacia «*ex nunc*» de los actos o negocios jurídicos, la ratificación produce efectos *ex tunc*. Los efectos de la ratificación se retrotraen al momento de realización del acto o del negocio jurídico estipulado. En tanto tiene lugar la ratificación, el

acto o el negocio se halla en estado de suspensión o, si se prefiere, está sometido a una *conditio iuris* de eficacia, que es el hecho de la ratificación. Como ha señalado la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 1965 (ECLI:ES:TS:1965:884), interpretando el artículo 1259 del Código Civil, una vez ratificado el contrato celebrado sin representación, se subsana la falta y el contrato se considera válido y eficaz. Mediante este mecanismo jurídico se concluye el ciclo negocial, perfeccionando y completando el negocio que deviene, así, a través de ella, plenamente eficaz¹¹⁷.

¹¹⁷ STS de 29 de enero de 1945 (ECLI:ES:TS:1945:38).

¹¹⁸ DÍEZ PICAZO, L., op. cit., p. 618. Distingue el autor citado entre el plazo de prescripción de la acción de nulidad del contrato, que como hemos dicho debe considerarse imprescriptible, y los efectos restitutorios derivados del mismo, que estarán sometidos al plazo ordinario de prescripción de las acciones personales contenido en el artículo 1.964 del Código Civil.

¹¹⁹ STS de 12 de septiembre de 1988 (ECLI:ES:TS:1988:9428). En ella, el Alto Tribunal desdijo en el caso debatido la aplicabilidad de la venta de cosa ajena a la venta celebrada sin poder de representación, entendiendo que, pese a la admisibilidad del régimen de la venta de cosa ajena, “esta conclusión afecta únicamente a la consumación del contrato y presupone un contrato en que están perfectamente definidos sus elementos personales y reales, pero no puede referirse a aquellos supuestos, como el debatido, en que: a) se trata de una venta efectuada por personas que no representan a todos los vendedores, adoleciendo, por tanto, esta intervención de defecto de representación (art. 1.259, p. 1, del propio Código), y no sólo ello sino que ni siquiera se mencionan quiénes son todos los vendedores, b) No se indica el objeto del contrato, es decir cuáles son con precisión las acciones vendidas, ni se expresa la cuantía del 51 por 100 del capital que había de ser objeto propio de la venta correspondiente a un determinado número de títulos, c) Se trata de comprador que en la fecha del contrato no acreditó representar a la entidad compradora, sino que esta acreditación por delegación se hizo casi dos meses después, d) Se hace figurar como entidad vendedora, al “Banco de la Exportación” que no intervino en el contrato. Con todas estas circunstancias es de toda evidencia que no sólo hubo una venta de cosa ajena, sino sobre todo hubo en contrato que adoleció de defecto de consentimiento, de objeto y de causa, y sin la concurrencia de estos tres elementos, según declara expresamente el art. 1.261 del Código civil, “no hay contrato”.

¹²⁰ STS de 25 de junio de 1946 (ECLI:ES:TS:1946:605).

¹²¹ STS de 12 de junio de 1947 (ECLI:ES:TS:1947:1630), en la que se resolvía sobre validez de una escritura de promesa de venta celebrada en 1938, sujetando el otorgamiento de la escritura de compraventa definitiva al momento en que desapareciera la prohibición de enajenar contenida en el Decreto de 14 de agosto de 1936. En la citada escritura, la promitente otorgó poder especial a un tercero quien, en 1939, después de entrar en vigor la Ley de 1 de abril de 1939, formalizó la escritura de venta con la parte compradora, la cual fue inscrita en el Registro de la Propiedad.

¹²² STS de 8 de octubre de 1962 (ECLI:ES:TS:1962:2459).

¹²³ STS de 29 de marzo de 1963 (ECLI:ES:TS:1963:95), en la que se discutía sobre la validez de la venta de un bien parafernado realizada por el marido sin autorización de su mujer ni posterior ratificación, concluyendo que “el artículo 1.259 del Código Civil declara la nulidad del contrato concluido por el que invade la esfera jurídica ajena, con nulidad absoluta, por falta del requisito esencial del consentimiento, y si bien éste puede prestarse a posteriori mediante la ratificación, la que confiere al contrato, inexistente al principio, plena eficacia, como la misma no existió, según declara expresamente la sentencia impugnada, y tal declaración de hecho no se combate, es obligada la desestimación de este motivo”.

