

Validez obligacional y posible eficacia real de la venta de cosa común por uno de los copropietarios*

*Sale of the joint-property by one of
the co-owners: validity and potential
effectiveness in rem*

por

JESÚS ESTRUCH ESTRUCH
Catedrático de Derecho Civil
Universitat de València

RESUMEN: El artículo analiza la venta de la cosa común realizada por uno solo de los copropietarios. La doctrina jurisprudencial mayoritaria considera que ese contrato de compraventa es nulo por infracción de los artículos 397 y 1261 del Código Civil. En el estudio se pretenden refutar las razones por las que la jurisprudencia decreta la nulidad de este contrato. Así, se analiza el artículo 397 del Código Civil, su origen, sus precedentes, sus posibles interpretaciones y se llega a la conclusión de que el precepto no debe aplicarse a los actos de disposición jurídica sobre la cosa común. De igual modo, en el trabajo se argumenta que el contrato celebrado por uno solo de los copropietarios sobre la cosa común, en principio, tiene consentimiento, objeto

* El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de investigación «Derecho civil valenciano y europeo», GVPROMETEO II/2015/014; y gracias a la ayuda concedida por el Vicerrectorado de Investigación de la Universidad de Valencia para la realización de una estancia de investigación.

y causa. La conclusión a la que se llega en el artículo es que el contrato de compraventa de la cosa común celebrado por uno de los copropietarios es válido obligacionalmente y, si así lo desea el comprador, puede servir de título suficiente para transmitir el derecho de copropiedad que sobre la cosa tuviera el copropietario vendedor.

ABSTRACT: The article analyzes the sale of the common good by one of the co-owners. Mostly the jurisprudence considers that this contract of sale is invalid for the infringement of the arts 397 CC y 1261 CC. In the study, it is intended to refute the reasons why the jurisprudence decrees the nullity of the contract. Thus, the article 397 CC is analyzed, its origin, its precedents, its possible interpretations, and, in this way, it concludes that the provision should not be applied to the acts of legal disposal about the common good. Similarly, in the study is argued that the contract held by one of the co-owners about the common good, in principle, is consented, has object and cause. The conclusion reached by this article is that the contract of sale of the common good held by one of the co-owners is valid contractually and, if so desired by the purchaser, can serve of title deed, capable of transmitting the right of co-ownership left over the common good, that the co-owner seller had.

PALABRAS CLAVE: Copropiedad. Venta de cosa común. Validez obligacional. Limitada eficacia real.

KEY WORDS: *Co-ownership. Sale of the common good. Contractually validity. Limited real effectiveness.*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.—II. INTERESES IMPLICADOS Y POSIBLES FORMAS DE PROTECCIÓN DE LOS MISMOS.—III. LA POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA: 1. LA JURISPRUDENCIA MAYORITARIA: LA DECLARACIÓN DE NULIDAD ABSOLUTA DEL NEGOCIO JURÍDICO REALIZADO POR UNO SOLO DE LOS COPROPIETARIOS. 2. EVOLUCIÓN DE LAS POSICIONES DE LOS AUTORES EN LOS ÚLTIMOS AÑOS.—IV. ARGUMENTOS UTILIZADOS PARA DECRETAR LA NULIDAD DE LA VENTA DE LA COSA COMÚN REALIZADA POR UNO DE LOS COPROPIETARIOS Y SU POSIBLE REFUTACIÓN. 1. PRIMER MOTIVO DE NULIDAD: LA ENAJENACIÓN DE LA COSA COMÚN POR UNO DE LOS COPROPIETARIOS COMO VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 397 DEL CÓDIGO CIVIL. 1.1. *Antecedentes históricos e interpretación del artículo 397 del Código Civil en los primeros comentaristas del Código Civil español.* 1.2. *La interpretación literal del artículo 397 del Código Civil.* 1.3. *La interpretación sistemática del precepto.* 1.4. *La aplicación automática de la sanción de nulidad.*

dad absoluta del negocio jurídico por infracción del artículo 397 del Código Civil. 2. SEGUNDO MOTIVO DE NULIDAD: LA FALTA DE CONSENTIMIENTO, OBJETO O CAUSA DEL NEGOCIO JURÍDICO DISPOSITIVO REALIZADO POR UNO DE LOS COPROPIETARIOS SOBRE LA COSA COMÚN.— V. CONCLUSIÓN: VALIDEZ OBLIGACIONAL DEL CONTRATO DE COMPROVENTA DE COSA COMÚN REALIZADO POR UNO SOLO DE LOS COPROPIETARIOS Y POSIBLE EFICACIA REAL LIMITADA AL DERECHO DE COPROPIEDAD DEL VENDEDOR.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Dos supuestos de hecho extraídos de sendas sentencias del Tribunal Supremo nos servirán para plantear el problema del que nos ocuparemos en este trabajo, así como para determinar los intereses confrontados.

En el primero de los supuestos, extraído de la STS de 26 de febrero de 1982 (*RJ* 1982, 790), la usufructuaria de la finca y la titular de una de las tres partes indivisas de la nuda propiedad, actuando en su propio y exclusivo nombre y derecho, venden la finca a una sociedad. Posteriormente a la venta, la nuda copropietaria vendedora (actuando en su propio nombre y como mandataria verbal de la usufructuaria) insta notarialmente la resolución del contrato por no haber obtenido el consentimiento de las otras dos nudo copropietarias, a lo que la compradora se opuso. Las vendedoras, junto con las demás nudo copropietarias, instan judicialmente la resolución del contrato. La sociedad compradora reconviene y solicita expresamente que se declare la validez y existencia de la venta respecto del derecho de usufructo y la tercera parte indivisa de la nuda propiedad, que eran los derechos que sobre la finca ostentaban las vendedoras.

En el segundo supuesto, extraído de la STS de 28 de marzo de 2012 (*RJ* 2012, 5589), la copropietaria de siete octavas partes indivisas de varias fincas las vende a una sociedad mediante escritura pública que se inscribe en el Registro de la propiedad. El copropietario de la octava parte restante interpone demanda solicitando que se declare la nulidad o inexistencia de la venta de la fincas. La sociedad compradora solicita que la venta sea declarada válida y eficaz en cuanto a la copropiedad de las siete octavas partes indivisas que eran de la exclusiva titularidad de la vendedora.

En ambos supuestos se puede observar que quienes intervienen en el contrato de compraventa en la posición de parte vendedora son realmente titulares de derechos sobre las fincas que se pretenden transmitir aunque, evidentemente, no pueden transmitir la totalidad de los derechos sobre las fincas por faltar el completo poder dispositivo sobre las mismas. Igualmente tienen en común que el comprador expresamente solicita en el procedimiento que se declare la validez de la venta respecto de los derechos de copropiedad (o, en el primer

caso, también respecto del derecho de usufructo) que indiscutiblemente tenían las vendedoras sobre las fincas objeto de la compraventa.

El problema que va a ocuparnos en las próximas páginas es intentar determinar en estos supuestos, en los que el copropietario ha vendido la cosa común sin el consentimiento de los demás copropietarios¹, si la venta realizada individualmente por el copropietario es válida y va a producir algún efecto o, por el contrario, es nula o inexistente.

Y, si es que se llegara a la conclusión de que la compraventa fuera válida, dado que el comprador solicita expresamente en el curso del proceso que se mantenga la venta y todos sus efectos respecto de los derechos de copropiedad que eran de la exclusiva titularidad del vendedor, si el contrato es título suficiente para transmitir al comprador los derechos que sobre la cosa ostentaba el vendedor o, por el contrario, este o cualquier otro copropietario puede negarse a la producción de este parcial efecto real.

II. INTERESES IMPLICADOS Y POSIBLES FORMAS DE PROTECCIÓN DE LOS MISMOS

En estos casos, en los que uno de los copropietarios vende la cosa de la que es cotitular en copropiedad, existen tres intereses implicados, de los cuales, a nuestro juicio, únicamente dos son merecedores de protección.

En primer lugar, es evidente que hay que proteger el interés del copropietario que no intervino en la venta de la cosa común. Su derecho y su posición jurídica no pueden quedar afectados de ninguna manera por una venta que, evidentemente, es *res inter alios acta*. Es claro que la venta de la cosa que se tiene en copropiedad realizada por uno de los copropietarios no va a afectar al resto de copropietarios, para los que será inoponible. Por lo tanto, el contrato de compraventa no les vinculará de ningún modo y, en consecuencia, se haya producido o no la tradición de la cosa común vendida, conservarán intactos sus derechos sobre la cosa. Evidentemente, el copropietario que no intervino en el contrato continuará siendo copropietario y coposeedor en los mismos términos en los que lo era antes de la compraventa. Es claro que el contrato de compraventa realizado por uno solo de los copropietarios, aun seguido de tradición, no puede transmitir los derechos que sobre la cosa común ostentan los copropietarios que no celebraron ese contrato.

No obstante, la cuestión técnica que hay que determinar es si para conseguir esta justa protección de la posición jurídica del copropietario no vendedor es imprescindible declarar la nulidad del contrato celebrado por otro copropietario o, sin declarar la nulidad, garantizando la inoponibilidad del negocio jurídico frente a los cotitulares que no intervinieron en el mismo, se puede conseguir la misma protección o, incluso, conceder al cotitular no partícipe en el con-

trato de compraventa algunas facultades que no tendría en caso de declarar la nulidad radical de la venta (por ejemplo, poder ejercitar el derecho de retracto sobre la cuota del copropietario vendedor en los restrictivos términos que lo concede nuestro legislador [cfr. art. 1522 en relación con los arts. 1518 y 1524 del Código Civil]).

El segundo interés que debe ser protegido es el del comprador. Es evidente que el comprador no está obligado a aceptar ningún pago parcial (cfr. art. 1169 del Código Civil), ni cosa diversa de la que se comprometió a entregar el vendedor (cfr. art. 1166 del Código Civil). Es igualmente evidente que el comprador, si entiende que su consentimiento resultó viciado por error o dolo del copropietario vendedor, al ocultarle que la cosa era común y no de titularidad única del vendedor, podrá anular el contrato a través de la utilización de los mecanismos adecuados para ello (cfr. arts. 1300 y sigs. del Código Civil)².

Sin embargo, de nuevo, la cuestión que hay que determinar es si para conseguir la justa protección del comprador es necesario declarar la nulidad absoluta y radical del contrato de compraventa celebrado por uno de los copropietarios de la cosa común o, por el contrario, el interés del comprador puede quedar igualmente protegido si se le reconoce la posibilidad de instar la resolución del contrato por incumplimiento del copropietario vendedor al no poder entregarle todo lo que le vendió y, en su caso, la posibilidad de anular el contrato por error del consentimiento o dolo del vendedor junto, en ambas hipótesis, con los daños y perjuicios producidos.

Téngase presente que, si se declara la nulidad radical del contrato celebrado por uno solo de los copropietarios, el comprador, aunque interese a su derecho y lo solicite expresamente, no podrá adquirir ni tan siquiera los derechos que el vendedor tuviera sobre la cosa que vendió³.

Como hemos visto en los dos casos que nos han servido para situar el problema, el comprador solicitaba expresamente que la compraventa fuera válida y eficaz para la transmisión de los derechos que sobre la cosa ostentaban los vendedores (el usufructo y una tercera parte de la nuda propiedad, en el primer caso, y las siete octavas partes indivisas de las fincas en el segundo).

Si se declara la nulidad radical y absoluta del contrato de compraventa celebrado por uno solo de los copropietarios, el contrato no podrá producir ningún efecto, ni tan siquiera el parcial de obligar al copropietario vendedor a transmitir los derechos que tuviera sobre la cosa de titularidad común que ha vendido.

Más aún, podría ser (como ocurre normalmente en muchos casos resueltos por nuestros Tribunales), que fuera el propio copropietario vendedor el que instara la nulidad del contrato que celebró en nombre propio alegando la falta de intervención en el mismo de los otros copropietarios, lo que no deja de producir cierta perplejidad.

El tercer interés implicado en estos casos es el del copropietario que, en nombre y derecho propio, vende a un tercero la finca sobre la que únicamente

ostenta el derecho de copropiedad y no la plena titularidad del dominio. A nuestro entender, este es el único interés de los concurrentes que no merece protección.

No parece razonable que el copropietario que, en su propio nombre y derecho, vendió la totalidad de la finca pueda posteriormente solicitar la nulidad radical del contrato de compraventa alegando que no intervinieron en el mismo el resto de copropietarios.

Ni tampoco es razonable, a nuestro entender, que el copropietario que vendió la cosa como si fuera propia pueda negarse a transmitir al comprador que así lo solicite todos los derechos que tuviera sobre la cosa.

Como hemos indicado, el comprador no está obligado a aceptar un pago parcial, pero si satisface igualmente a su interés adquirir los derechos de copropiedad que sobre la cosa tuviera el vendedor, entendemos que lo razonable es defender que el comprador pueda exigir del vendedor el cumplimiento parcial del contrato de compraventa, abonando el precio en proporción al total convenido (analógicamente a lo dispuesto en el art. 1460 del Código Civil), y que el vendedor, por un elemental principio de buena fe y autorresponsabilidad, no pueda oponerse a la validez y eficacia parcial del contrato de compraventa que voluntariamente celebró.

III. LA POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA

1. LA JURISPRUDENCIA MAYORITARIA: LA DECLARACIÓN DE NULIDAD ABSOLUTA DEL NEGOCIO JURÍDICO REALIZADO POR UNO SOLO DE LOS COPROPIETARIOS

Uno de los temas en los que nuestra jurisprudencia se muestra más variable e insegura es, precisamente, el de la apreciación de la nulidad o validez de la venta de cosa común por uno de los copropietarios y, en su caso, la concreción de los efectos jurídicos que la misma puede producir.

Así, por ejemplo, en el primer supuesto que hemos referido al inicio de este trabajo, extraído de la STS de 26 de febrero de 1982 (*RJ* 1982, 790), en el que la usufructuaria junto con una de las tres nudo propietarias vendían a un tercero la finca, el Tribunal Supremo, aunque en la demanda se solicitaba la resolución del contrato, declaró la nulidad absoluta de la venta, que no sirvió ni tan siquiera para transmitir, como solicitaba expresamente el comprador en su reconvenión, el usufructo, que era de titularidad única y exclusiva de una de las vendedoras, ni el tercio de nuda propiedad cuya titularidad correspondía a la nuda copropietaria que celebró el contrato de compraventa⁴.

Por el contrario, en el caso resuelto por la STS de 28 de marzo de 2012 (*RJ* 2012, 5589), el Tribunal Supremo declaró la validez obligacional de la venta realizada por el copropietario de las siete octavas partes indivisas, aunque lo hizo sin ninguna convicción, señalando que la validez de la venta constituye una

excepción frente a la doctrina general de la nulidad absoluta de la compraventa realizada por uno solo de los copropietarios, y que la apreciación de esta excepción queda en las manos del Tribunal, pues, según se dice, «está subordinada al estudio de las circunstancias del caso y a la consiguiente interpretación del contrato celebrado»⁵.

Lo cierto es que el estudio de la jurisprudencia sobre la disposición aislada por uno de los copropietarios de la cosa común es muy poco clarificadora, y ello aunque nos limitemos únicamente a la doctrina del Tribunal Supremo. Muchas sentencias defienden posiciones radicalmente contradictorias entre sí⁶.

Así, el Tribunal Supremo ha considerado, por ejemplo, que la venta de la cosa común por uno de los comuneros es nula radical y absolutamente (STS de 26 de marzo de 2012 [RJ 2012, 5576]; de 7 de marzo de 2012 [RJ 2012, 4059]; de 23 de junio de 2009 [RJ 2009, 4233]; de 9 de octubre de 2008 [RJ 2008, 5684]; de 23 de enero de 2003 [RJ 2003, 607]; de 13 de noviembre de 2001 [RJ 2001, 9689]; de 24 de julio de 1998 [RJ 1998, 6446]; de 16 de junio de 1995 [RJ 1995, 5301]; de 25 de septiembre de 1995 [RJ 1995, 6669]; de 25 de junio de 1990 [RJ 1990, 4894] y de 23 de octubre de 1990 [RJ 1990, 8041]⁷).

También ha decretado la nulidad de la venta realizada por el comunero pero, al mismo tiempo, dejando a salvo «el derecho del comprador a ejercitar contra el vendedor las acciones correspondientes y entre ellas las del saneamiento por evicción» [STS de 11 de abril de 1953 (RJ 1953, 1263), referida a un supuesto de comunidad hereditaria en el que, sin haberse verificado la partición, uno de los hermanos vende bienes de la herencia sin el consentimiento del otro coheredero], lo cual es absolutamente contradictorio, pues si la venta es nula radical y absolutamente, difícilmente puede producir algún efecto, y mucho menos el de la aplicación de las consecuencias derivadas de la evicción en la compraventa, que parten necesariamente de la validez del contrato celebrado⁸. De igual modo, se ha decretado la nulidad de pleno derecho del contrato pero, al mismo tiempo, se ha defendido su posible validez condicional (STS de 8 de mayo de 1989 [RJ 1989, 3673]).

Sin embargo, coetáneamente, también el Tribunal Supremo ha declarado la validez de la venta de la cosa común realizada por uno solo de los copropietarios [así, por ejemplo, en la clarificadora STS de 26 de febrero de 2008 (RJ 2008, 2819), pronunciada por D. Antonio GULLÓN BALLESTEROS, o en la STS de 28 de marzo de 2012 (RJ 2012, 5589), o en la más reciente de 15 de enero de 2013 (RJ 2013, 2276)]⁹.

No obstante la diversidad de pronunciamientos sobre la cuestión, lo cierto es que, al menos hasta el momento, la inmensa mayoría de las sentencias del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales establecen que la venta de la cosa en copropiedad realizada por uno de los copropietarios es nula radical

y absolutamente, alegando para ellos diversos motivos¹⁰, y las que admiten la validez de la venta de cosa en copropiedad por uno de los copropietarios lo hacen sin verdadera convicción, forzadas por las circunstancias del supuesto fáctico y, además, manifestando expresamente, sin ninguna necesidad y como una forma de prevención, que «*la validez de la compraventa está sujeta al necesario estudio de las circunstancias del caso y a la consiguiente interpretación del contrato celebrado*» [frase que se contiene tanto en la STS de 28 de marzo de 2012 (*RJ* 2012, 5589) como en la de 15 de enero de 2013 (*RJ* 2013, 2276)].