¹²⁴ STS de 1 de octubre de 1990 (ECLI:ES:TS:1990:6763).

¹²⁵ STS de 9 de octubre de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:5222).

¹²⁶ STS de 10 de junio de 2002 (ECLI:ES:TS:2002:4221), que resolvía sobre la eficacia de una escritura de reconocimiento de deuda. Señala el Tribunal que el contrato “celebrado a nombre de otro sin su autorización o representación, ni es existente, ni es radicalmente nulo, ya que, la posibilidad de su eficacia “ex post” merced a la ratificación, es una consecuencia propia de la anulabilidad, pues, jamás la nulidad radical puede sanarse, “nunquam potest tractu o ex post convalescere”.

¹²⁷ Conforme al artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, “1. En los instrumentos públicos otorgados por representantes o apoderado, el Notario autorizante insertará una reseña identificativa del documento auténtico que se le haya aportado para acreditar la representación alegada y expresará que, a su juicio, son suficientes las facultades representativas acreditadas para el acto o contrato a que el instrumento se refiera.

2. La reseña por el notario de los datos identificativos del documento auténtico y su valoración de la suficiencia de las facultades representativas harán fe suficiente, por sí solas, de la representación acreditada, bajo responsabilidad del notario. El registrador limitará su calificación a la existencia de la reseña identificativa del documento, del juicio notarial de suficiencia y a la congruencia de éste con el contenido del título presentado, sin que el registrador pueda solicitar que se le transcriba o acompañe el documento del que nace la representación.

3. Deberán ser unidos a la matriz, original o por testimonio, los documentos complementarios de la misma cuando así lo exija la ley y podrán serlo aquéllos que el Notario autorizante juzgue conveniente. En los casos de unión, incorporación o testimonio parcial, el Notario dará fe de que en lo omitido no hay nada que restrinja ni, en forma alguna, modifique o condicione la parte transcrita”.

¹²⁸ Al referirse acto o negocio formalizado y respecto del cuál se emite el juicio de suficiencia por el notario autorizante, tiene declarado la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública que no puede emplear expresiones genéricas, ambigüas o imprecisas (resolución de 14 de julio de 2015, B.O.E. núm. 228 de 23 de septiembre de 2015), extendiéndose el ámbito de la calificación registral a la congruencia entre el juicio notarial de suficiencia de las facultades representativas acreditadas y el contenido del negocio formalizado en la escritura cuya inscripción se pretende, entendiendo el Centro Directivo (resolución de 7 de junio de 2021, B.O.E. núm. 154, de 29 de junio de 2021) que “se entiende que hay falta de congruencia si el citado juicio notarial es erróneo, bien por resultar así de la existencia de alguna norma que exija algún requisito añadido como, por ejemplo, un poder expreso y concreto en cuanto a su objeto, bien por inferirse el error de los datos contenidos en la misma escritura que se califica, u obrantes en el propio Registro de la Propiedad o en otros registros públicos que el notario y el registrador de la Propiedad pueden consultar”.

¹²⁹ No todas las medidas de apoyo conllevarán funciones representativas, pues nuestro Código, a partir de la reforma operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, prevé en el artículo 249 que “En casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas”. En cuanto a los mandatos preventivos, regulados en los artículos 256 y 257, el propio artículo 258 prevé su subsistencia incluso en el caso de que se constituyan medidas de apoyo en favor del poderdante, ya sean éstas voluntarias o judiciales.

¹³⁰ GORDILLO CAÑAS, A., *La representación aparente (Una aplicación del principio general de protección de la apariencia jurídica)*, Universidad de Sevilla, 1.978, p. 251 y 252. Conforme al autor citado, “el artículo 1.738, en lo que de más específico tiene su ratio, nos aparece, en consecuencia, como una norma de protección de la confianza del mandatario (también representante) que, indirectamente, y como de rebote, opera un resultado protector también del tercero mientras no obste de su parte de mala fe. A través, pues, de la protección del representante comprobamos la existencia de un nuevo modo de protección del tercero, distinto del normal y ordinario en que consiste el expediente de la representación aparente. La tutela del tercero transcurre normalmente por los cauces de la protección de la apariencia; excepcional e indirectamente se obtiene —no como fin, sino como resultado— mediante la protección de la confianza del representante. Se trata, quizás, de una peculiaridad debida al desdoblamiento que la representación supone. La protección de la confianza del representante implica la eficacia frente a terceros y contra el dominus de la actuación representativa”.

¹³¹ GUTIÉRREZ JEREZ, L.J., “La necesaria concurrencia de la buena fe en relación a la libre disposición de bienes y en cuanto a la actuación mediante apoderado cuando el poder esté extinguido”, *Revista de Derecho Civil*, Vol. VII, núm. 1, p. 45.

¹³² ECLI:ES:TS:1990:4914, resolviendo sobre un supuesto en que se discutía sobre la validez de la constitución del régimen de propiedad horizontal y enajenación de elementos independientes resultantes por parte de un agente inmobiliario que contaba con nota de encargo de sólo alguno de los copropietarios del inmueble; señala el Tribunal que “aparte que algunos de los que tenían otorgado poder para ello habían fallecido previamente, con la conjunta extinción del mandato según previene el número tercero del artículo 1.732 del Código Civil y en cuanto no viene acreditado no fuese conocido por el mandatario don Juan Enrique a los efectos prevenidos en orden a tercero en el artículo 1.738 de citado Cuerpo legal sustantivo (...”).

¹³³ ECLI:ES:TS:2008:5535.

¹³⁴ ECLI:ES:TS:2014:640, que con cita en la anterior de 24 de octubre de 2008 reproduce los razonamientos incluidos en esta en orden a la exigencia de buena fe tanto en la persona del apoderado como de aquél con quien éste celebra el negocio.

¹³⁵ ECLI:ES:TS:2015:114.

¹³⁶ ECLI:ES:TS:2018:2856. Vuelve a insistir el Alto Tribunal en la exigencia de buena fe en el tercero que contrata con el representante de buena fe, que es aquél que en el momento de hacer uso del poder ignora la concurrencia de cualquiera de las causas que hacen cesar el mandato y añade que “En el presente caso, la sentencia recurrida no es contraria a la doctrina de la sala porque considera probado, como ya se ha explicado, que el representante conocía que no podía hacer uso del poder, lo que excluye la posibilidad de encaje en el supuesto de hecho del art. 1738 CC. Pero además, y esto es verdaderamente relevante a juicio de esta sala, de los hechos probados, tampoco se infiere que la diligencia del recurrente fuera la suficiente para desplegar la protección que dispensa el precepto, pues sería precisa una confianza razonable en la aparente subsistencia del poder que, en el caso, no se da.

Basta recordar a estos efectos, como dice la sentencia recurrida, que estamos ante el uso de un poder cuanto menos sospechoso por su antigüedad (1991) y que el recurrente, pese a acudir a ver por fuera la finca, no intentó comprobar la realidad de la autorización para la constitución de la hipoteca de una vivienda a nombre de persona distinta de quien era el prestatario, a quien conoció en la notaría. Frente a ello, no es suficiente el argumento del recurrente, mantenido en todas las instancias y reiterado ahora en casación, de que si el notario dio por válido el poder y el registrador de la propiedad lo calificó, él no tenía por qué dudar. En cualquier caso, el carácter sospechoso del poder otorgado en 1991 para hipotecar una vivienda comprada por

la poderdante ese mismo año, en garantía de un préstamo a la propia poderdante, era más que evidente en 2008 para hipotecar esa misma vivienda, no ya en garantía de otro préstamo a la propietaria, la poderdante, sino de un préstamo personal a quien solo formalmente, dado lo muy perjudicial de la operación para la poderdante, podía seguir considerársele su apoderado”.