2. EVOLUCIÓN DE LAS POSICIONES DE LOS AUTORES EN LOS ÚLTIMOS AÑOS

También en la doctrina se ha defendido de modo mayoritario la nulidad radical del contrato de compraventa de la cosa común celebrado por uno solo de los copropietarios en nombre y derecho propio, argumentando normalmente que la disposición aislada de uno de los comuneros se opone a lo establecido imperativamente por el artículo 397 del Código Civil, al señalar que «*ninguno de los condueños podrá, sin consentimiento de los demás, hacer alteraciones en la cosa común, aunque de ellas pudieran resultar ventajas para todos*», interpretando que en el término «*alteraciones*» también están incluidos los negocios jurídicos de disposición sobre la cosa común¹¹.

Esta posición doctrinal mayoritaria ha estado muy influenciada por la postura mantenida por el Tribunal Supremo que, a su vez, estuvo decisivamente condicionada por el parecer de D. José BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, que desde el año 1964 hasta finales de 1985 fue Magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo, y en su monografía *La comunidad de bienes en Derecho español*, defendía que el artículo 397 del Código Civil, al referirse a «*alteraciones*» no solo comprendía los actos de modificación material de la cosa común sino también los actos de disposición jurídica sobre ella, y sancionaba con la nulidad absoluta los contratos celebrados sobre la cosa común por uno solo de los copropietarios¹².

Esta posición doctrinal, sin embargo, a partir de la obra del Profesor MIQUEL GONZÁLEZ¹³, entendemos que está evolucionando y en los últimos años son claramente mayoría los autores que defienden que la venta de la cosa común realizada por uno de los copropietarios en su propio nombre y derecho no puede considerarse nula radical y absolutamente, sino que debe entenderse como válida en el aspecto obligacional y, por lo tanto, producirá las consecuencias propias de este negocio jurídico (así, por ejemplo, servirá de justo título para la usucapión) aunque, lógicamente, aun cuando fuera seguida de la tradición, no podrá transmitir los derechos que sobre la cosa no fueran titularidad del copropietario vendedor¹⁴.

IV. ARGUMENTOS UTILIZADOS PARA DECRETAR LA NULIDAD DE LA VENTA DE LA COSA COMÚN REALIZADA POR UNO DE LOS COPROPIETARIOS Y SU POSIBLE REFUTACIÓN

Dos son los motivos por los que los, principalmente, los Tribunales españoles declaran la nulidad de la venta de la cosa común realizada por uno o varios de los copropietarios sin la participación de los restantes: Porque el contrato de compraventa de la cosa común realizado sin la intervención de todos los copropietarios supone una vulneración del artículo 397 del Código Civil, que es una norma imperativa a cuya infracción la jurisprudencia le atribuye la sanción de la nulidad absoluta o radical; y, en segundo lugar, porque —se afirma— el contrato de compraventa de la cosa común realizado sin la intervención de todos los copropietarios carece de consentimiento, o bien de objeto o causa¹⁵.

A continuación intentaremos rebatir los motivos que ordinariamente conducen a los Tribunales a declarar la nulidad radical de la venta de cosa común realizada sin la intervención de todos los copropietarios.

1. PRIMER MOTIVO DE NULIDAD: LA ENAJENACIÓN DE LA COSA COMÚN POR UNO DE LOS COPROPIETARIOS COMO VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 397 DEL CÓDIGO CIVIL

Como hemos indicado en el apartado anterior, la jurisprudencia y la doctrina tradicional entienden que en el término «*alteraciones*», que el artículo 397 del Código Civil impide realizar en la cosa común a los condeños sin el consentimiento de los demás, están incluidos no solo los actos de modificación material de la cosa, esto es, las «*innovaciones en la cosa común*», a las que únicamente se refería el artículo 677 del Código Civil italiano de 1865, que es el claro precedente de nuestro artículo 397 del Código Civil, sino que también deben incluirse en el concepto de «*alteraciones*» los actos de disposición jurídica¹⁶.

Así, se dirá que la enajenación es el «*máximo acto de alteración de la cosa común*»¹⁷.

En este sentido, alterando claramente el tenor literal de lo dispuesto en el artículo 397 del Código Civil, la STS de 13 de noviembre de 2001 (*RJ* 2001, 9689) resuelve un supuesto en el que cuatro de los cinco copropietarios habían vendido a un tercero la finca que tenían en común.

El copropietario que no intervino en la compraventa demandó a los cuatro copropietarios vendedores y a los compradores solicitando la nulidad absoluta de la venta.

A pesar de que la sentencia de primera instancia había declarado únicamente la invalidez parcial de la venta respecto de los derechos de copropiedad del demandante, tanto la sentencia de apelación como la del Tribunal Supremo

declararon la nulidad radical del negocio jurídico realizado por cinco de los seis copropietarios con el siguiente argumento:

«*El artículo 397 del Código Civil dispone que “para actos materiales de alteración o para actos jurídicos de disposición, de una cosa en copropiedad, es decir, para los actos que vayan más allá de la administración y supongan una disposición o alteración de la cosa objeto de copropiedad, es precisa la unanimidad de todos los codueños. Sin que pueda mantenerse la validez parcial respecto a la parte de los que han dispuesto, si ha faltado la unanimidad”.*

Lo anterior ha sido indiscutido en la doctrina y reiteradamente mantenido por la jurisprudencia. Es especialmente clara y trata un caso muy semejante al presente la sentencia de 19 de diciembre de 1985 (RJ 1985, 6603)».

En efecto, la STS de 19 de diciembre de 1985 (RJ 1985, 6603) condensa perfectamente esta doctrina jurisprudencial, al punto de que numerosas sentencias posteriormente se remitirán a sus argumentos para declarar la nulidad de la compraventa por vulneración del artículo 397 del Código Civil¹⁸.

Dice la sentencia:

«*La enajenación de la cosa común como cosa propia, supone en efecto una alteración de la misma prevista en el artículo trescientos noventa y siete del Código sustantivo, de añea tradición —sentencias de diecisiete de junio de mil novecientos veintisiete; nueve de febrero de mil novecientos cincuenta y cuatro (RJ 1954, 332); diez de octubre de mil novecientos cincuenta y seis (RJ 1956, 3184); ocho de abril de mil novecientos sesenta y cinco (RJ 1965, 2150); veinte y veintiuno de febrero de mil novecientos sesenta y nueve; veinticinco de abril de mil novecientos setenta (RJ 1970, 2044) y catorce de diciembre de mil novecientos setenta y tres (RJ 1973, 4780)— ya que tanto la jurisprudencia como la doctrina dominante, estiman que esa alteración no solo es alusiva a actos materiales, sino a aquellos que tienen repercusión jurídica, pues el artículo trescientos noventa y siete no distingue y es el que marca precisamente con el siguiente artículo trescientos noventa y ocho, la frontera de los actos de mera administración y de los que tienen mayor entidad, para cada uno de los cuales se marca respectivamente, el régimen de simple mayoría o el de unanimidad. Precisamente, se llega con invocación de estos artículos trescientos noventa y siete y trescientos noventa y ocho a la determinación discriminatoria de la validez y eficacia de los actos particulares de los comuneros, sin constancia del asentimiento de los demás, cuando la actuación de aquellos redunda en notorio y claro provecho de la comunidad, pero no en caso contrario en que se declara la nulidad radical como en el caso contemplado en la sentencia de catorce de diciembre de mil novecientos setenta y tres (RJ 1973, 4780) de un arrendamiento que precisaba de la unanimidad de todos los partícipes. Y si ello es así, obvio resulta, que la enajenación, de mucha mayor entidad jurídica, requiere esa unanimidad, es decir el consentimiento del copropietario, a través de sus Órganos legales de representación complementario de su incapacidad,*

para que el contrato privado tuviera virtualidad, lo que al carecer de tal requisito acarrea su nulidad, como correctamente se mantiene en la sentencia, por cuya razón ha de perecer el primer motivo del recurso».

Como intentaremos demostrar a continuación, argumentos de diversa índole (de orden histórico, gramatical, sistemático, etc.), se oponen a esta doctrina jurisprudencial que entiende que el negocio jurídico sobre la cosa común realizado por uno o varios de los copropietarios sin la participación de los restantes supone una «*alteración en la cosa común*» prevista en el artículo 397 del Código Civil y debe ser sancionado necesariamente con la nulidad absoluta¹⁹.

1.1. Antecedentes históricos e interpretación del artículo 397 del Código Civil en los primeros comentaristas del Código Civil español

A pesar de que la STS de 19 de diciembre de 1985 (*RJ* 1985, 6603) señala que «*la enajenación de la cosa común como cosa propia, supone en efecto una alteración de la misma prevista en el artículo trescientos noventa y siete del Código sustantivo, de añeja tradición (...) ya que tanto la jurisprudencia como la doctrina dominante, estiman que esa alteración no solo es alusiva a actos materiales, sino a aquellos que tienen repercusión jurídica*», y, efectivamente, puede parecer que, desde siempre o, al menos, desde que se publicó el Código Civil, los actos de disposición jurídica se han considerado comprendidos en los supuestos de «*alteración en la cosa común*» a los que se refiere el artículo 397, lo cierto es que esta interpretación amplísima del término «*alteraciones en la cosa común*», comprensiva no solo de las actuaciones materiales realizadas en la cosa sino también de los negocios jurídicos realizados sobre la misma, es relativamente reciente en nuestra doctrina y jurisprudencia.

En efecto, la jurisprudencia, los primeros comentaristas del Código Civil español y, en general, la gran mayoría de los autores, hasta mediados de los años cincuenta del pasado siglo consideraron que el artículo 397 del Código Civil únicamente se refería a las alteraciones de índole material, porque afectaban inevitablemente a toda la cosa común y no podían dividirse o limitarse a la parte del copropietario actuante²⁰.

Más aún, con carácter general se limitaba el concepto de «*alteraciones en la cosa común*» a aquellas que afectaran a la forma o sustancia de la cosa común o a aquellas otras que, de cualquier modo, limitaran o perjudicaran el disfrute del resto de los comuneros²¹.

Y esta primera interpretación del precepto, que se mantuvo en la doctrina y jurisprudencia hasta bien entrados los años cincuenta del pasado siglo, es la más próxima a los antecedentes históricos del precepto, si se tiene presente que el artículo 397 de nuestro Código Civil proviene directamente del artículo 677 del Código Civil italiano de 1865, que disponía: «*Uno de los partícipes no*

*puede hacer innovaciones en la cosa común, aunque las pretenda ventajosas a todos, si los otros no las consienten*²².

En cuanto a la interpretación del artículo 677 del Código Civil italiano de 1865, los autores que lo estudiaron, de modo prácticamente unánime, limitaban el término «innovaciones» a aquellas actuaciones de índole material que pudieran realizar los comuneros sobre la cosa común, reservando el artículo 679 del Código Civil italiano de 1865 tanto para la regulación de los actos de disposición jurídica sobre la cuota como sobre la cosa común²³.

Los autores que estudiaron la comunidad de bienes en el Código Civil italiano de 1865 ni siquiera llegan a sugerir la posible aplicación del artículo 677, que se refiere a las innovaciones materiales, a los supuestos de venta de la cosa común por uno solo de los comuneros, limitando el término innovaciones a los actos de alteración material sobre la cosa común y, como hemos dicho, remitiendo a la regulación del artículo 679 los actos de disposición jurídica extralimitados que pudieran realizar alguno de los copropietarios²⁴.

Además, teniendo en cuenta que el artículo 679 del Código Civil italiano de 1865, después de disponer que cada partícipe tiene la plena propiedad de su cuota y de los correspondientes frutos y utilidades y, en consecuencia, puede libremente enajenar, ceder o hipotecar esta cuota y también sustituir a otro en el disfrute de la misma, afirmaba: «*Pero el efecto de la enajenación o de la hipoteca se limita a la parte que vendrá a corresponder al partícipe en la división*», la doctrina italiana señalaba que la enajenación realizada por uno solo de los comuneros de la cosa común no podía ser considerada nula absoluta y radicalmente, pues el propio precepto contemplaba la disposición extralimitada de algún comunero y establecía sus consecuencias, limitando el efecto de la enajenación o hipoteca a la parte que le corresponderá al partícipe en la división.

Así, la doctrina italiana referida al Código de 1865, aunque lógicamente afirmaba que únicamente el consentimiento de todos los copropietarios podía transmitir la propiedad de la cosa vendida, consideraba válida la venta de la cosa común realizada por uno solo de los copropietarios²⁵.

Téngase presente, además, que la determinación de la validez de la venta de cosa común realizada por uno solo de los copropietarios en el Derecho italiano aplicable bajo la vigencia del Código Civil de 1865 tenía una dificultad añadida, y es que el artículo 1459 consideraba nula la venta de cosa ajena²⁶.

Sin embargo, la doctrina italiana resolvía esta dificultad señalando que el precepto no podía aplicarse a la venta de la cosa común realizada por uno solo de los copropietarios, pues la cosa vendida realmente no era ajena o, al menos, no era totalmente ajena²⁷.

Incluso, al igual que posteriormente hará la doctrina italiana referida al Código Civil de 1942, los autores que estudiaron la comunidad de bienes bajo la vigencia del Código de 1865, entendieron que el contrato de venta de la cosa

común realizado por uno solo de los comuneros produce unos limitados efectos reales, pues tiene la eficacia parcial de transmitir al comprador el derecho de copropiedad que tenía el enajenante y el comprador, en consecuencia, pasa a formar parte de la comunidad²⁸.

En consecuencia, teniendo en cuenta los precedentes del artículo 397 de nuestro Código Civil y cómo se interpretaron en Italia, así como la interpretación que del precepto realizaron los autores españoles que escribieron con posterioridad a la publicación del Código Civil, parece que puede afirmarse que no siempre la doctrina y jurisprudencia española consideraron incluidos en el artículo 397 del Código Civil los actos de disposición jurídica. Ni esta interpretación es de tan «añeja tradición» como señala la STS de 18 de diciembre de 1985 (*RJ* 1985, 6603)²⁹, sino que esta interpretación solo se produjo, como hemos señalado, a partir de los años cincuenta, pues hasta entonces el artículo 397 del Código Civil se interpretaba como referido únicamente a las innovaciones, esto es, a las alteraciones de índole material³⁰.

Por lo tanto, parece que el argumento de orden histórico no justifica en absoluto la interpretación que actualmente es dominante, al menos en nuestra jurisprudencia.

1.2. La interpretación literal del artículo 397 del Código Civil

Tampoco, a nuestro juicio, la actual interpretación jurisprudencial se puede justificar por el contenido gramatical del precepto. Antes al contrario.

Y es que entender comprendidos en la expresión utilizada por el artículo 397 del Código Civil de «hacer alteraciones en la cosa común» también los actos de disposición jurídica solo puede hacerse forzando manifiestamente el sentido literal de las palabras y poniendo en boca del legislador lo que no ha dicho al equiparar dos verbos que no tienen nada que ver: alterar y disponer.

En efecto, la primera acepción del verbo «alterar» es «cambiar la esencia o forma de algo»³¹, por lo tanto, es evidente que las «alteraciones en la cosa común» suponen actuaciones de índole material que producen cambios en la cosa que afectan a su esencia o forma.

Como se ve, la interpretación literal del precepto coincide con la que hacían los primeros comentaristas de nuestro Código Civil, que limitaban el término «alteraciones» a las modificaciones de índole material y, además, únicamente a aquellas que afectaban a la forma o sustancia de la cosa³².

Por el contrario, el verbo disponer se define como: «Ejercitar en algo facultades de dominio, enajenarlo o gravarlo, en vez de atenerse a la posesión y disfrute. Testar acerca de ello»³³.

Por lo tanto, a nuestro juicio, parece claro que cuando el legislador decimonónico, —inspirándose en el Código Civil italiano de 1865, que hablaba de

hacer innovaciones en la cosa—, utilizó en el artículo 397 de nuestro Código la expresión «*alteraciones en la cosa común*» se estaba refiriendo única y exclusivamente a las actuaciones de índole material que pudieran afectar a la forma y esencia de la cosa común.

Y aun cuando, tras cientos de sentencias afirmando de modo indubitado que el término alteraciones también incluye los actos de disposición jurídica, se haya asumido esta equiparación y no extrañe que se interpreten como términos idénticos los que no lo son, lo cierto es que los primeros autores que propugnaron la inclusión en el artículo 397 del Código Civil de los actos de disposición jurídica sí que advirtieron que los términos alteración y disposición son muy diversos, intentando justificar la interpretación del precepto en una utilización imprecisa del término «*alteraciones*» por el legislador³⁴.

Por lo tanto, la expresión hacer «*alteraciones en la cosa común*», en una correcta interpretación gramatical del precepto, acudiendo al «*sentido propio de las palabras*», como exige el artículo 3 del Código Civil, únicamente debe interpretarse como actuaciones que se realizan materialmente *en* la cosa común y que afecten a su forma o esencia, sin que puedan entenderse incluidos en ellas los actos de disposición jurídica.

Y es que parece evidente que los actos de disposición jurídica, se realicen únicamente sobre la cuota o se realicen sobre la cosa común, no producen ninguna alteración *en la cosa*, que permanece invariable e idéntica antes y después de la celebración del negocio de disposición jurídica³⁵.

1.3. *La interpretación sistemática del precepto*

Como hemos visto, la jurisprudencia aplica el artículo 397 del Código Civil a la venta de la cosa común realizada por uno solo de los comuneros. Y lo hace para imponer la sanción de la nulidad absoluta y radical del acto dispositivo por infracción de la norma.

Sin embargo, de los preceptos que en nuestro Código Civil se refieren expresa y específicamente a la disposición de un comunero en el ámbito de la comunidad de bienes se desprende cabalmente lo contrario: la validez del negocio jurídico y la producción de determinados efectos jurídicos.

Como veremos a continuación, aplicando igualmente la interpretación sistemática de las normas, esto es, poniendo «*en conexión los preceptos legislativos que tratan de una determinada cuestión, por presuponerse que entre ellos hay una coherencia y una interdependencia*» (STS de 28 de octubre de 2005 [RJ 2005, 7615]), tampoco debería incluirse la venta de la cosa común realizada por uno de los comuneros en el ámbito de aplicación del artículo 397 del Código Civil, como hace la mayoría de la jurisprudencia, declarando la nulidad absoluta del contrato.

Los dos únicos preceptos que se refieren a la disposición en el ámbito de la comunidad de bienes son el artículo 399 del Código Civil, que regula la disposición de la cuota por un comunero, y el artículo 597 del Código Civil, que establece la regulación aplicable a la constitución de una servidumbre sobre un fundo indiviso.

En cuanto al primero de los preceptos, el artículo 399 del Código Civil dispone: *«Todo condeño tendrá la plena propiedad de su parte y la de los frutos y utilidades que le correspondan, pudiendo en su consecuencia enajenarla, cederla o hipotecarla, y aun sustituir otro en su aprovechamiento, salvo si se tratare de derechos personales. Pero 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».*

Como se ve, la norma, después de establecer la plena propiedad de cada comunero sobre su cuota y la posibilidad de enajenarla o cederla a un tercero, advierte que el efecto de la enajenación en relación con los copropietarios quedará limitado a la porción que se le adjudique al comunero vendedor al cesar la comunidad, al igual que vimos que hacía el artículo 679 Código Civil italiano de 1865, del que proviene nuestro precepto.

Por lo tanto, el precepto parte del supuesto fáctico de que el copropietario haya enajenado o cedido más derechos de los que le corresponden sobre la cosa común, pues si no fuera así no tendría sentido la advertencia de que, respecto de los demás copropietarios, los efectos de la enajenación o disposición quedarán limitados a la porción que se le adjudique al comunero enajenante en la división.

En definitiva, como señalaba la doctrina italiana referida al Código Civil de 1865, si el comunero solo hubiera enajenado su cuota la última frase del artículo sobraría³⁶.

El artículo parte de la validez del acto de enajenación extralimitado realizado por el comunero vendedor, al que no declara nulo sino que simplemente limita sus efectos (respecto de los otros copropietarios) a la parte que se le adjudique al comunero en la división, limitación de efectos que, obviamente, presupone la validez del negocio jurídico extralimitado que hubiera realizado uno de los copropietarios³⁷.

Obsérvese, además, que el legislador únicamente limita los efectos de la disposición extralimitada realizada por uno de los comuneros respecto de sus relaciones con los otros copropietarios y no en el ámbito de las relaciones que puedan generarse entre el copropietario enajenante y el tercero comprador, respecto del cual el comunero enajenante no debería poder oponer su propia enajenación extralimitada para instar la nulidad del contrato.

El segundo precepto que se refiere a la disposición en el ámbito de la comunidad de bienes es el artículo 597 del Código Civil, que regula la constitución de una servidumbre sobre un fundo indiviso, reconociendo la validez del negocio jurídico de constitución realizado por uno solo de los comuneros, aunque, dado

el carácter indivisible del derecho de servidumbre (que no se puede establecer *pro cuota*³⁸), deja en suspenso los efectos del negocio jurídico de constitución hasta que la servidumbre se otorgue por todos los copropietarios³⁹.

Pero lo que interesa ahora destacar es que el precepto no impone la nulidad absoluta del acto de disposición (constitución de servidumbre) sobre la cosa común realizado por uno solo de los comuneros sino que, por el contrario, presupone su validez y determina sus efectos suspendiéndolos respecto de los otros copropietarios (porque, como veremos, en las relaciones entre el comunero concedente de la servidumbre y el beneficiario de la misma, el concedente no puede oponerse a la efectividad inmediata de la servidumbre).

En efecto, el artículo 597 del Código Civil dispone: «*Para imponer una servidumbre sobre un fundo indiviso se necesita el consentimiento de todos los copropietarios.*

La concesión hecha solamente por algunos quedará en suspenso hasta tanto que la otorgue el último de todos los partícipes o comuneros.

*Pero la concesión hecha por uno de los copropietarios separadamente de los otros obliga al concedente y a sus sucesores, aunque lo sean a título particular, a no impedir el ejercicio del derecho concedido*⁴⁰.

Por lo tanto, el precepto no impone la nulidad absoluta del negocio jurídico de concesión de servidumbre sobre el fundo indiviso realizado por solo uno o algunos de los comuneros. Por el contrario, admite expresamente su validez, dejando la concesión realizada en suspenso (respecto de los otros copropietarios), pero estableciendo de modo inmediato efectos respecto del comunero concedente (que queda inmediata y definitivamente obligado, junto con sus sucesores, a no impedir al beneficiario el ejercicio del derecho de servidumbre concedido)⁴¹.

En consecuencia, la validez del negocio jurídico de concesión de la servidumbre va a producir determinados efectos⁴².

El primero de los efectos viene directamente establecido por el precepto, y es que el comunero concedente queda obligado a no impedir el ejercicio del derecho de servidumbre.

Por lo tanto, ni él ni sus sucesores podrán ejercitar la acción negatoria de servidumbre. En consecuencia, si el resto de comuneros no concedentes no se oponen al ejercicio del derecho de servidumbre por el beneficiario, este, de facto, podrá ejercitar el derecho de servidumbre⁴³. De igual modo, si el resto de comuneros deciden consentir posteriormente la constitución de la servidumbre, el copropietario que la concedió inicialmente ya no podrá oponerse a la concesión⁴⁴.

Dado que la constitución de servidumbre concedida extralimitadamente por uno solo de los copropietarios le obliga definitivamente a él y a sus herederos, si, por la razón que fuera (compraventa, adjudicación en la división de la cosa común, renuncia de los otros copropietarios, etc.) el concedente o cualquiera

de sus sucesores adquirieran la propiedad de la finca que se tenía en común, la servidumbre quedará definitivamente constituida con plenitud de efectos sobre el fundo en ese mismo instante⁴⁵.

De igual modo, quedará constituida la servidumbre si el concedente o sus sucesores adquieren por cualquier título (compraventa, adjudicación en la división, etc.) una parte del fundo sobre la que pueda ejercitarse la servidumbre concedida unilateralmente⁴⁶.

Por lo tanto, y en lo que interesa a nuestro estudio, de lo establecido en el artículo 597 del Código Civil se desprende de modo indiscutible la validez del negocio jurídico de concesión de servidumbre sobre el fundo indiviso realizado unilateralmente por uno solo de los copropietarios y la producción de importantes efectos. De igual modo, del artículo 399 del Código Civil se desprende la validez del negocio jurídico de disposición extralimitado realizado por uno solo de los copropietarios sobre la cosa común, y la producción de efectos, que quedarán limitados respecto de los otros comuneros a la porción que se le asigne en la división al enajenante o disponente.

En conclusión: ni el artículo 399 ni el artículo 597 del Código Civil sancionan con la nulidad absoluta el negocio jurídico realizado por uno solo de los copropietarios sobre la cosa común sino que, antes al contrario, parten de la validez del mismo, aunque limiten sus efectos en relación con los otros copropietarios.

Puede afirmarse, por tanto, que los únicos artículos del Código Civil que regulan de modo expreso y directo los actos de disposición en las situaciones de comunidad reconocen la validez del acto dispositivo realizado por uno solo de los copropietarios aunque limiten sus efectos.

No parece, en consecuencia, que la jurisprudencia realiza del artículo 397 del Código Civil (que, insistimos, no regula ningún negocio jurídico de disposición sobre la cosa común) case bien con la validez del negocio jurídico extralimitado que reconoce el legislador en los artículos 399 y 597 del Código Civil.

1.4. La aplicación automática de la sanción de nulidad absoluta del negocio jurídico por infracción del artículo 397 del Código Civil

Por lo expuesto en los apartados anteriores, entendemos que el artículo 397 del Código Civil no es el precepto que debe aplicarse a los negocios jurídicos realizados por uno solo de los copropietarios sobre la cosa común.

Pero, aun cuando estuviéramos equivocados y realmente fuera el artículo 397 del Código Civil el artículo que se aplicara a la enajenación de la cosa común realizada por uno solo de los comuneros, lo que no parece razonable es entender, como hace la jurisprudencia, que la aplicación del precepto conduce

directamente y de modo inexorable a la nulidad del negocio jurídico realizado por uno solo de los copropietarios.

El artículo 397 del Código Civil no establece la sanción de nulidad para el caso de que se infrinja el precepto⁴⁷. De hecho, difícilmente podría imponer la nulidad teniendo en cuenta que, como hemos visto, el texto literal del artículo se refiere exclusivamente a «*alteraciones en la cosa común*» y no a negocios jurídicos⁴⁸.

Por lo tanto, dado que el precepto no establece la sanción de nulidad para el caso de su infracción, aun cuando se defendiera la aplicación del artículo 397 del Código Civil a los negocios jurídicos realizados sobre la cosa común por uno solo de los comuneros, debería extremarse el cuidado para declarar nulos de pleno derecho (por aplicación del artículo 6.3 del Código Civil)⁴⁹ los negocios jurídicos realizados extralimitadamente por alguno de los copropietarios, pues la sanción de nulidad, que supone la eliminación de la voluntad libremente manifestada por las partes en el negocio jurídico, es la más grave consecuencia que impone nuestro ordenamiento jurídico y solo debería aplicarse cuando expresamente lo imponga la ley o cuando fuera imprescindible teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en el negocio jurídico y las consecuencias que producirá la validez o nulidad del mismo⁵⁰.

En este sentido, imponer la sanción de nulidad a los negocios jurídicos realizados por uno de los copropietarios sobre la cosa común produce consecuencias ilógicas y, en ocasiones, absurdas, como veremos a continuación⁵¹.

Así, si el negocio jurídico realizado sobre la cosa común por uno solo de los copropietarios fuera nulo, el propio copropietario que realizó libre y voluntariamente el negocio jurídico dispositivo podría instar y conseguir la declaración de nulidad del mismo, lo que no parece razonable. De hecho, en la jurisprudencia son frecuentes los casos en los que es el propio copropietario que celebró el contrato el que insta la nulidad del mismo (así ocurrió en la STS de 26 de febrero de 1982 [RJ 1982, 790], que nos ha servido de ejemplo para introducir estas páginas).

Si siempre fuera nulo de pleno derecho, el negocio jurídico realizado por uno de los comuneros sobre la cosa común no podría considerarse como justo título a los efectos de que el adquirente pudiera adquirir por usucapición ordinaria la cosa, si es que se hubiera producido la entrega, porque el artículo 1953 del Código Civil exige que el título para la usucapición sea válido.

Incluso aunque el comprador fuera de buena fe y hubiera adquirido la finca común a título oneroso y, por la razón que fuera, la finca estuviera inscrita en el Registro de la propiedad como de titularidad exclusiva del vendedor, el comprador, aunque inscribiera la compra, no quedaría protegido en su adquisición por el artículo 34 LH, pues el contrato de compraventa se consideraría nulo radicalmente y, como es sabido, el artículo 33 LH dispone que la inscripción no convalida los actos y contratos que sean nulos con arreglo a las leyes.

Si, finalmente, el copropietario que celebró el negocio jurídico sobre la cosa común la llegara a adquirir por completo (por ejemplo, porque se le adjudicó en la división), el negocio no podría convalidarse y, como hemos visto, el propio copropietario enajenante (ahora propietario exclusivo de la cosa) podría instar la nulidad del negocio jurídico realizado por él mismo cuando era copropietario de la cosa común o, cuando el comprador le reclamara judicialmente el cumplimiento del contrato, alegar en la contestación a la demanda la nulidad radical del negocio jurídico celebrado cuando era copropietario⁵².

De igual modo, si es que se considera que el negocio jurídico realizado por el copropietario sobre la cosa común es siempre nulo radical y absolutamente, si el comprador, pese a comprobar posteriormente a la compraventa que el vendedor solo era titular de una cuota de copropiedad sobre la cosa común, solicitara que el contrato fuera válido por esa cuota de propiedad titularidad del vendedor, tampoco podría admitirse este efecto, aunque la cuota de copropiedad del vendedor (que siempre es de titularidad exclusiva, cfr. art. 399 del Código Civil) fuera numéricamente importante (como hemos visto, en la STS de 28 de marzo de 2012 [RJ 2012, 5589] el vendedor era titular de siete octavas partes indivisas de las fincas).

Evidentemente, si el negocio siempre fuera nulo, tampoco podría producir ninguna consecuencia en el ámbito de las relaciones obligacionales que, en caso de validez del contrato, podrían haber surgido entre las partes contratantes, pues *quod nullum est nullum effectum producit*. Por lo tanto, el comprador no podría ni instar el cumplimiento del contrato exigiendo la transmisión íntegra de la propiedad en caso de que el vendedor finalmente hubiera adquirido la plena propiedad sobre la cosa común, ni la resolución por incumplimiento en caso contrario; ni podría demandar el saneamiento por evicción o por evicción parcial en caso de que se hubiera producido la entrega de la cosa y el comprador se hubiese visto privado total o parcialmente de la misma por los copropietarios no intervenientes en el negocio jurídico dispositivo; ni tampoco podría pedir la anulación del contrato por error sobre la propiedad del vendedor, pues el contrato siempre sería nulo absoluta y radicalmente⁵³.

Y, si ni tan siquiera se producen efectos en el ámbito obligacional, mucho menos permitiría a los otros copropietarios no intervenientes en el negocio jurídico dispositivo ejercitar el derecho de retracto de comuneros por la parte correspondiente al copropietario que dispuso extralimitadamente de la cosa común (art. 1522 del Código Civil), para lo que la doctrina mayoritaria exige la consumación de la enajenación con la adquisición de la cuota de copropiedad por el tercero que puede ser retraído⁵⁴.

Por lo tanto, teniendo en cuenta las consecuencias que produce la declaración de nulidad del negocio jurídico, a nuestro juicio, aun cuando se aceptara que fuera de aplicación el artículo 397 del Código Civil a los negocios jurídicos realizados por uno solo de los copropietarios sobre la cosa común, entendemos que

la sanción de nulidad de pleno derecho no sería la adecuada, pues conduciría a resultados poco razonables y contradictorios con los efectos admitidos por nuestro ordenamiento jurídico en situaciones semejantes (por ejemplo, el adquirente de una cosa totalmente ajena sí que tiene justo título para la usucapión ordinaria; queda protegido en su adquisición si se cumplen las condiciones del artículo 34 LH; y, en cualquier caso, puede exigir responsabilidad contractual al vendedor)⁵⁵.

Por otra parte, interpretar el artículo 397 del Código Civil de modo que su infracción produzca la consecuencia inexorable de aplicar la sanción de nulidad absoluta al contrato realizado por uno de los copropietarios sobre la cosa común, supone desconocer el principio de conservación de los negocios jurídicos porque, como hemos visto, sin que en ningún caso queden afectados los derechos de los comuneros no intervenientes en el negocio jurídico, podrían atribuirse efectos (tanto obligaciones como, incluso, reales) a las declaraciones de voluntad libremente manifestadas por las partes en el contrato⁵⁶.

2. SEGUNDO MOTIVO DE NULIDAD: LA FALTA DE CONSENTIMIENTO, OBJETO O CAUSA DEL NEGOCIO JURÍDICO DISPOSITIVO REALIZADO POR UNO DE LOS COPROPIETARIOS SOBRE LA COSA COMÚN

Al margen de la infracción del artículo 397 del Código Civil, la segunda razón que suelen alegar los Tribunales para declarar la nulidad del contrato sobre la cosa común realizado sin la intervención de todos los copropietarios es que carece de los elementos esenciales establecidos en el artículo 1261 del Código Civil. Se afirma así que carece de consentimiento, o bien de objeto o causa⁵⁷.

Son varias las sentencias que han afirmado que el contrato de compraventa de la cosa común celebrado por uno solo de los copropietarios es nulo por carecer del consentimiento de aquellos que debían prestarlo, refiriéndose al resto de copropietarios que no intervinieron de ningún modo en el contrato.

En este sentido, y a pesar de que el comprador había solicitado que se declarara la validez obligacional del contrato, la STS de 7 de marzo de 2012 (*RJ* 2012, 4059) decretó la nulidad del contrato de compraventa otorgado por dos de los tres comuneros, señalando que «*la sentencia recurrida no viola los artículos 1445 y 1450 del Código Civil pues el vendedor no gozaba de la libre disponibilidad del bien transmitido, carente el acuerdo del consentimiento necesario para poder ser catalogado de contrato (art. 1261 del Código Civil), pues no bastaba con el asentimiento del enajenante sino que se precisaba el de los demás condóminos (art. 397 del Código Civil), por lo que no se le pueden reconocer efectos obligacionales al acuerdo analizado, en cuanto nulo*».

Por su parte, la STS de 8 de julio de 1988 (*RJ* 1988, 5682) decreta igualmente la nulidad del negocio jurídico (en este caso, de traspaso de local por uno de los coarrendatarios), entre otras razones, por falta de consentimiento.

La sentencia argumenta: «*lo que está poniendo de relieve que se confirma el máximo acto de alteración de la cosa común, cual es su enajenación, por uno solo de los comuneros (...) y, de otro, está evidenciando la celebración de un contrato en el que no existe el consentimiento de todos los que jurídicamente deben prestarlo, incidiendo en el supuesto de inexistencia del artículo 1261*»⁵⁸.

O, con igual contundencia, la STS de 26 de febrero de 1981 (RJ 1981, 611) señala: «*de lo que se infiere que al haber sido dicho demandado quien por sí solo y sin tener autorización de ninguno de sus hijos, los demás copropietarios, para constituir esa mayoría, otorgó el contrato llevado a efecto con el otro demandado dicho contrato es inexistente por ausencia del esencial y primero de los requisitos que para la existencia de todo contrato exige, en su número 1.º, el artículo 1261 del Código Civil*».

Pues bien, es evidente que el requisito esencial del consentimiento no falta en estos contratos, ya que todos los que participaron en los mismos, esto es, todos los contratantes, lo prestaron válidamente.

Cuestión diversa es si tenían poder de disposición suficiente para transmitir la totalidad de los derechos sobre la cosa y los efectos que ese contrato podrá producir (desde luego, ninguno en la esfera jurídica de los otros copropietarios, para los que será totalmente inoponible al ser *res inter alios acta*).

El único consentimiento relevante en este contrato (al igual que en cualquier otro) es el de las personas que intervinieron en el mismo (por sí o mediante representación). Si lo prestaron válidamente no puede decirse que el contrato sea nulo por falta de consentimiento alegando que no participaron en su otorgamiento todos los copropietarios, pues la falta de intervención en el contrato de todos los copropietarios podrá determinar la ausencia de la totalidad de los efectos transmisivos que podría producir el contrato (segundo, claro está, de tradición), pero no podrá determinar su nulidad por falta del consentimiento de sujetos que no han sido parte en un contrato ni en nombre propio ni por representación⁵⁹.

El consentimiento de todos los copropietarios no es necesario para que el contrato celebrado sobre la cosa común por uno de ellos produzca efectos en el ámbito obligacional y, a nuestro entender, y siempre que vaya seguido de la necesaria tradición, también en el ámbito jurídico real, aun cuando sea limitadamente en cuanto al derecho de copropiedad que sobre la cosa común tuviera el vendedor, teniendo en cuenta que el contrato en ningún caso podrá afectar a los copropietarios no intervenientes en el mismo, que mantendrán incólume su posición jurídica.