¹³⁷ B.OE. núm. 183, de 1 de agosto de 2013. Dice la citada resolución que “la autocontratación, si hay riesgo de conflicto de intereses, debe entrar siempre en el ámbito de la calificación registral, ya que, según el artículo 18.1.º de la Ley Hipotecaria, comprende, junto a otros supuestos, la validez de los actos dispositivos por lo que resulte de las escrituras públicas...», y lo cierto es, en cualquier caso, que la autocontratación si hay conflicto de intereses, teniendo en cuenta la falta de imparcialidad del autocontratante (por cuanto ocupa una posición de juez y parte que le habilita para la autotutela del propio derecho) y el potencial perjuicio para el representante, produce la nulidad del negocio salvo que se acredite la licencia o autorización del «dominus». Razón por la cual el registrador, antes de practicar el asiento, deberá calificar, conforme a dicho precepto, si se da, según el contenido del título, el supuesto de autocontratación con conflicto de intereses y en caso afirmativo, si existe la licencia, autorización o ratificación del «dominus negotii» que permita salvar dicha autocontratación. En efecto, la autocontratación, si hay conflicto de intereses, a falta de la aportación de esa prueba, excluye automáticamente la representación y contradice directamente el juicio que afirme su existencia. Todo ello en concordancia con los principios hipotecarios por los que se rige nuestro sistema registral; en concreto, a parte el principio de tracto sucesivo del artículo 20 de la Ley Hipotecaria cuando el transmitente sea el perjudicado, muy especialmente el de salvaguarda judicial de los asientos del párrafo 3.º del artículo 1.º de la Ley Hipotecaria y el de fe pública registral del artículo 34 de la misma, cuyo sustento no es otro que la confianza que el mercado deposita en la legalidad de los asientos registrales, lo que, en este caso, en defensa de los derechos del representado o poderdante, exige se extreme el control de legalidad, ante el riesgo de que pueda perder la acción de nulidad, que de la auto-contratación deriva, si surge un tercero protegido por la fe pública registral.

Conclusión a la que hay que llegar también cuando se parte de la congruencia que se exige del juicio notarial de suficiencia (apartado 2 del artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre de 2001, en la redacción dada por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre). Todo ello con independencia de que se entienda que la voluntad del representado, que permite dicha autocontratación, constituye una particular forma de poder de representación (poder para autocontratar); una modalización del genérico poder de representación; o una autorización o licencia distinta del mero negocio de apoderamiento, pues, a efectos de la calificación de la congruencia, siempre será necesario que, en caso de resultar conflicto de intereses del contenido del título, conste la expresión, por parte del notario, de la existencia de la licencia, autorización o ratificación del «dominus negotii», salvo que la calificación sea impugnada y el recurso verse sobre la existencia misma de la autocontratación o del conflicto de intereses.

¹³⁸ B.O.E. núm. 57, de 7 de marzo de 2019.

¹³⁹ B.O.E. núm. 249, de 18 de octubre de 2021.

¹⁴⁰ B.O.E. núm. 232, de 28 de septiembre de 2023.

¹⁴¹ STS de 17 de enero de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:93).

¹⁴² DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, op. cit., p. 610.

¹⁴³ DÍEGUEZ OLIVA, R., “Comentario al artículo 1.717” en *Código Civil comentado, Volumen IV*, dirigido por CAÑIZARES LASO, DE PABLO CONTRERAS, ORDUÑA MORENO y VALPUESTA FERNÁNDEZ, Civitas Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 779 y 780.

¹⁴⁴ BUSTOS PUECHE, J.E., “La llamada representación indirecta”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 746, noviembre-diciembre 2014, pp. 2.738 y ss.

¹⁴⁵ ECLI:ES:TS:1966:46.