Si el copropietario vendedor y el comprador consintieron válidamente, parece evidente que este contrato no puede ser nulo por falta de consentimiento, y no puede aceptarse que sea el propio vendedor el que pueda alegar en cualquier momento la falta de consentimiento de los restantes copropietarios para que se decrete su nulidad, ya que el contrato en ningún caso producirá efectos respecto de los copropietarios que no participaron en el mismo⁶⁰.

Como señala la STS de 5 de julio de 1958 (*RJ* 1958, 2537), que declaró la validez de la venta de cosa común realizada por algunos de los comuneros, «*limitando la sentencia recurrida la eficacia de la venta a los demandados que fueron los que intervinieron en su otorgamiento y no con relación a los que a ella no concurrieron, ni por sí ni válidamente representados, no puede hablarse de infracción del artículo 1261 por falta de consentimiento, puesto que lo hubo plenamente por parte de todos los condenados en la sentencia*».

Y en el proceso que el comprador, en su caso, tuviera que interponer para exigir el cumplimiento del contrato de compraventa, los únicos demandados serán los copropietarios vendedores, sin que deba (o pueda) demandarse a los comuneros que no intervinieron en el contrato (y, en consecuencia, respecto de los que el contrato es inoponible), ni exista, por tanto, litisconsorcio pasivo necesario, ni pueda la sentencia contener pronunciamientos de absolución o condena respecto de los comuneros no intervenientes en el contrato, pues no son parte en la relación jurídica controvertida⁶¹.

Tampoco es infrecuente en las sentencias del Tribunal Supremo que se argumente que el contrato de compraventa de la cosa común celebrado por alguno de los copropietarios sin el consentimiento unánime de los demás carece de objeto o causa, lo que, por aplicación del artículo 1261 del Código Civil, conduce igualmente a la nulidad del contrato.

En cuanto a la falta de objeto, la STS de 23 de junio de 2009 (*RJ* 2009, 4233), al realizar un análisis de la doctrina jurisprudencial, señala: «*Así, la STS de 9 de mayo de 1980 (RJ 1980, 1790), citando como precedentes las SSTS 28 de diciembre de 1932, 31 de enero de 1963 (RJ 1963, 753) y 20 de octubre de 1954, se decanta por la nulidad de la venta por carencia de objeto, tesis próxima a la de la sentencia de apelación ahora recurrida, mediante el argumento de que, sin confundir objeto con poder de disposición sobre el objeto, el de la compraventa está integrado no solo por la cosa sino también “por los derechos que radicando sobre la misma son materia de la transmisión que se pretenda operar”*»⁶².

O, referida a la falta de causa, la STS de 19 de diciembre de 1985 (*RJ* 1985, 6603), reiteradamente citada por otras posteriores, afirma: «*el objeto de la compraventa, la finca urbana, lo fue como una unidad física y jurídica y habiendo recaído el consentimiento de los contratantes sobre ese objeto como tal, ello trasciende a la infraestructura causal del negocio, viciándolo de nulidad radical (arts. 1261 y 1275 del Código Civil), al no coincidir la titularidad parcial que ostenta el enajenante con la plena gama de titularidades de derechos que ostenta residualmente el copartícipes*»⁶³.

En realidad, lo que hacen estas resoluciones es añadir a los requisitos esenciales de los contratos establecidos en el artículo 1261 del Código Civil el poder de disposición sobre la cosa, que no viene exigido por nuestro legislador para que el contrato sea válido⁶⁴, y este nuevo requisito lo incorporan e integran bien en la causa del contrato o, incluso, en el objeto del mismo.

Así, se dice que el objeto del contrato no solo está integrado por la cosa sino «*también por los derechos que radicando sobre la misma son materia de la transmisión que se pretenda operar*», o bien que trasciende a la causa del contrato el hecho de «*no coincidir la titularidad parcial que ostenta el enajenante con la plena gama de titularidades de derechos que ostenta residualmente el copartícipe*».

Y, a nuestro juicio, es evidente que el poder de disposición sobre la cosa no puede integrar el objeto del contrato de compraventa.

El objeto del contrato de compraventa es la materia o realidad susceptible de utilidad o interés sobre la que el mismo recae⁶⁵. En los supuestos de venta de cosa común por uno de los comuneros el objeto del contrato es (exclusivamente) la cosa de lícito comercio sobre la que recae, sin que en ningún caso se integre en el objeto del contrato el poder de disposición sobre la cosa que tenga el vendedor que, desde luego, será determinante para la posible transmisión de los derechos reales sobre la cosa (*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*), pero no afectará a la validez del negocio jurídico⁶⁶.

Como señala la STS de 27 de mayo de 1982 (*RJ* 1982, 2605)⁶⁷, nuestro ordenamiento jurídico «*construye fundamentalmente el contrato de compraventa bajo el patrón del Derecho romano, como revela el disponer que “por el contrato de compra y venta, uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa...” (art. 1445), “la venta se perfeccionará entre comprador y vendedor, y será obligatoria para ambos, si hubieren convenido en la cosa objeto del contrato y en el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado” (art. 1450), “el vendedor está obligado a la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la compraventa” (art. 1461), y las específicas normas referentes a la evicción contenidas en los artículos 1474, 1475, 1476, 1477, 1480 y 1502, determinante todo ello de que, siguiendo sustancialmente el sistema romano sobre la compraventa, en que esta es solo generadora de obligaciones, de modo que el vendedor contrae únicamente la obligación de proporcionar una cosa al comprador, sin que ningún precepto obligue al primero a que sea propietario de la cosa vendida, puesto que este extremo es indiferente de momento para la eficacia de la compraventa en sí, de tal manera que si el vendedor es dueño la tradición transferirá el dominio al comprador, y si no lo es, todo el poder y posesión que él tuviera sobre la cosa, con la posible consecuencia de que sumando el tiempo de posesión del vendedor con el del comprador puede producirse usucapión a favor de este, y si el vendedor no es dueño de la cosa vendida y esta, antes de consumarse usucapión, es reivindicada por el verdadero dueño («*verus domino*»), entonces el vendedor está obligado a sanear, o sea, a dejar indemne al comprador».*

Integrar el poder de disposición del vendedor en la causa u objeto del contrato, a nuestro entender, es confundir los aspectos obligacionales con los reales, y

supone desconocer nuestro sistema transmisivo en el que el solo consenso nada transmite⁶⁸, ni el poder de disposición del comprador sobre la cosa es necesario para la validez del contrato de compraventa, que solo genera obligaciones entre los contratantes sin que pueda afectar a cualquier tercero no interveniente en el contrato⁶⁹.

Si el poder de disposición sobre la materia se integrara en el objeto del contrato todas las compraventas de cosa ajena carecerían de objeto pues, por definición, el vendedor no tiene poder de disposición sobre la cosa que vende⁷⁰.

Por otra parte, quedarían sin poder ser aplicados los preceptos relativos a la usucapición ordinaria, que está pensada, precisamente, para resolver los casos en los que el enajenante no era titular de los derechos que enajenó a través del contrato (que operaría aquí como justo título), pues el artículo 1953 del Código Civil exige que el título sea válido, y si se defiende que el poder de disposición sobre la cosa integra el objeto o la causa del contrato, el contrato celebrado por quien no tuviera el poder de disposición de la totalidad de los derechos sobre la cosa siempre sería nulo y, en consecuencia, nunca podría producirse la adquisición de la propiedad del comprador por usucapición ordinaria⁷¹.

Y, en su caso, tampoco podría aplicarse el artículo 34 LH, pues si el contrato de compraventa realizado por vendedor que no tuviera el poder de disposición de la totalidad de los derechos sobre la cosa siempre fuera nulo por falta de causa u objeto se aplicaría el artículo 33 LH⁷² y el adquirente de buena fe, aun cuando cumpliera las condiciones del artículo 34 LH, no quedaría protegido en su adquisición, porque la inscripción no convalida los contratos nulos, como lo sería la venta realizada por quien no tenía el poder de disposición de la totalidad de los derechos sobre la cosa vendida.

Sin embargo, es evidente que en nuestro ordenamiento jurídico tiene plena vigencia la posibilidad de la aplicación de la usucapición ordinaria, y la venta de cosa ajena es válida y produce plenos efectos obligacionales.

De igual modo, y seguramente con mayores motivos, debe ser válida la venta de cosa parcialmente ajena (esto es, la venta de cosa común celebrada por uno solo de los copropietarios) y debe servir como justo título para la usucapición ordinaria y para la aplicación, en su caso, del artículo 34 LH⁷³.

Igualas consideraciones pueden realizarse sobre la causa del contrato de compraventa de cosa común realizado por uno solo de los copropietarios, que, realmente, es un contrato de compraventa de cosa parcialmente ajena.

La causa en esta compraventa, sea cual sea la doctrina que se defienda sobre este requisito del contrato, es la misma que en cualquier otro contrato de compraventa y, por el solo hecho de la ajenidad (total o parcial) de la cosa vendida el contrato no puede quedar privado de causa o ser esta ilícita⁷⁴.

Y si el poder de disposición sobre la cosa vendida (o, como señala la jurisprudencia, el hecho de «no coincidir la titularidad parcial que ostenta el enajenante con la plena gama de titularidades de derechos que ostenta residualmente

el copartícipe»), transcendiera a la causa en todo contrato de compraventa, es evidente que siempre sería nula la venta de cosa ajena.

Si fuera cierto que el poder de disposición del enajenante, como regla general, trascendiera a la causa del contrato, resultaría que todos los contratos celebrados por quien no tuviera la plena propiedad de la cosa que vende serían nulos por falta de causa y, por lo tanto, no existiría justo título que pudiera dar lugar a la usucapición ordinaria en esos negocios, quedando sin posibilidad de aplicación la normativa relativa a la usucapición ordinaria, cuando es evidente que en los casos de compraventa de cosa ajena (o parcialmente ajena) es cuando se debe aplicar el régimen de la usucapición ordinaria, pues si el vendedor es el propietario pleno de la cosa vendida nada tendrá que usucapir el comprador porque la tradición le habrá transmitido todos los derechos que sobre la cosa tenía el transmitente⁷⁵.

V. CONCLUSIÓN: VALIDEZ OBLIGACIONAL DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA DE COSA COMÚN REALIZADO POR UNO SOLO DE LOS COPROPIETARIOS Y POSIBLE EFICACIA REAL LIMITADA AL DERECHO DE COPROPIEDAD DEL VENDEDOR

Como hemos intentado demostrar en las páginas anteriores, a nuestro juicio, a la compraventa de la cosa común realizada por uno de los copropietarios no le es de aplicación el artículo 397 del Código Civil, que debe reservarse para los supuestos de alteración material de la cosa común que, por su propia naturaleza, son indivisibles y necesariamente van a afectar a todos los copropietarios, a diferencia de los negocios jurídicos dispositivos que nunca van a tener eficacia frente al copropietario que no intervino en los mismos. Esta interpretación, además, creemos que es la más respetuosa con la literalidad del precepto, y con su interpretación histórica y sistemática.

Además, el contrato de compraventa celebrado por uno de los copropietarios sobre la cosa común tiene consentimiento, objeto y causa, por lo que tampoco por este motivo se debería decretar de modo generalizado su nulidad, y ello con independencia de que, en algún supuesto concreto, el contrato de compraventa de cosa común celebrado por uno solo de los copropietarios pudiera carecer de objeto, de causa o ser esta ilícita (al igual que podría ocurrir en cualquier otro contrato), o que el comprador, ante la ajenidad parcial de la cosa, pudiera interponer las correspondientes acciones solicitando la anulación del contrato por vicio del consentimiento.

El contrato de compraventa de la cosa común celebrado por uno de los copropietarios es un contrato de venta de cosa parcialmente ajena, y no existiendo norma específica que decrete su nulidad (el art. 397 del Código Civil no es aplicable), este contrato debería declararse válido con carácter general.

En este sentido, la STS de 26 de febrero de 2008 (*RJ* 2008, 2819), pronunciada por el Prof. Gullón Ballesteros, con total claridad admite la validez obligacional de la venta de cosa común, señalando que, en puridad, no es sino una venta de cosa ajena en cuanto a los derechos que no son de titularidad del vendedor y, por lo tanto, el tratamiento jurídico que debe recibir la misma es idéntico al que reciba la venta de cosa ajena que, como es sabido, es válida en nuestro ordenamiento jurídico.

Dispone la sentencia: «*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 (...) Los recurrentes alegan en favor de la nulidad absoluta de la venta que está en comunidad, que ha de hacerse con el consentimiento unánime de los demás comuneros, citando en apoyo de esa interpretación del artículo 397 una sola sentencia. Aunque la misma sea expresiva de doctrina de esta Sala (que no se cita en el motivo), su jurisprudencia puede cambiar siempre de forma razonable, no arbitraria. La razón de la que ahora se mantiene es que no hay diferencia sustancial entre la venta de una cuota ideal sobre una cosa en comunidad mayor que la que le corresponde al enajenante y la venta de cosa ajena, pues ni sobre aquella ni sobre esta tiene poder de disposición el mismo*»⁷⁶.

También la doctrina mayoritaria considera indiscutible que la venta de la cosa común por uno de los copropietarios es un caso de venta de cosa parcialmente ajena⁷⁷.

Siendo esto así, parece razonable entender que esta venta de cosa común no podrá ser declarada nula si, por el contrario, se dice que la venta de cosa ajena es válida en nuestro ordenamiento jurídico, pues, como decimos, no hay ningún precepto que declare expresamente la nulidad de la venta de la cosa común realizada por uno solo de los copropietarios.

Y sobre la validez de la venta de cosa ajena en nuestro ordenamiento jurídico no parece que hoy en día existan demasiadas dudas.

Así, con solventes argumentos, la STS de 11 de octubre de 2006 (*RJ* 2006, 6693) afirma: «*esta Sala ha negado reiteradamente la nulidad del contrato por el que el vendedor se obliga a transmitir una cosa que no le pertenece en el momento de celebrarlo (...) Ello, que, claro está, no excluye la posibilidad de una anulación por vicio en el consentimiento (arts. 1265 y 1300 del Código Civil), es la consecuencia de que (1.º) el Código Civil no admite la transmisión consensual del dominio por contrato (a diferencia del Código francés, artículos 711 y 1138, seguido por el Proyecto de 1851, artículos 548 y 981) y acepte la regla romana «traditione, non nuda conventione dominium acquiri»; (2.º) la compraventa sea en nuestro sistema un negocio jurídico de obligación, en el sentido de producir, por sí sola e inmediatamente, el nacimiento de una relación obligatoria (arts. 1445 y 1450 del Código Civil) en la que el vendedor queda vinculado a entregar la cosa vendida (art. 1461 del Código Civil), y no un*

negocio de disposición, pues no produce por sí la adquisición del derecho por el comprador, efecto del que solo es causa mediata; (3.) el acto por el que se realiza efectivamente la enajenación no sea el contrato, sino su ejecución ex parte venditore, esto es, el modo o traditio que, causada por el título (arts. 609 y 1095), consiste en una investidura posesoria, que, no obstante, puede ser ficticia (arts. 1462 a 1464); (4.) la entrega tenga, consecuentemente, un doble significado, pues en el ámbito obligacional constituye un acto debido o de cumplimiento (arts. 1156 y 1160 del Código Civil) y, en el real, el modo complementario del título o contrato (arts. 609 y 1095 del Código Civil); (5.) el vendedor deba ser titular del derecho transmitido no en el momento de perfeccionar la venta (a diferencia del artículo 1599 del Código Civil francés, a cuyo tenor «la vente de la chose d'autri este nulle»), sino en el de cumplimiento de la obligación de entregar, condición necesaria para un pago válido y liberatorio (art. 1160 del Código Civil) y para la adquisición por el comprador del derecho comprado (nemo dat quod non habet)»⁷⁸.

Las sólidas razones señaladas por esta sentencia para fundamentar la validez de la venta de cosa ajena son directamente aplicables a los supuestos de venta de cosa común por uno de los copropietarios que, en realidad, es una venta de cosa parcialmente ajena.

Incluso cabría añadir algún argumento específico para defender la validez de la venta de cosa parcialmente ajena, además del evidente argumento lógico de evitar la incoherencia que supondría considerar nula la venta de cosa parcialmente ajena cuando, al mismo tiempo, se considera indiscutiblemente válida la venta de cosa totalmente ajena⁷⁹.

Así, el artículo 597 del Código Civil se refiere al establecimiento por un solo de los comuneros de una servidumbre sobre el fundo común y no lo declara nulo, sino que le reconoce una serie de efectos.

De igual modo, el artículo 399 del Código Civil, cuando, después de reconocer a cada copropietario la plena propiedad de su parte, señala que «el efecto de la enajenación o hipoteca con relación a los condueños quedará limitado a la porción que se adjudique en la división al cesar en la comunidad», está partiendo de la validez del acto dispositivo no unánime realizado por alguno de los copropietarios que ha enajenado más derechos de los que tenía sobre la cosa común, pues si hubiera enajenado únicamente su derecho de copropiedad no tendría sentido la limitación del efecto de la enajenación a la que se refiere la última parte del precepto.

Por otra parte, como hemos visto anteriormente, también los antecedentes históricos conducen a la atribución de efectos a la venta de la cosa común realizada por uno solo de los copropietarios.

En consecuencia, a nuestro juicio, con carácter general debe admitirse la validez del contrato de venta de la cosa común realizado por uno solo de los copropietarios.

Y, una vez admitida la validez obligacional del contrato de venta de cosa común realizado por uno solo de los copropietarios, a nuestro juicio, ese contrato (título), seguido del correspondiente modo, debe transmitir los derechos que el copropietario vendedor tenga sobre la cosa común siempre que el comprador así lo solicite expresamente⁸⁰.

En la copropiedad ordinaria, el copropietario que vende la cosa común no está vendiendo algo que le es totalmente ajeno sino que, por el contrario, en la cosa vendida tiene un derecho de copropiedad que es totalmente disponible sin limitación o restricción ninguna (art. 399 del Código Civil)⁸¹.

Por lo tanto, en la copropiedad ordinaria, cuando el copropietario dispone de la cosa común no solo dispone de cosa ajena sino también de cosa en parte propia y, siempre que el comprador así lo solicite, entendemos que no existe ningún motivo para impedir que la venta de cosa en parte propia realizada por el copropietario produzca, una vez se realice la oportuna tradición, la disposición efectiva de todos los derechos que sobre la cosa común tenía el transmisor.

Evidentemente, corresponde exclusivamente al comprador la decisión de aceptar o no la eficacia limitada del contrato (cfr. arts. 1169, 1166 o 1460 del Código Civil).

Pero si, como ocurre en numerosas ocasiones en la práctica⁸², al comprador le interesa, al menos, adquirir los derechos que sobre la cosa común tenía el vendedor, no vemos ningún obstáculo que pueda impedir que la tradición realizada por el vendedor sirva para transmitir todos los derechos que sobre la cosa vendida y entregada al comprador tuviera el vendedor o, como señala la STS de 27 de mayo de 1982 (RJ 1982, 2605), «*todo el poder y posesión que el vendedor tuviera sobre la cosa*»⁸³.

Si el copropietario vendedor entrega la cosa común al adquirente este podrá adquirir la cosa por usucapición ordinaria ya que el contrato de compraventa podrá servir como justo título porque no es nulo⁸⁴.

Pero, a nuestro juicio, esta usucapición ordinaria (o extraordinaria) no se aplicará respecto de todos los derechos de copropiedad que existían sobre la cosa común, sino solo sobre aquellos respecto de los que el comunero vendedor no tenía poder de disposición ya que, a nuestro juicio, el derecho de copropiedad que sobre la cosa común tenía el vendedor fue adquirido directamente por el comprador cuando el contrato de compraventa sobre la cosa común fue seguido de tradición.

Esta limitada eficacia real de la venta de la cosa común por uno de los copropietarios no va a producir ningún perjuicio al resto de comuneros.

Así, es evidente que el contrato de compraventa sobre la cosa común realizado por uno solo de los copropietarios obligacionalmente no es oponible frente al resto.

De igual manera, aunque este contrato vaya seguido de la entrega de la cosa común, parece claro que el comprador no va a adquirir por el título, aun

seguido de modo, los derechos de copropiedad que ostentan los comuneros no interviniéntes en el contrato por falta de poder de disposición del transmitente sobre estos derechos.

No obstante, el comprador sí que podría adquirir estos derechos por la aplicación de las normas sobre la usucapición ordinaria o extraordinaria si mantuviera, durante el tiempo requerido por el ordenamiento jurídico, la posesión pública, pacífica y exclusiva, esto es, en concepto de único dueño, sobre la cosa común.

Si el copropietario vendedor entregó la cosa común al comprador, el resto de copropietarios podrán ejercitar la acción reivindicatoria para que la posesión vuelva a ser común, si es que el comprador posee la cosa de modo exclusivo sin reconocer el derecho a coposeer de los restantes comuneros, al igual que podrían haberla ejercitado previamente contra el copropietario vendedor si es que este estaba poseyendo la cosa de modo exclusivo y como propietario único antes de entregársela al comprador.

Y si el comprador perturba la coposesión sobre la cosa común del resto de copropietarios, estos podrán ejercitar frente a él las pertinentes acciones posesorias.

El adquirente subentrará en la copropiedad con los mismos derechos que tuviera el vendedor sobre la cosa común y, dado que se ha producido una enajenación a título oneroso de la cuota (art. 399 del Código Civil), los copropietarios que no participaron en el negocio jurídico dispositivo podrán ejercitar el derecho de retracto de comuneros (art. 1522 del Código Civil).

En consecuencia, siempre que lo solicite el comprador, a nuestro entender, la venta de la cosa común realizada por uno solo de los comuneros seguida de la correspondiente tradición deberá producir la limitada eficacia real de transmitir los derechos de copropiedad que sobre la cosa tuviera el copropietario transmitente⁸⁵.

NOTAS

¹ Dejamos fuera del estudio, ya que se trata de supuestos que plantean una problemática diversa, aquellos en los que el copropietario vendedor manifiesta en el contrato que actúa en su propio nombre y en nombre y representación de los demás copropietarios cuando no es así, pues este supuesto debe resolverse desde la consideración de la falsa representación alegada y se deben aplicar las consecuencias que se estimen oportunas respecto de la misma (bien la nulidad del contrato por falta de consentimiento de los comuneros que no estaban válidamente representados, bien, como nosotros creemos, la consideración del contrato como incompleto, susceptible de ratificación) [cfr. STS de 5 de mayo de 1972 (*RJ* 1972, 3584); de 23 de junio de 1976 (*RJ* 1976, 2921); de 14 de julio de 1982 (*RJ* 1982, 4238) o la de 9 de octubre de 2008 (*RJ* 2008, 5684)]. En estos supuestos de falsa atribución de la representación de los copropietarios vendedores, la doctrina de manera mayoritaria entiende que la venta es nula por falta de consentimiento. En este sentido MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Comentarios a los artículos 392 y sigs. del Código Civil», en Albaladejo García, M. (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. V., vol. 2, Madrid, 1985, p. 397, señala que «es

cierto que en algunos casos la venta puede ser nula por falta de consentimiento, precisamente cuando se trate de una venta en la que los comuneros que no prestan el consentimiento sean partes. Así, cuando uno solo de los comuneros atribuyéndose la representación de los demás, vende sin que en verdad los demás le hayan conferido su representación». En igual sentido, LARRONDO LIZARRAGA, J. M., *La eficacia del acto dispositivo no unánime sobre bienes de la herencia indivisa*, Madrid, 1994, p. 624, señala que «la compraventa no unánime de bienes de la herencia indivisa es nula de pleno derecho por falta de consentimiento cuando el coheredero que celebra el contrato lo hace a nombre y en representación de todos los partícipes, sin ostentar poder especial ni autorización legal para ello, lo que resulta del artículo 1259 del Código Civil». Véanse también PÉREZ GURREA, R., «La 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 STS de 28 de marzo de 2012», *RCDI*, núm. 734, noviembre 2012, p. 3569; MÉNDEZ APENELA, E., «La venta de cosa común por el comunero aislado I», *Revista Jurídica del Notariado*, 1992, núm. 2, p. 198, y en «La venta de cosa ajena», en *Estudios homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol. V, Madrid, 1988, p. 512; CUENA CASAS, M., *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, Barcelona, 1996, p. 416, y en «Reflexiones en torno a la venta de cosa ajena», *RCDI*, 1996, pp. 1433, nota 1 y 1473; FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSORIO, M. C., «Comentario a la sentencia de 31 de enero de 1994», *CCJC*, núm. 35, 1994, p. 440; DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Comentario a la STS de 14 de marzo de 1983», *CCJC*, núm. 2, 1983, pp. 470 y 471; CLEMENTE MEORO, M., «La comunidad hereditaria», en LÓPEZ Y LÓPEZ, Á., MONTÉS PENADÉS, V. y ROCA I TRÍAS, E., *Derecho de Sucesiones*, Capilla Roncero, F. (coord.), Valencia, 1999, p. 589, que se refiere a la venta como nula por incompleta cuando un coheredero dice actuar en nombre y representación de los demás y resulta ser incierto.

Tampoco nos referiremos a aquellos otros casos en los que el copropietario se comprometió contractualmente a obtener el consentimiento de todos los demás copropietarios para la venta de la finca, o a adquirir antes del otorgamiento de la escritura pública las participaciones de los mismos en la propiedad de la finca vendida, en los que difícilmente se puede dudar de la validez del contrato [cfr. STS de 3 de febrero de 2009 (*RJ* 2009, 266), en la que el vendedor era copropietario del 98,072% de la finca y se obligó a adquirir el porcentaje restante e inscribirlo a su nombre en el Registro de la propiedad antes del otorgamiento de la correspondiente escritura pública, momento en el que la compradora pagaría la parte de precio pendiente que quedó aplazada]. Sobre la cuestión, véanse ARANA DE LA FUENTE, I., «Comentario al artículo 397», en Cañizares Laso, A., De Pablo Contreras, P., Orduña Moreno, J. y Valpuesta Fernández, R. (dirs.), *Código Civil comentado*, Vol. I, Madrid, 2011, p. 1580; ATIENZA NAVARRO, M. L., «Venta de la cosa común realizada por uno solo de los comuneros sin el consentimiento de los demás», en Reyes López, M. J. (dir.), *Comunidad de bienes*, Valencia, 2014, p. 257; PÉREZ CONESA, C., «Comentario al artículo 397», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (dir.), *Comentarios al Código Civil*, T. III, Valencia, 2013, p. 3269.

² La mayoría de la doctrina admite la posibilidad de anular el contrato de compraventa por error del consentimiento fundamentado en el desconocimiento del comprador de la ajenidad de la cosa y, con práctica unanimidad, los autores admiten la anulación del contrato por dolo del vendedor si es que este ha ocultado al comprador que no es propietario de la cosa que vende. En este sentido, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La nulidad de los contratos*, Valencia, 2009, p. 146, señala que «la venta de cosa ajena puede ser un contrato anulable por dolo del vendedor, que engaña al comprador sobre su titularidad, o por error sustancial y excusable del comprador, que la cree propia del vendedor, o nulo por constituir una actividad delictiva, como estafa, receptación, apropiación indebida u otras razones»; RODRÍGUEZ MORATA, F., *Venta de cosa ajena y evicción*, Barcelona, 1990, p. 29, afirma que en nuestro ordenamiento jurídico es posible que «el llamado error sobre la propiedad del vendedor (*error in dominio*) pueda ser un error que viciando el consentimiento produzca la posibilidad de

impugnar la venta de cosa ajena». Véanse también ALONSO PÉREZ, M., en las anotaciones a PIETROBON, V., *El error en la doctrina del negocio jurídico*, Madrid, 1971, p. 511; MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Comentario a la STS de 5 de mayo de 1983», *CCJC*, núm. 3, 1983, p. 725; FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSORIO, M. C., *Compraventa de cosa ajena*, Barcelona, 1994, pp. 190 y sigs.; DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Comentario», *op. cit.*, p. 470; MÉNDEZ APENELA, E., «La venta de cosa común por el comunero aislado II», en *Revista Jurídica del Notariado*, 1992, núm. 3, p. 184; CAÑIZARES LASO, A., «Eficacia de las prohibiciones de disponer voluntarias», *ADC*, 1991, p. 1492; MERINO GUTIÉRREZ, A., «Venta de cosa ajena y venta de cosa ganancial», *La Ley*, 1995-1, p. 918; GARCÍA CANTERO, G., «Comentario a los artículos 1445 y sigs. del Código Civil», en Albaladejo García, M. y Díaz Alabart, S. (dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XIX, Madrid, 1991, p. 189; JORDANO FRAGA, F., «Doble venta. Venta de cosa ajena. Adquisición a non domino. Responsabilidad por evicción. (Comentario a la STS, Sala 1.^a, de 4 de marzo de 1988)», *ADC*, 1989, p. 1356. Por su parte, RUBIO GARRIDO, T., «Doble venta, venta de cosa ajena, el principio del título y modo y las adquisiciones a non domino. Buena fe ex artículo 1473», *ADC*, 1994, p. 282, afirma que «si el comprador desconoce la ajenidad de la cosa que compra () el contrato es anulable ex artículos 1265, 1266 y 1301 del Código Civil, siempre que la equivocada convicción del comprador sobre la titularidad del vendedor sea excusable (esencial es, por definición)»; el mismo autor en *Contrato de compraventa y transmisión de la propiedad*, Bolonia, 1993, p. 266, de modo mucho más discutible, (pues, a nuestro juicio, el interés del comprador ya habría quedado satisfecho), entiende que incluso aunque el comprador hubiera adquirido definitivamente la cosa vendida a título originario, si en el momento de contratar desconocía la ajenidad podría impugnar el contrato y solicitar su anulación.

Sin embargo, una parte de la doctrina, con diversos argumentos, discute la posibilidad de anular el contrato de compraventa por error del comprador cuando este desconoce la ajenidad de la cosa vendida; en este sentido, LÓPEZ Y LÓPEZ, Á., «Comentario al artículo 1445», en Paz-Ares Rodríguez, C., Díez-Picazo Ponce de León, L., Bercovitz, R. y Salvador Coderc, P. (dirs.), *Comentario del Código Civil*, T. II, Madrid, 1993, p. 888, dice: «como único límite a la validez de la venta de cosa ajena, cabe quizá citar el supuesto en el que medie engaño por parte del vendedor, que puede ser un caso de anulabilidad por intervin dolo: artículo 1269 Código Civil (...) más dudoso es que, ignorando ambas partes la ajenidad de la cosa, se imponga la disciplina del error sobre la sustancia de la misma pues se superponen a aquella y la excluyen las normas sobre la resolución por incumplimiento (art. 1124 del Código Civil), y la posibilidad de pedir *id quod interest*, si la cosa no llega a entregarse, o el saneamiento por evicción, si el comprador es posteriormente privado de la misma, de acuerdo con el supuesto del artículo 1475 del Código Civil: y estos efectos (resolución, responsabilidad por el *id quod interest*, responsabilidad por evicción) presuponen la validez del contrato y se alcanzan, aunque se ignore la ajenidad de la cosa por una o las dos partes». Véanse también ALBALADEJO GARCÍA, M., «La obligación de transmitir la propiedad en la compraventa», *RGLJ*, 1947, pp. 460 y sigs.; RIVERO HERNÁNDEZ, F., «Compraventa y permuta», en LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J. y RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Elementos de Derecho Civil*, T. II. Vol. III, Barcelona, 1986, p. 27, que dice: «si el comprador actuó de buena fe y el vendedor de mala, parece difícil pretender la anulabilidad de la venta fundada en el error de aquél, dados los términos del artículo 1266 Código Civil y la jurisprudencia que lo ha interpretado —se muestran contrarios a ello GAYOSO, CASTÁN y ROCA SASTRE—. En cambio, parece más viable la anulabilidad por dolo (arts. 1260 y 1270)»; CUENA CASAS, M., —Reflexiones—, *op. cit.*, p. 1450, señala que «el poder de disposición del transmisor no afecta () al objeto del contrato y, por ende, constituye una cualidad no esencial de la compraventa», y en la p. 1451 afirma que no parece la vía correcta técnicamente subsumir la venta de cosa ajena en la figura del error; en el mismo sentido en *Función*, *op. cit.*, pp. 397 y sigs.

En cualquier caso, como advertimos al principio de esta nota, incluso los autores que no admiten la posibilidad de anular el contrato de venta de cosa ajena por error, admiten sin problemas la posibilidad de anularlo en caso de dolo del vendedor cuando este es consciente de la ajenidad de la cosa y oculta este dato maliciosamente al comprador. Por todos, véase CUENA CASAS, M., «Reflexiones», *op. cit.*, pp. 1457 y sigs.

³ Es muy frecuente que el comprador, en el proceso en el que se decide sobre la nulidad de la compraventa, solicite expresamente al tribunal que se declare la validez de la misma, al menos por la parte de los copropietarios que intervinieron en el contrato. Así ocurrió en los casos resueltos por las SSTS de 28 de marzo de 2012 (*RJ* 2012, 5589); de 7 de marzo de 2012 (*RJ* 2012, 4059); de 9 de octubre de 2008 (*RJ* 2008, 5684) o de 13 de noviembre de 2001 (*RJ* 2001, 9689).

Y, en cualquier caso, recuérdese que el artículo 1460 del Código Civil, para el caso de que la cosa vendida se hubiera perdido solo en parte, concede al comprador la posibilidad de optar entre desistir del contrato o reclamar la parte existente, abonando el precio en proporción al total convenido.

⁴ En este sentido, respecto del caso contemplado en la STS de 22 de abril de 2010 (*RJ* 2010, 2380) y a la transmisión del derecho de usufructo que tenía el comunero transmitente, FAJARDO FERNÁNDEZ, J., «Comentario a la STS de 22 de abril de 2010 (*RJ* 2010, 2380). Venta de bienes de hijos menores por sus padres sin autorización judicial. Venta de bienes comunes por comunero. Venta por usufructuario. Renuncia en perjuicio de terceros», *CCJC*, núm. 85, 2011 (*BIB* 2011, 38), p. 6, señala que «los compradores tenían derecho a poseer la vivienda por haberla adquirido del usufructuario, pues cuando este vende la cosa usufructuada, aunque no transmite la propiedad de la cosa (que no tiene), sí transmite el derecho a poseerla (que tiene)».

Llamativo también es el caso resuelto por la STS de 13 de noviembre de 2001 (*RJ* 2001, 9689). Cuatro de los cinco comuneros venden la finca que tenían en común, atribuyéndose uno de los comuneros la representación del que no intervino en el contrato. Por parte de este último se demanda a los compradores y a los comuneros vendedores y se solicita la declaración de nulidad absoluta del contrato. La sentencia de primera instancia declara la ineficacia parcial del contrato privado de compraventa respecto del actor y su parte indivisa de la finca. Esta sentencia es revocada por la de la Audiencia que declara nulo radicalmente el contrato de compraventa. La sentencia del Tribunal Supremo confirma la sentencia de apelación insistiendo en la «*indiscutible*» nulidad de la venta de la cosa común realizada por cuatro de los cinco comuneros.

⁵ Como señala LÓPEZ FRÍAS, A. M., «La venta de un inmueble común sin el consentimiento de todos los copropietarios», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 11, 2013 (*BIB* 2012, 3481), p. 12, en esta sentencia se admite la validez obligacional de la venta pero «sin romper con la «doctrina general sobre la nulidad» de la compraventa que realiza uno de los condóminos sin el consentimiento de los demás». Como señala la autora (pp. 12 y 14), parece que el Tribunal Supremo reserva la posibilidad de declarar la validez del contrato de compraventa de cosa común celebrado por uno de los copropietarios a aquellos supuestos en los que el comprador «conoce que los bienes vendidos pertenecen en parte a alguien distinto del vendedor», con lo que, dadas las especiales características del supuesto excepcionado, en la práctica está confirmando la doctrina general de la nulidad de la venta de la cosa común por uno solo de los copropietarios (véase p. 15).