¹⁴⁶ ECLI:ES:TS:2005:2494. En ella se afirma que “ciertamente, en el caso de actuación por el mandatario en nombre propio sobre cosas propias del mandante, el conocimiento de esta situación por los que contratan con el mandatario determina una “contemplatio in re” que hace desaparecer la “denegatio actionis” (típica del mandato puro —no representativo—) entre el mandante y aquellos contratantes. Es decir se produce, en tal perspectiva, los mismos efectos de la representación directa (mandato representativo). No obstante, el precepto —“exceptúase el caso en que se trate de cosas propias del mandante”—, (por cierto sin precedente legislativo, a salvo el art. 287 del Código de Comercio, ni siquiera prelegislativo pues fue añadido al Código Civil a última hora) no aclara cual es la situación en que queda el mandatario respecto de las personas con quien contrató, pudiéndose llegar a diversas conclusiones, según que se le ponga en relación con el inciso que le precede, o con el conjunto del precepto (art. 1.717). El criterio que parece más seguro es el de entender que el mandatario no queda desvinculado respecto de quienes celebraron el contrato”.

¹⁴⁷ ECLI:ES:TS:2006:52 que, además, precisa el ámbito objetivo de la expresión “cosas propias del mandante” identificándolo con asuntos o negocios de éste.

¹⁴⁸ Se muestra contraria a la admisibilidad de la figura la Dirección General de los Registros y del Notariado en resolución de 2 de septiembre de 2004 (B.O.E. núm. 266, de 4 de noviembre de 2004), entendiendo que existía un negocio fiduciario que precisaría para su inscripción el consentimiento de todos los interesados o resolución judicial, pero en el caso resuelto por ello se trataba de un acto de adquisición y no de enajenación. Sin embargo, en la posterior de 6 de julio de 2006 (B.O.E. núm. 202, de 24 de agosto de 2006) se muestra favorable a su admisibilidad sobre la base que “no puede en absoluto ser obviada la incidencia de lo dispuesto en el inciso segundo del párrafo segundo del artículo 1.717 del Código Civil, que excepciona la regla general de obligación exclusiva del representante el caso de que se trate de «cosas propias del mandante». La interpretación del ámbito de aplicación y de las consecuencias de la excepción, ante la falta de claridad del precepto, resulta de la máxima dificultad, como así lo acredita la multitud de interpretaciones que la doctrina ha elaborado sobre este extremo. Ahora bien, sin que sea preciso pronunciarse ahora sobre el alcance de la excepción sobre la relación contractual, parece incuestionable que cuando las partes ligadas por la relación de representación reconocen en escritura pública la titularidad del representado sobre los bienes adquiridos en ejercicio de la facultad de representación hasta entonces reservada, la excepción resulta aplicable —incluso se puede llegar a entender que en tal caso se produce un supuesto de representación directa, como puso de relieve la Resolución de 28 de enero de 1987—, lo que confirma la relación directa que entonces se produce entre representado y tercero de conformidad con lo dispuesto en la norma. Las consecuencias anteriores no quedan desvirtuadas por la necesidad de proteger a los terceros de buena fe que confiaron en la situación de titularidad formal o aparente del representante indirecto —por ejemplo, en caso de realizar un acto dispositivo faltando a la confianza en él depositada—. La escritura que documenta el negocio adquisitivo del representante indirecto reflejará un acto otorgado por una persona en su propio nombre y, por tanto, formalmente, la titularidad le corresponderá a él, lo que obligará a proteger a los terceros de buena fe que confiaron en su titularidad aparente. Se trata de un caso de protección a la apariencia jurídica que no puede considerarse en absoluto excepcional: además de los casos de protección al tráfico mobiliario (artículo 464 del Código Civil, y 85 y 86 del Código de Comercio), deben citarse aquellos otros supuestos propios de la representación directa en que el

poder se encuentra de hecho revocado o existe abuso en la actuación del apoderado (artículos 1.725, 1.734, 1.738 del Código Civil) o, incluso, desde la perspectiva hipotecaria, los supuestos en que prevalece la protección del tercero —obsérvese que la situación que se produce es coincidente en ambos casos, si se sustituye la titularidad que deriva de la inscripción por la que está reflejada en la escritura pública—. En cualquier caso, este es un riesgo que debe asumir quien autorizó al representante a actuar en su propio nombre”.

*Trabajo recibido el 26 de julio de 2024 y aceptado
para su publicación el 7 de octubre de 2024*