A nuestro juicio, el Tribunal Supremo se vio forzado a admitir la validez obligacional de la venta de las siete octavas partes indivisas de las fincas debido a que el copropietario de la octava parte indivisa, que fue el que interpuso la demanda solicitando la nulidad de la venta, en su escrito de oposición al recurso de casación indicó expresamente, como circunstancia sobrevenida, que «la parte ha consentido la compraventa parcial de la mercantil Nova Eliana, S. L. a favor de Convival, S. L., en cuanto a siete octavas partes de la finca», por lo que no tenía ningún sentido declarar la nulidad de la venta cuando el propio actor la reconocía como válida. Sin embargo, en esta sentencia de 28 de marzo de 2012 (*RJ* 2012,

5589), aunque el Tribunal declara la validez de la venta, advierte de que la regla general es la nulidad y solo por circunstancias especiales podría decretarse la validez. La sentencia señala: «*la doctrina general sobre nulidad de la compraventa en el supuesto de enajenación por uno de los condóminos, sin el consentimiento de los demás, de la totalidad de la cosa objeto del condominio 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. La apreciación de esta excepción está subordinada, como se deduce de la jurisprudencia recogida, al estudio de las circunstancias del caso y a la consiguiente interpretación del contrato celebrado».*

⁶ Como señala LÓPEZ FRÍAS, A. M., «La venta de un inmueble común», *op. cit.*, pp. 5 y sigs., la posición del Tribunal Supremo no es clara, «pueden encontrarse sentencias que declaran la nulidad de la venta del bien común en el que no han intervenido algunos de los condueños y otras que proclaman su validez». En el mismo sentido, MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Comentarios», *op. cit.*, p. 395, señala que «la jurisprudencia en torno a estos negocios de disposición es bastante contradictoria y por otra parte en muchas ocasiones decide de modo demasiado radical cuestiones diversas con la fórmula excesiva de la nulidad absoluta»; MÉNDEZ APENELA, E., «La venta de cosa común por el comunero aislado I», *op. cit.*, p. 180, señala que el estudio de la jurisprudencia sobre el particular solo proporciona «imprecisiones contradictorias y muchas dudas». En parecidos términos se pronuncian LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La nulidad de los contratos*, *op. cit.*, p. 148; RODRÍGUEZ MORATA, F., *Venta de cosa ajena*, *op. cit.*, p. 66. Respecto a la jurisprudencia relativa a los efectos jurídicos de la venta por un coheredero de un bien perteneciente a la comunidad hereditaria, PERTÍÑEZ VILCHEZ, F., «Comentario a la STS de 7 de marzo de 2012. Venta por un heredero de un bien perteneciente a la comunidad hereditaria sin consentimiento de los demás coherederos», *CCJC*, núm. 90, 2012 (*BIB* 2012/2977), afirma que es «extraordinariamente facilante».

⁷ Con anterioridad pueden verse las sentencias de 10 de diciembre de 1966 (*RJ* 1966, 378); de 31 de enero de 1973 (*RJ* 1973, 100); de 14 de diciembre de 1973 (*RJ* 1973, 4780); de 26 de febrero de 1982 (*RJ* 1982, 790) y de 6 de febrero de 1984 (*RJ* 1984, 576), todas ellas dictadas como Magistrado Ponente por D. José Beltrán de Heredia y Castaño, que defendía la nulidad radical de la venta de la cosa común realizada por uno solo de los copropietarios por vulneración del artículo 397 del Código Civil. Esta, por otra parte, es la posición mantenida en su monografía *La comunidad de bienes en Derecho español*, Madrid, 1954.

⁸ Como señala RODRÍGUEZ MORATA, F., *Venta de cosa ajena*, *op. cit.*, p. 84, «la evicción parte del presupuesto de ser válido el contrato de venta (art. 1478.1 Código Civil), por lo que difícilmente podría justificarse la tesis mantenida en la sentencia». En el mismo sentido, MÉNDEZ APENELA, E., «La venta de cosa común por el comunero aislado I», *op. cit.*, p. 201 advierte de que si la sentencia obliga al vendedor a responder por evicción «estamos hablando de una compraventa válida que genera unas obligaciones típicas, previstas por el ordenamiento», señalando a continuación que «no parece lógica ni aceptable esta confusa mezcla de nulidad y validez *inter partes* de la compraventa, también insinuada en la sentencia de 6 de diciembre de 1962, para una venta de cosa ajena simple, y en la sentencia de 21 de abril de 1971 para la enajenación por el coheredero de su posible cuota en la finca hereditaria, antes de la partición».

⁹ También declaran la validez de la venta realizada únicamente por alguno o algunos de los comuneros las SSTS de 5 de julio de 1958 (*RJ* 1958, 2537), referida a un supuesto de comunidad hereditaria en el que varios coherederos venden una finca sin el consentimiento de los restantes; de 27 de mayo de 1982 (*RJ* 1982, 2605), en la que una coheredera (de cinco sextas partes) vende un bien hereditario sin el consentimiento de la otra, que era titular del sexto restante; de 31 de enero de 1994 (*RJ* 1994, 642), en la que los dos herederos mayoritarios (de las ocho novenas partes) vendieron una finca sin el consentimiento de la restante coheredera. Declararon también la validez de la venta las SSTS de 13 de junio de 1970 (*RJ* 1970, 2922); de 14 de julio de 1982 (*RJ* 1982, 4238); de 8 de noviembre de 1983 (*RJ* 1983, 6067) y de 28 de mayo de 1986 (*RJ* 1986, 2832).

¹⁰ Como señala la STS de 23 de junio de 2009 (RJ 2009, 4233), «la solución generalmente adoptada por esta Sala en sus sentencias de las últimas décadas coincide con la de la sentencia de primera instancia de este litigio, es decir nulidad de la compraventa por aplicación combinada de los artículos 397 y 1261 del Código Civil al implicar la disposición de la cosa común por uno solo de los partícipes una alteración que requeriría el consentimiento de los demás. Es el criterio seguido por las SSTS 19 de diciembre de 1985 (RJ 1985, 6603), 8 de julio de 1988 (RJ 1988, 5587), 25 de mayo de 1990 (RJ 1990, 4082), 23 de octubre de 1990 (RJ 1990, 8036), 30 de junio de 1993 (RJ 1993, 5358), 24 de julio de 1998 (RJ 1998, 6446) y 13 de noviembre de 2001 (RJ 2001, 9689), así como también por la STS 9 de octubre de 2008 (RJ 2008, 5684), ya citada, en otro de sus fundamentos». También ARANA DE LA FUENTE, I., «Comentario al artículo 397», *op. cit.*, p. 1580, entiende que «la doctrina que prevalece en la Sala 1.^a del Tribunal Supremo sanciona con la nulidad la venta por aplicación combinada de los artículos 397 y 1261 del Código Civil». En el mismo sentido, PÉREZ CONESA, C., «Comentario al artículo 397», *op. cit.*, p. 3270, afirma que el «criterio de decisión mayoritario en la jurisprudencia consiste en declarar la nulidad de la compraventa» por diversas razones (falta de objeto, aplicación de los arts. 397 y 1261 del Código Civil, etc.).

¹¹ Como señala ARANA DE LA FUENTE, I., «Comentario al artículo 397», *op. cit.*, p. 1577, tanto la jurisprudencia como la doctrina mayoritaria califican los actos de disposición jurídica como ««alteraciones jurídicas» y los asimilan a los actos de alteración material regulados por el artículo 397». En idéntico sentido, PÉREZ CONESA, C., «Comentario al artículo 397», *op. cit.*, p. 3267, advierte de que la doctrina mayoritaria «interpreta la expresión «alteración» en un sentido amplio, comprensivo de las alteraciones jurídicas». Véase también ZAHINO RUIZ, M. L., *La constitución de servidumbre voluntaria sobre fondo indiviso en el Código Civil español*, Madrid, 2002, (consultado en vlex.com, donde aparece datado en el año 2006).

¹² ZAHINO RUIZ, M. L., *La constitución de servidumbre voluntaria*, *op. cit.*, consultado en vlex.com, afirma: «el Tribunal Supremo —tributario durante años y todavía en la actualidad de las tesis de BELTRÁN DE HEREDIA — ha defendido en numerosas sentencias la tesis de la nulidad radical del acto dispositivo no unánime fundamentándose en el carácter imperativo del artículo 397 del Código Civil». En idéntico sentido, MÉNDEZ APENELA, E., «La venta de cosa común por el comunero aislado II», *op. cit.*, p. 174, señala que «para la extensión vulgarista de la aplicación del artículo 397 parece decisiva la defensa de la misma por BELTRÁN DE HEREDIA en su monografía sobre la comunidad de bienes, a partir de este momento los autores en general tienden a considerar incluidos en el artículo 397 los actos de disposición jurídica () el proceso de ampliación del ámbito originario de aplicación del artículo 397 en la jurisprudencia también es lento, parece iniciarse a mediados de los años cincuenta, para cobrar cuerpo y fuerza en los años setenta». Véase también ATIENZA NAVARRO, M. L., «Venta de la cosa común», *op. cit.*, p. 258, nota 8.

En efecto, en su monografía *La comunidad de bienes en Derecho español*, en las pp. 279 y 280, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO afirma: «respecto a los actos de disposición de la cosa común, nuestro Código Civil contiene solamente un precepto, el artículo 397 () la palabra alteraciones está empleada aquí en un sentido amplio e impreciso, que comprende toda clase de actos de disposición, que se hagan sobre la cosa común, más allá del límite que a cada uno marca su propia cuota () dentro del término alteraciones, deben entenderse comprendidos dos clases de actos de disposición: Unos, denominados «actos de disposición jurídica», que modifican el uso y destino de la cosa común, limitando no solo su propio derecho, sino el de todos, como, por ejemplo, la constitución de un usufructo, o de una servidumbre, o de una hipoteca sobre la totalidad de la cosa. Y otros, los «actos de disposición material», o alteración en sentido estricto, que la doctrina extranjera suele denominar con el nombre de «innovaciones»».

¹³ Decisivos para la evolución de la doctrina han sido (y continúan siéndolo) sus comentarios a los preceptos reguladores de la comunidad de bienes «Comentarios a los artículos 392 y sigs. del Código Civil», en Albaladejo García, M. (dir.), *Comentarios al Código Civil* y

Compilaciones Forales, T. V. Vol. 2, Madrid, 1985, y «Comentarios a los artículos 392 y sigs.», en Paz-Ares Rodríguez, C., Díez-Picazo y Ponce de León, L., Bercovitz, R. y Salvador Coderch, P. (dirs.), *Comentario del Código Civil*, T. I, Madrid, 1991 y 1993.

¹⁴ En este sentido, CARRASCO PERERA, Á., «Comentario al artículo 6.3 del Código Civil», en Albaladejo García, M. y Díaz Alabart, S. (dirs.), «Comentarios al Código Civil» y *Compilaciones Forales*, T. I, Vol. 1.^o, Madrid, 1992, p. 819; ESTRUCH ESTRUCH, J., *Venta de cuota y venta de cosa común por uno de los comuneros en la comunidad de bienes*, Pamplona, 1998, pp. 271 y sigs.; MURILLO VILLAR, A., *Disposición jurídica de la cuota y de la cosa común por uno de los condóminos*, Madrid, 2000, pp. 122 y 123; ATIENZA NAVARRO, M. L., «Venta de la cosa común», *op. cit.*, pp. 266 y sigs.; GUILLÉN CATALÁN, R., «La moderna configuración de la venta de cosa común», en Reyes López, M. J. (dir.), *Comunidad de bienes*, Valencia, 2014, pp. 281 y sigs.; LÓPEZ FRIAS, A. M., «La venta de un inmueble común», *op. cit.*, pp. 2 y sigs., señalando en la p. 4 que «la validez de la venta de la cosa común realizada por alguno (s) de los comuneros está fuera de duda, al menos desde la perspectiva de la doctrina actual»; FAJARDO FERNÁNDEZ, J., «Comentario a la STS de 22 de abril de 2010 (RJ 2010, 2380)», *op. cit.*, p. 5; ALONSO PÉREZ, M. T., «Comentario a la sentencia de 23 de junio de 2009 (RJ 2009, 4233). Venta de cosa común por los titulares de una cuota sin contar con el consentimiento de los titulares de las otras cuotas», *CCJC*, núm. 82, 2010 (*BIB* 2010/45), p. 7, señala que en la doctrina encontramos «una opinión bastante favorable a la validez del contrato de venta de cosa común por un comunero sin contar con el consentimiento de los demás»; PÉREZ GURREA, R., «La validez de la venta de la totalidad de una cosa común», *op. cit.*, p. 3562.

¹⁵ En ocasiones, el Tribunal Supremo declara la nulidad de la compraventa por la «*aplicación combinada de los artículos 397 y 1261 del Código Civil*», véanse la STS de 23 de junio de 2009 (RJ 2009, 4233), y todas las por ella citadas.

¹⁶ En la doctrina consideran que el término «*alteraciones*» del artículo 397 del Código Civil incluye también los actos de disposición jurídica RODRÍGUEZ LÓPEZ, G., «Los actos dispositivos y de administración de los cotitulares y el Registro de la Propiedad. Especial referencia al arrendamiento», en Reyes López, M. J. (dir.), *Comunidad de bienes*, Valencia, 2014, pp. 683 y 697, señalando en la p. 688 que «bajo el régimen de este artículo (el 397 del Código Civil) quedan incluidos todos los demás actos que excedan de la mera administración, y supongan transformación jurídica y/o material de la cosa común, disposición o enajenación de la misma»; CARUANA FONT DE MORA, G., «La comunidad hereditaria», en Reyes López, M. J. (dir.), *Comunidad de bienes*, Valencia, 2014, pp. 432 y 433, señalando en la p. 432 que «la enajenación supone una alteración, pues esta se ha entendido no solo a los actos materiales sino también de repercusión jurídica»; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho hipotecario*, T. I, Madrid, 1999, p. 487, que dice: «son actos de alteración los que alteran la sustancia o forma esencial de la cosa, entre los que se encuentran los de disposición de la cosa sobre la que recae la comunidad»; DE COSSÍO CORRAL, A., *Instituciones de Derecho Civil*, T. II, Madrid, 1988, p. 120, que dice: «al hablarse de alteración de la cosa común, el Código, según tiene implícitamente admitido la jurisprudencia, por ejemplo, la sentencia de 9 de febrero de 1954, no solo comprende las alteraciones físicas o materiales, sino en general cualquier acto jurídico de disposición sobre la cosa»; REBOLLEDO VARELA, Á. L., «Comentario a los artículos 1521 y sigs.», en Paz-Ares Rodríguez, C., Díez-Picazo y Ponce De León, L., Bercovitz, R. y Salvador Coderch, P. (dirs.), *Comentario del Código Civil*, T. II, Madrid, 1993, p. 1010, señala que si se enajena el bien íntegramente «ello supondría contravención directa del artículo 397 dando lugar a un supuesto de nulidad»; ESPÍN CÁNOVAS, D., *Manual de Derecho Civil Español*, Vol. II, *Derechos Reales*, Madrid, 1985, p. 321, señala: «dentro de las alteraciones aludidas en el artículo 397 habrá que incluir en primer término los actos de disposición jurídica que se refieran a la totalidad de la cosa, ya que evidentemente alterarían el estado anterior»; AZPITARTE CAMY, R., «Los garajes en el título constitutivo de la propiedad horizontal», Separata de la *RDN*, enero/marzo, 1979, p. 119, que señala: «las «alteraciones de la cosa común» de que habla el artículo 397 del

Código Civil exigiendo la unanimidad de los condueños pueden ser alteraciones jurídicas, como son los actos de enajenación o gravamen, y pueden ser alteraciones físicas, como son los actos de transformación, las llamadas innovaciones». En el mismo sentido pueden verse ELÍAS MONDEJA, A., *La comunidad de bienes en la jurisprudencia y en la práctica*, Valencia, 1991, p. 56; MORA ALARCON, J. A., *Comunidades de bienes, sociedades civiles, fundaciones y asociaciones (aspectos civiles y fiscales)*, Madrid, 1996, p. 35.

¹⁷ La STS de 10 de diciembre de 1966 (*RJ* 1966, 378), de la que fue ponente el Excmo. Sr. D. José BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, dispone: «se consumó el máximo acto de alteración de la cosa común “cuál es la enajenación” por uno solo de los comuneros, en contra de la exigencia de unanimidad requerida para esta clase de actos por el artículo 397 del propio Código Civil». En el mismo sentido, la STS de 6 de febrero de 1984 (*RJ* 1984, 576), dictada por el mismo ponente, dice: «en cuya virtud los dos copropietarios lo eran de la totalidad de la finca, para cuya venta se requería el consentimiento de ambos, según preceptúa el artículo 397, como acto máximo de carácter dispositivo»; la de 25 de junio de 1990 (*RJ* 1990, 4894) señala: «el máximo acto de alteración de la cosa común es la enajenación de unos solos —de los comuneros—, en contra de la exigencia de unanimidad requerida para esta clase de actos, en cuanto es contrario a mandato expreso de exigencia de esa actividad consentidora unánime, conducente a la sanción de nulidad prevista en el número 3 de artículo 6 del Código Civil»; la de 23 de octubre de 1990 (*RJ* 1990, 8041) establece: «por consiguiente, realizaron un acto dispositivo sobre el inmueble sin que concurriera la unanimidad de los copropietarios, como exige el artículo 397 del Código Civil; toda vez que una alteración jurídica en la cosa común requiere el consentimiento de todos los condóminos»; la STS de 11 de noviembre de 1991 (*RJ* 1991, 8233) afirma: «ha de estarse en orden a la enajenación del mismo a lo dispuesto en el artículo 397 del Código Civil () precepto ciertamente aplicable al caso según la doctrina jurisprudencial que requiere la unanimidad de los copropietarios para disponer de la cosa común, dado que las alteraciones en esta, a que se refiere el artículo citado, no solo comprenden las de índole material sino también las jurídicas». Véanse también las SSTS de 3 de junio de 1995 (*RJ* 1995, 4596); de 7 de marzo de 2012 (*RJ* 2012, 4059), o la STS de 9 de octubre de 2008 (*RJ* 2008, 5684), que afirma: «La venta, como negocio jurídico de disposición o alteración jurídica, de una cosa común, está prohibida por el artículo 397 del Código Civil».

¹⁸ Así, por ejemplo, citan y siguen la argumentación de la STS de 19 de diciembre de 1985, la STS de 7 de marzo de 2012 (*RJ* 2012, 4059), que señala: «la solución generalmente adoptada por esta Sala en sus sentencias de las últimas décadas coincide con la de la sentencia de primera instancia de este litigio, es decir nulidad de la compraventa por aplicación combinada de los artículos 397 y 1261 del Código Civil al implicar la disposición de la cosa común por uno solo de los partícipes una alteración que requeriría el consentimiento de los demás. Es el criterio seguido por las SSTS de 19 de diciembre de 1985, 8 de julio de 1988, 25 de mayo de 1990, 23 de octubre de 1990, 30 de junio de 1993, 24 de julio de 1998 y 13 de noviembre de 2001, así como también por la STS de 9 de octubre de 2008, ya citada, en otro de sus fundamentos»; idéntico párrafo puede leerse en la STS de 23 de junio de 2009 (*RJ* 2009, 4233). Por su parte, la STS de 9 de octubre de 2008 (*RJ* 2008, 5684), tras referirse a la STS de 19 de diciembre de 1985 en su Fundamento de Derecho Primero, señala en el Segundo: «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».

¹⁹ Tras las aportaciones realizadas por el Profesor MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Comentarios», *op. cit.*, pp. 383 y sigs., también son numerosos los autores que entienden que el artículo 397 del Código Civil se refiere exclusivamente a los actos de alteración o modificación material de la cosa, por lo que su presunta infracción no puede servir para declarar la nulidad absoluta del negocio jurídico realizado por uno solo de los copropietarios, remitiendo al artículo 399 del Código Civil la regulación de los actos de disposición jurídica, sea sobre

la cuota sea sobre la cosa común. En este sentido, CAPILLA RONCERO, F., «La comunidad de bienes», en López y López, Á. y Montés Penadés, V. (coords.), *Derechos reales y Derecho inmobiliario registral*, Valencia, 1994, p. 400, afirma: «la norma (el artículo 397) se refiere a las alteraciones materiales sobre la cosa común. La jurisprudencia considera que se refiere también a las alteraciones «jurídicas» (básicamente actos de disposición) que pesan sobre la totalidad de la cosa; pero () de esa materia se ocupa el artículo 399, sobre la base del cual se llega a la misma conclusión: los actos de disposición que excedan del derecho individual del comunero y afecten a todos, requieren el consentimiento de todos»; MÉNDEZ APENELA, E., «La venta de cosa común por el comunero aislado II», *op. cit.*, pp. 174 y sigs.; ESTRUCH ESTRUCH, J., *Venta*, *op. cit.*, pp. 211 y sigs.; ATIENZA NAVARRO, M. L., «Venta de la cosa común», *op. cit.*, pp. 262 y sigs.

²⁰ También en el derecho romano se distinguía el régimen jurídico en cuanto a los actos de disposición jurídica y los actos materiales realizados sobre la cosa común. Así, FADDA, C., BENSA, P. E. y BONFANTE, P., en las notas a WINDSCHEID, B., *Diritto delle Pandette*, T. VI, Torino, 1925, p. 97, afirman: «se puede distinguir en general en el condominio la disposición jurídica de la cosa y la disposición material de la misma». Por su parte, BONFANTE, P., *Corso di diritto romano*, vol. II, *La proprietà*, Roma, 1928, pp. 27 y 28, señala: «el lenguaje de las fuentes es diverso en cuanto a la disposición jurídica y a la disposición material de la cosa». Véase también BIONDI, B., Voz «Comunione. Diritto romano», en AZARA, A. y EULA, E. (dirs.), *Novissimo Digesto Italiano*, T. III, Torino, 1957, p. 856.

En el derecho romano no se llegó a formular nunca de modo expreso la necesidad del consentimiento unánime para la enajenación de la cosa común porque resultaba indiscutible para los jurisconsultos que la enajenación del comunero solo afectaría a su cuota, sin que pudiera afectar a los derechos de los restantes comuneros (a diferencia de otros negocios jurídicos que por su carácter indivisible no pueden quedar limitados a la cuota del disponente, como la concesión de una servidumbre sobre el fundo común) y, por lo tanto, el comunero enajenante quedaría sometido a la responsabilidad derivada del ejercicio de las acciones de evicción que pudiera dirigir el comprador contra él, en este sentido, FADDA, C., BENSA, P. E. y BONFANTE, P., *Diritto delle Pandette*, *op. cit.*, p. 99, señalan: «la cosa es tan intuitiva que nunca fue formulada directamente por los jurisconsultos de las Pandectas: resulta solo indirectamente de las decisiones en materia de evicción, porque si un comunero enajena sin el consentimiento de los otros comuneros, el tercer adquirente puede ser sometido a la evicción de estos y entonces ejercitar la acción *ex stipulatu* o la *actio ex empto* que lo garantizan de la evicción (en el derecho clásico también con la *actio auctoritas*) contra el comunero enajenante (L. 1. Dig. de ev. 21.2; L. 12 *ead.*)»; véase también BONFANTE, P., *Corso di diritto romano*, *op. cit.*, p. 14.

En consecuencia, en el Derecho romano, en el que, por otra parte, era válida la venta de cosa ajena, nunca se dudó de la validez de la enajenación de la cosa común realizada por uno solo de los copropietarios ni, mucho menos, se estableció expresamente la nulidad de la misma.

Parece ser, incluso, que en el Derecho romano antiguo, para ciertas formas de copropiedad solidaria, se llegó a admitir que uno solo de los comuneros pudiera enajenar con efectos reales la cosa común. En este sentido, BISCARDI, A., «La genesi della nozione di comproprietà», *Labeo*, 1955, I, p. 158, señala que «podemos decir que el antiquísimo derecho romano conocía una forma de copropiedad solidaria () que era totalmente opuesta a la clásica *communio pro indiviso*, o sea esta figura que los juristas clásicos intentaban excluir diciendo «*duorum quidem in solidum dominium (...) esse non posse*» (D. 13.6.5.15): donde un solo comunero (*vel unus ex sociis*) manumitiendo al siervo común le hacía adquirir la libertad, o mancipando una cosa perteneciente al *consortium*, transmitía al *mancipio accipiens* la propiedad de la entera cosa». Por su parte, BRETONE, M., «Consortium y comunio», *Labeo*, 1960, VI, p. 182, afirma: «de acuerdo con la casi totalidad de los estudios nosotros pensamos que cualquiera de los consortes estaba legitimado para realizar actos de disposición jurídica con plenos efectos frente a todos, y que se ha de rechazar la diversa opinión, según la cual el poder de disposición por entero no correspondía más a un consorte particularmente cualificado, aquel de los consortes

que la colectividad hubiese elegido como administrador». Puede encontrarse más información en ARIAS RAMOS, J. y ARIAS BONET, J. A., *Derecho romano, I, Parte general. Derechos reales*, Madrid, 1986, p. 272; GUARINO, A., *Diritto Privato romano*, Napoli, 1963, p. 420; LONGO, C., *CORSO DI DIRITTO ROMANO. I DIRITTI REALI*, Padova, 1962, p. 63; PUGLIESE, G., SITZIA, F., y VACCA, L., *Istituzioni di diritto romano. Sintesi*, Torino, 1992, p. 128; los mismos autores en *Istituzioni di diritto romano. Sintesi*, Torino, 1994, pp. 321 a 325; D'ORS, Á., *Derecho Privado Romano*, Pamplona, 1983, p. 245; PUGLIATI, S., *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, pp. 198 a 201.

²¹ En este sentido puede verse SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho Civil III*, Madrid, edición de 1891, p. 190, y en la edición de 1900, p. 179, que afirma: «la facultad de transformar, que era una de las en que se descomponía el poder de libre disposición del dueño, está negada en el condominio, y no podrá hacer alteración alguna bajo pretexto o en razón de que la alteración fuese ventajosa», añadiendo en la p. 180 «y sin exagerar el sentido y alcance de la palabra alteraciones, no entiéndense por tales cualquiera novedad que un condeño establezca en la cosa común, sino en cuanto pueda modificar y limitar, y, sobre todo, perjudicar la condición o disfrute de la misma por los demás». En SCAEVOLA, Q. M., *Código Civil, comentado y concordado extensamente*, VII, Madrid, 1896, se afirma en la p. 266 que «alterar es cambiar la esencia o forma de una cosa (...) el Código limita a esto el precepto, a la alteración». En el mismo sentido, DONDERIS TATAY, L., *La copropiedad*, Madrid, 1933, pp. 131 y 132, que hace referencia al régimen establecido por Justiniano y en el que al comunero «no se le reconocía el poder jurídico de introducir innovaciones en la cosa común sin el concurso de los demás»; VALVERDE Y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho Civil español*, T II, Valladolid, 1910, p. 248, que utiliza la expresión «modificaciones», señalando: «y aun cuando dichas alteraciones se limiten a más o menos ligeras modificaciones que no varíen el objeto y uso a que se dedican, tampoco pueden realizarse si con ello se causa perjuicio a la comunidad o impide a los partícipes usarla según su destino». De la misma opinión participan PEDREIRA CASTRO, J. M., *El Código Civil a través de la Jurisprudencia*, I, Madrid, s. d., que se refiere en la p. 530 a «edificaciones» y «modificaciones»; COMAS, A., *La revisión del Código Civil español*, Madrid, 1902, pp. 115 y 116, que habla de la «integridad de la cosa común», y de mejoras; DÍAZ GUIJARRO, E. y MARTÍNEZ RUIZ, A., *El Código Civil interpretado por el Tribunal Supremo*, T. III, Bilbao, 1900, p. 193, que se refieren a «transformaciones». También creemos que BORRELL Y SOLER, A. M., *El dominio según el Código Civil español*, Barcelona, 1948, participa de esta opinión, y aunque en la p. 207 afirma que «la alteración de la cosa común no debe entenderse en un sentido exclusivamente material», lo cierto es que todos los ejemplos que pone a continuación se refieren a modificaciones de la forma de disfrute de la cosa común que van a repercutir directamente sobre los copropietarios, así habla de «destinar el piso de un casa a un fin que difiera notablemente del expresa o tácitamente convenido, constituye una alteración (...) si lo que se alquilaba para habitación se destinase a teatro, cine, salón de baile, taller que produzca ruido u otra notable molestia a los vecinos; a academia de música, especialmente de instrumentos de metal; si en un piso situado en un barrio de personas morigeradas se diese cobijo a sujetos de vida sospechosa o abiertamente immoral, serían alteraciones». Como se ve, no se trata de actos de disposición jurídica sino más bien de actos que afectan al cambio de destino, disfrute o forma de uso de la cosa común. No obstante, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., *La comunidad*, *op. cit.*, p. 282, en la nota 23, entiende que BORRELL Y SOLER incluye los actos jurídicos junto con los materiales en el término alteraciones del artículo 397 del Código Civil. Frente a esta opinión, MÉNDEZ APENELA, E., «La venta de cosa común por el comunero aislado II», *op. cit.*, p. 174, nota 77, entiende, como hacemos nosotros, que BORRELL Y SOLER no incluye los actos de disposición jurídica en el término alteraciones del artículo 397 del Código Civil. Esta afirmación creemos que queda confirmada si acudimos a la obra de este último autor *Derecho Civil español*, T. II, *Derechos reales*, Barcelona, que se publicó en el año 1955, con posterioridad, por tanto, a la monografía de BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO

y, sin embargo, en la p. 145, al referirse a las alteraciones en la cosa común las equipara a «variaciones», incluyendo únicamente las actuaciones materiales, en concreto las «obras».

Entre la jurisprudencia del Tribunal Supremo posterior a la publicación del Código Civil, pueden verse las SSTS de 4 de abril de 1905 (JC 1905-2, t. 101, pp. 15 a 29); de 26 de enero de 1906 (JC 1906-1, t. 103, pp. 171 a 182); o de 30 de abril de 1935 (JC 1935-2, t. 218, pp. 675 a 696). En estas sentencias el Tribunal Supremo afirma que uno solo de los coherederos no puede disponer de cosas concretas de la herencia en tanto no se liquide la misma y se adjudiquen a cada uno de los coherederos bienes concretos y determinados. Sin embargo, las resoluciones no cuestionan la validez obligacional del negocio jurídico realizado por el comunero individualmente, ni mucho menos afirman su nulidad absoluta o radical por infracción del artículo 397 del Código Civil o de cualquier otra norma imperativa. Sobre la cuestión puede verse MÉNDEZ APENELA, E., «La venta de cosa común por el comunero aislado I», *op. cit.*, pp. 203 y sigs.

²² Afirma BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., *La comunidad*, *op. cit.*, p. 265, que el Código Civil español se inspiró en materia de comunidad de bienes en el Código Civil italiano de 1865. Como señala el autor, nuestro Código «se aparta del Código Civil francés, que no regula la copropiedad, porque miró siempre con recelo a estas formas de propiedad indivisa, de corta duración, difíciles de regular en la práctica y condenadas a la división, con efectos declarativos, como si aquel estado de indivisión nunca hubiera existido». Véanse también MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Comentarios», *op. cit.*, p. 384; MÉNDEZ APENELA, E., «La venta de cosa común por el comunero aislado II», *op. cit.*, p. 173. De igual modo, en la doctrina italiana, PACIFICI-MAZZONI, E., *Istituzioni di Diritto Civile italiano*, Vol. III, Parte prima, Firenze, 1925, p. 513, señala: «el Código Civil español en esta materia es sustancialmente idéntico al nuestro () artículos 392 a 406».

El artículo 397 de nuestro Código Civil es idéntico al artículo 399 del Anteproyecto de 1882 (véase PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *El Anteproyecto del Código Civil Español*, Madrid, 1965, p. 134). En el Proyecto de 1851 no existía ningún precepto similar, limitándose a regular la comunidad de pastos entre vecinos de uno o más pueblos (véase el artículo 509 del Proyecto en GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, reimpresión de la edición de 1852, Zaragoza, 1974, p. 260). Tampoco se suscitó ninguna cuestión sobre la comunidad de bienes en los debates parlamentarios del Código Civil, salvo una intervención del diputado AZCÁRATE que señalaba que en vez de comunidad debería llamarse copropiedad (véase DE LOS MOZOS, J. L., HERRERO GUTIÉRREZ, R. y VALLEJO ÚBEDA, M. Á., *El Código Civil. Debates parlamentarios 1885-1889*, t. II, Madrid, 1989, p. 1678).

²³ El artículo 679 del Código Civil italiano de 1865 disponía: «*Cada participante tiene la plena propiedad de su cuota y de los correspondientes frutos y utilidades. Pueden libremente enajenar, ceder o hipotecar esa cuota, y también sustituir a otro en el disfrute de la misma si no se trata de derechos personales. Pero el efecto de la enajenación o de la hipoteca se limita a la parte que vendrá a corresponder al participante en la división.*

²⁴ En este sentido, interpretan el término «innovaciones» como referido a los actos de alteración material sobre la cosa BORSARI, L., *Commentario del Codice civile*, vol. II, Napoli-Roma, 1872, p. 1040, que habla de construcciones y novaciones; BARASSI, L., *La comproprietà*, Pavia, anno scolastico, 1920-1921, pp. 425 a 430; RICCI, F., *Diritto Civile*, Vol. V, Torino, 1886, pp. 29 a 32; CATINELLA SCHIFANI, G., Voz «Comunione», en *Il Digesto Italiano*, Vol. III, Parte Terza, Torino, 1896-1899, p. 748; VITUCCI, Voz «Comunione», en Nuevo Digesto Italiano, XVI, Torino, 1938, pp. 552 y 553; STOLFI, N., *Il possesso e la proprietà*, Vol. II, Parte Prima, Torino, 1926, pp. 342 y 343; GRISOSTOMI, G., Voz «Condominio», en SCIALOJA, V. y BONFANTE, P., *Dizionario Pratico del Diritto Privato*, Vol. II, Milano, s. d., p. 333; FADDA, C., BENSA, P. E. y BONFANTE, P., *Diritto delle Pandette*, *op. cit.*, p. 169; DE RUGGIERO, R., *Introduzione alle scienze giuridiche e Istituzioni di Diritto Civile*, Napoli, 1911, p. 423, señala que «hacer innovaciones sobre la cosa significa modificar el uso al que se destina o alterar la esencia o transformar la naturaleza», no

obstante, parece que posteriormente amplía el significado del término innovaciones cuando en la página siguiente señala que «con carácter general deben entenderse por innovaciones cada acto sea de disposición sea de gestión, que modifique sustancialmente el estado de hecho o de derecho de la cosa, de tal manera que tras el mismo la cosa no pueda decirse que permanece como era antes». Entendemos que el autor se refiere a los actos de disposición jurídica que no puedan limitarse a la cuota del copropietario, como hace MESSINEO, F., *Istituzioni di diritto privato*, Padova, 1939, que en la página 282 afirma: «se requiere la unanimidad de las voluntades de los comuneros para decidir eficazmente innovaciones sobre la cosa (ej. conceder una servidumbre pasiva: 636)». No obstante, SIMONCELLI, V., *Istituzioni di Diritto Privato Italiano*, Roma, 1929, p. 181, diferencia expresamente la constitución de servidumbres sobre la cosa común (art. 636) de las innovaciones sobre la misma (art. 677), al igual que hace DUSI, B., *Istituzioni di Diritto Civile*, T. I, Torino, 1929, pp. 326 y 327.

²⁵ En este sentido, RICCI, F., *Diritto Civile*, *op. cit.*, p. 15, se pregunta: «¿debe entenderse la nulidad de la venta? No lo creemos». Por su parte, SALIS, L., *La comunione*, en Vassalli, F. (dir.), *Trattato di diritto civile italiano*, vol. IV, T. II, Torino, 1939, p. 100, señala: «el contrato de disposición de la cosa común, estipulado por el comunero antes de la división puede considerarse válido en el límite de la cuota de copropiedad de la cual el enajenante es titular y puede disponer, por el resto debe considerarse venta de cosa ajena». Véanse también VITUCCI, Voz «Comunione», *op. cit.*, pp. 549 y 550; FADDA, C., BENSA, P. E. y BONFANTE, P., *Diritto delle Pandette*, *op. cit.*, p. 165; COVIELLO, L., «La quota indivia ed il divieto di espropriazione forzata», *Giur. It.*, 1903, IV, p. 234, que afirma: «no se puede dudar que para el derecho romano el comunero pudiera enajenar no solo su cuota de copropiedad, saliendo así de la comunidad y poniendo a otro en su lugar, sino también un bien singular de la comunidad, en cuanto que también la venta de cosa ajena era válida. De ello no duda tampoco el derecho austriaco, así RANDA escribe: «si el copropietario enajena la cosa entera, la venta tiene efecto por la parte ideal de él, en cuanto a las otras partes la venta no es nula, más bien el vendedor responde respecto al otro contrayente como en la venta de cosa ajena».

²⁶ El precepto disponía: «*La venta de cosa ajena es nula: puede dar lugar al resarcimiento de los daños, si el comprador ignoraba que la cosa era ajena. La nulidad establecida en este artículo no se puede nunca alegar por el vendedor*».

²⁷ En este sentido, PATERNO-CASTELLO DI BICOCCA, L., *La comunione dei beni nel Codice Civile italiano*, Torino, 1925, p. 196, afirma: «en verdad, el comunero que vende una cosa común no vende cosa completamente ajena»; VITUCCI, Voz «Comunione», *op. cit.*, p. 553, dice: «la hipótesis del artículo 1459 es profundamente diversa a esta que nos ocupa: allí al vendedor no le corresponde ningún derecho sobre la cosa, aquí, por el contrario, como puede suceder que al comunero enajenante nada le corresponda en el acto de división, igualmente puede ocurrir que toda la cosa venga asignada a él». En parecido sentido, VITALEVI, M., *Comunione dei beni*, vol. II, Torino, 1889, p. 499, después de advertir de que si se aceptara la nulidad de esta venta se podría decretar la nulidad aun en el caso de que el comprador finalmente adquiriera por entero el dominio de la cosa que le vendió el copropietario, concluye: «este sistema parece erróneo e inaceptable. ¿Cómo se puede decir que el comunero ha vendido una cosa ajena cuando, mientras dure la indivisión, cada coparticipante tiene un derecho indiviso, y cuando, por efecto de la división, la cosa entera puede venir a pertenecer al coheredero vendedor?». GRISOSTOMI, G., Voz «Condominio», *op. cit.*, p. 332, refiriéndose a la enajenación de una cosa concreta perteneciente al patrimonio común, señala: «en esta hipótesis la enajenación no es nula, y mal se invocaría para establecer la nulidad al artículo 1459, que declara la nulidad de la venta de cosa ajena». Véase también BARASSI, L., *La comproprietà*, *op. cit.*, pp. 423 y 424.

²⁸ Con total claridad, BRANCA, G., «Comentario a los artículos 1100 y sigs.», en SCI ALOJA, A. y BRANCA, G., *Commentario del Codice Civile*, Bologna-Roma, 1982, p. 142, afirma: «¿después de la venta el contrato tiene la eficacia parcial de transmitir al comprador el derecho de comunidad que tenía el enajenante? Se respondía afirmativamente bajo el viejo Código». En idéntico sentido RAMPONI, L., *Comunione di proprietà o comproprietà*, en

Diritto Civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza, Torino-Napoli, 1922, p. 1081, cuando se refiere a la posibilidad del comprador de adquirir la cosa común vendida, tanto por usucapión extraordinaria como ordinaria (pues, evidentemente, se parte de la validez de la venta realizada por uno solo de los comuneros), advierte expresamente que: «debe entenderse en cada caso: la prescripción adquisitiva de las cuotas no pertenecientes al enajenante o constituyente, siendo la cuota de este válidamente adquirida por la fuerza del título». En la p. 1079 dice: «el comunero que a título oneroso ha enajenado la cosa común () debe garantizar el saneamiento por evicción al adquirente de la propiedad o de otro derecho real. La cual le priva de parte del objeto del derecho adquirido () cuando los otros comuneros han reivindicado sus cuotas (caso de evicción parcial)». Véanse también VITALEVI, M., *Comunione dei beni*, *op. cit.*, pp. 505, 506 y 508; PATERNO-CASTELLO DI BICOCCA, L., *La comunione*, *op. cit.*, p. 195; VITUCCI, Voz «Comunione», *op. cit.*, p. 553; SALIS, L., *La comunione*, *op. cit.*, p. 105, nota I; RICCI, F., *Diritto Civile*, *op. cit.*, p. 17.

²⁹ También la STS de 8 de julio de 1988 (*RJ* 1988, 5682) utiliza la misma expresión («añeja tradición») para referirse a la interpretación de la expresión «alteraciones en la cosa común» como comprensiva no solo de los actos materiales sino también de aquellos que tienen repercusión jurídica.

³⁰ En este sentido, MÉNDEZ APENELA, E., «La venta de cosa común por el comunero aislado II», *op. cit.*, p. 174, afirma: «la primera jurisprudencia y los primeros comentaristas del Código Civil consideraron al artículo 397 como referido exclusivamente a las alteraciones materiales de la cosa común () Para la extensión vulgarista de la aplicación del artículo 397 parece decisiva la defensa de la misma por BELTRÁN DE HEREDIA en su monografía sobre la comunidad de bienes, a partir de este momento los autores en general tienen a considerar incluidos en el artículo 397 los actos de disposición jurídica (...) el proceso de ampliación del ámbito originario de aplicación del artículo 397 en la jurisprudencia también es lento, parece iniciarse a mediados de los años cincuenta, para cobrar cuerpo y fuerza en los años setenta».

³¹ Diccionario de la Lengua de la Real Academia, vigésima segunda edición. El resto de acepciones del verbo alterar son las siguientes: «2. Perturbar, trastornar, inquietar. U.t.c. prnl. 3. Enojar, excitar. U.t.c. prnl. 4. Estropear, dañar, descomponer. U.t.c. prnl».

³² Recuérdese que SCAEVOLA, Q. M., *Código Civil*, *op. cit.*, p. 266, afirma que «alterar es cambiar la esencia o forma de una cosa (...) el Código limita a esto el precepto, a la alteración». Véase la nota 21 de este trabajo.

³³ Diccionario de la Lengua de la Real Academia, vigésima segunda edición.

³⁴ En este sentido, el propio BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., *La comunidad*, *op. cit.*, p. 279, señala que «la palabra alteraciones está empleada aquí en un sentido amplio e impreciso, que comprende toda clase de actos de disposición, que se hagan sobre la cosa común, más allá del límite que a cada uno marca su propia cuota». Y es que, como señala MÉNDEZ APENELA, E., «La venta de cosa común por el comunero aislado II», *op. cit.*, p. 172, «desde un plano exclusivamente conceptual parece evidente que la identificación de los negocios jurídicos de disposición con simples alteraciones materiales no es correcta e inatacable, no es un modelo de *elegantia iuris*, más bien parece un vulgarismo, que confunde categorías jurídicas perfectamente diferenciadas».

³⁵ Afirma DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España*, T. I, reimpresión, Madrid, 1984, p. 468 y nota 6, que «no se debe desnaturalizar bajo ningún pretexto el texto claro de una disposición () las palabras del legislador deben ser entendidas en su sentido gramatical y genuino mientras que no conste que no quiso emplearse en otro, S. 4 de marzo de 1929. En este sentido, *in re dubia melius est verbis edictis servire*, D. 14, 1, 1, § 20».

³⁶ El artículo 679 del Código Civil italiano de 1865 disponía: «*Cada participante tiene la plena propiedad de su cuota y de los correspondientes frutos y utilidades. Pueden libremente enajenar, ceder o hipotecar esa cuota, y también sustituir a otro en el disfrute de la misma si no se trata de derechos personales. Pero el efecto de la enajenación o de la hipoteca se limita a la parte que vendrá a corresponder al partícipe en la división*».

La última frase del artículo fue añadida por el legislador italiano de 1865 al § 829 del Código Civil austriaco, que fue el modelo que tomó para la redacción del precepto. Como se ve, en esta última frase, de modo expreso, el legislador limita los efectos de la enajenación que hubiera realizado el partícipe a la «*parte que le vendrá a corresponder en la división*». Por esta razón la doctrina italiana entendía que el precepto se refería no solo a la enajenación o cesión de su cuota, sino también al supuesto en el que el comunero enajenara más derechos de los que fuera titular sobre la cosa común, pues no tendría sentido dicha limitación de los efectos de la enajenación si el comunero se hubiera limitado a enajenar o ceder su cuota de propiedad. En este sentido, PATERNO-CASTELLO DI BICOCCA, L., *La comunione*, *op. cit.*, p. 197, afirma: «El artículo 679 no excluye que se pueda vender un bien inmueble común (...) solo limita el efecto de la enajenación a aquella porción que corresponderá al comunero en la división»; y en la p. 195 continua afirmando: «puede ocurrir que la venta o cesión hecha por el comunero al tercero, extraño a la comunidad, no se refiera a una cuota abstracta de la cosa común, por ejemplo un cuarto o un quinto de la misma, sino que sea una cosa específicamente determinada, por ejemplo el fundo A, la casa B»; en idéntico sentido, VITALEVI, M., *Comunione dei beni*, *op. cit.*, p. 494, afirma: «por lo tanto no puede admitirse que a uno de los comuneros se le impida vender en especie cosas o bienes concretos de la comunidad»; BARASSI, L., *La comproprietà*, *op. cit.*, p. 305; BORSARI, L., *Commentario*, *op. cit.*, p. 1046; COVIELLO, L., «La quota indivisa», *op. cit.*, p. 235.

Entendemos, por tanto, que esta es también la interpretación que debe darse a la última frase del artículo 399 del Código Civil, precepto que proviene directamente del artículo 679 Código Civil italiano de 1865. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, T. III, Pamplona, 2009, pp. 1033 y 1034, afirma que, en la última frase, el precepto parece admitir lo que podría denominarse «cesión del derecho», esto es, supuestos en los que lo que se vende no es la cuota sino la porción que se le adjudicará al transmitente en la división de la cosa común. Sin embargo, tampoco en este tipo de negocios de cesión de los derechos que en un futuro se adjudicarán al copropietario entendemos que sería necesaria la limitación de los efectos de la enajenación que establece el precepto, pues no habría nada que limitar si no hubo exceso de disposición, máxime si se tiene en cuenta que en estos negocios (en los que el tercero no entra a formar parte de la comunidad) la atribución al tercer adquirente se realizará necesariamente después de la división de la cosa común, por lo que no es necesario que el precepto establezca la limitación de los efectos frente a los otros copropietarios, ya que la concreción del negocio jurídico de cesión se produce necesariamente una vez hecha la división de la cosa común que, por otra parte, deberá realizarse con la participación de todos ellos y del tercero (cfr. arts. 402 y 403 del Código Civil).

³⁷ Como hemos visto, también la doctrina italiana referida al artículo 679 del Código Civil de 1865 entendía que el negocio jurídico extralimitado realizado por uno de los copropietarios era válido. En este sentido, SALIS, L., *La comunione*, *op. cit.*, p. 100, señala: «el contrato de disposición de la cosa común, estipulado por el comunero antes de la división puede considerarse válido en el límite de la cuota de copropiedad de la cual el enajenante es titular y puede disponer, por el resto debe considerarse venta de cosa ajena». Véanse también VITUCCI, Voz «Comunione», *op. cit.*, pp. 549 y 550; FADDA, C., BENSA, P. E. y BONFANTE, P., *Diritto delle Pandette*, *op. cit.*, p. 165; COVIELLO, L., «La quota indivisa», *op. cit.*, p. 234; RICCI, F., *Diritto Civile*, *op. cit.*, p. 15.

³⁸ Como señala GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *La constitución voluntaria de servidumbres en el derecho español*, Madrid, 1984, p. 97, nota 209, «hablar de una servidumbre sobre la cuota del condómino concedente no tiene sentido porque, si bien es imaginable la propiedad sobre la cuota o un usufructo o hipoteca sobre la misma, no lo es una servidumbre ante las especiales características de este derecho real». En igual sentido, MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código Civil español*, III, Madrid, 1952, p. 638; GRECO, F., «Comentarios a los artículos 1100 y sigs.», en PESCATORE, G., ALBANO, R. y GRECO, F., *Commentario del Codice Civile*, Libro III, T. 3.^º, Torino, 1958, p. 48, que dice: «la constitución de una servidumbre sobre la cuota no es concebible en cuanto que el ejercicio del derecho exige el

sometimiento de toda la cosa». Véanse también FEDELE, A., *La comunione*, en GROSSO, G. y SANTORO-PASSARELLI, F., *Trattato di diritto civile*, vol. III, Fas. V, Milano, 1967, p. 268; RICA-BARBERIS, M., «La servitù riconosciuta o constituita da uno dei coproprietari», *Foro it.*, 1957, IV, p. 15.

³⁹ Sobre la norma puede verse ZAHINO RUIZ, M. L., *La constitución de servidumbre voluntaria*, *op. cit.*, consultado en vlex.com, que defiende que el precepto es el único que se refiere a los actos de disposición jurídica sobre la cosa común, propugnando el cambio de ubicación sistemática del artículo, para situarlo en el Título *De la comunidad de bienes*, y la aplicación generalizada del mismo a «cualquier negocio dispositivo que, teniendo por objeto la cosa común, fuere realizado por uno solo de los copropietarios».

⁴⁰ De igual modo, en el derecho romano tampoco se consideró nula la concesión de servidumbre hecha por uno solo de los comuneros sino que, por el contrario, se le atribuyeron algunos efectos (l. 11. Dig., *De servit. praed.* (VIII-3) y l. 18, *Dig. Comm. praed.* (VIII-4). Sobre la cuestión pueden verse PATERNO-CASTELLO DI BICOCCA, L., *La comunione*, *op. cit.*, p. 235; VITALEVI, M., *Comunione dei beni*, *op. cit.*, p. 547.

El artículo 597 del Código Civil es prácticamente idéntico al artículo 636 del Código Civil italiano de 1865, que disponía: «*La servidumbre concedida por uno de los copropietarios de un fundo indiviso, no se entiende establecida y realmente gravada hasta que los otros la hayan también concedido, unitaria o separadamente. La concesión hecha por cualquier título por un comunero permanece suspendida en tanto que se produzca la del último. Sin embargo, la concesión hecha por uno de los copropietarios independientemente de los otros obliga no solo al concedente sino también a sus sucesores incluso a título particular y causahabientes a no impedir el ejercicio del derecho concedido*». En la actualidad, el artículo 1059 del Código Civil italiano de 1942 se expresa en términos muy parecidos. La doctrina italiana, referida tanto al Código de 1865 como al actual, siempre ha considerado válida la concesión realizada por uno solo de los comuneros. Así, respecto del Código de 1865, pueden verse BARASSI, L., *La coproprietà*, *op. cit.*, p. 424, que afirma rotundamente que la servidumbre constituida unilateralmente «no es nula»; BIONDI, B., *Las servidumbres*, con anotaciones de GONZÁLEZ PORRAS, J. M., Madrid, 1978, pp. 322 y 323; PATERNO-CASTELLO DI BICOCCA, L., *La comunione*, *op. cit.*, p. 235; VITALEVI, M., *Comunione dei beni*, *op. cit.*, pp. 547 y 548; BORSARI, L., *Commentario*, *op. cit.*, p. 1044; RAMPONI, L., *Comunione di proprietà*, *op. cit.*, p. 1073. Respecto del Código de 1942 pueden verse FRAGALI, M., *La comunione*, en CICU, A. y MESSINEO, F., *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Vol. XIII, T. II, Milano, 1978, p. 475; BURDESE, A., *Servitú predial*, en GROSSO, G. y SANTORO-PASSARELLI, F., *Trattato di diritto civile*, Milano, 1960, p. 65.

⁴¹ Los autores que han estudiado el precepto no plantean ninguna duda sobre la validez del negocio jurídico de concesión de servidumbre sobre la cosa común realizado por uno solo de los copropietarios. Véanse CUADRADO IGLESIAS, M., «Comentario al artículo 597», en *Comentario del Código Civil*, dirigido por PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., BERCOVITZ, R. y SALVADOR CODERCH, P., T. I, Madrid, 1993, pp. 1510 y 1511; GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *La constitución voluntaria*, *op. cit.*, p. 97; ZAHINO RUIZ, M. L., *La constitución de servidumbre voluntaria*, *op. cit.*, consultado en vlex.com, que afirma: «la concesión de servidumbre realizada por uno o algunos copropietarios se configura en el artículo 597 del Código Civil como un acto válido al que se le atribuye eficacia personal, de forma que la propia atribución de efectos confirma su validez»; KARRERA EGIALDE, M. M., «Comentario al artículo 597», en Cañizares Laso, A., De Pablo Contreras, P., Orduña Moreno, J. y Valpuesta Fernández, R. (dirs.), *Código Civil comentado*, vol. I, Madrid, 2011, p. 2318; REBOLLEDO VARELA, Á. L., «Constitución por negocio jurídico», en Rebollo Varela, Á. L. (dir.), *Tratado de Servidumbres*, t. I, Pamplona, 2013, p. 154. En el mismo sentido, BUSTO LAGO, J. M., «Comentario al artículo 597», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (dir.), *Comentarios al Código Civil*, T. IV, Valencia, 2013, p. 4589, entiende que el negocio constitutivo otorgado por uno solo de los copropietarios podría ser considerado justo título para la usucapión ordinaria.

⁴² Sobre la producción de estos efectos pueden verse ROCA JUAN, J., «Comentarios a los artículos 594 a 599», en Albaladejo García, M. (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. VII. Vol. 2.^º, Madrid, 1990, pp. 260 y 261; CUADRADO IGLESIAS, M., «Comentario al artículo 597», *op. cit.*, p. 1512; KARRERA EGIALDE, M. M., «Comentario al artículo 597», *op. cit.*, p. 2319; BUSTO LAGO, J. M., «Comentario al artículo 597», *op. cit.*, p. 4585; PÉREZ RAMOS, C., «Constitución de servidumbres mediante título voluntario», en Cerdeira Bravo De Mansilla, G. (dir.), *Tratado de Servidumbres*, Madrid, 2015, p. 380.

⁴³ Atribuyendo idénticos efectos al acto de concesión de servidumbre sobre el fundo indiviso por uno de los comuneros, la Ley 372 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra señala en su segundo párrafo: «*Para que se pueda constituir una servidumbre u otro derecho indivisible, se requerirá la disposición unánime de todos los condueños, pero la constitución parcial obliga al que la hace a tolerar el ejercicio de hecho del derecho que quiso constituir. En este caso, el adquirente que no consiga la constitución por parte de los otros copropietarios podrá pedir la resolución del contrato. Si el copropietario constituyente llegare a ser propietario de la cosa entera, o de la parte realmente gravada por aquel derecho, el adquirente del mismo podrá exigir la constitución total, mediante complemento del precio, si procede.*

⁴⁴ Incluso GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *La constitución voluntaria*, *op. cit.*, pp. 96 y 100 entiende que la concesión unilateral de la servidumbre sobre el fundo indiviso obligará al concedente a intentar obtener el consentimiento de los restantes copropietarios. No piensa del mismo modo REBOLLEDO VARELA, Á. L., «Constitución por negocio jurídico», *op. cit.*, p. 157.

En cualquier caso, como señala FRAGALI, M., *La comunione*, *op. cit.*, p. 477, «la obligación de no impedir el ejercicio de la servidumbre contiene también la de no provocar el rechazo de los otros participantes a la constitución del derecho, que es un modo indirecto de oponerse al ejercicio del derecho concedido». De igual modo, BIONDI, B., *Las servidumbres*, *op. cit.*, p., 330, señala que la concesión obliga al concedente y a sus herederos «a no poner impedimentos al ejercicio del derecho concedido».

⁴⁵ Sobre la cuestión pueden verse PATERNO-CASTELLO DI BICOCCA, L., *La comunione*, *op. cit.*, pp. 235 y 236; VITALEVI, M., *Comunione dei beni*, *op. cit.*, pp. 549 a 551; FRAGALI, M., *La comunione*, *op. cit.*, p. 478; RICCI, F., *Diritto Civile*, *op. cit.*, p. 22.

⁴⁶ En este sentido, PATERNO-CASTELLO DI BICOCCA, L., *La comunione*, *op. cit.*, p. 237, dice: «si al comunero concedente le correspondiese solo en parte el fundo sobre el que se constituyó la servidumbre, es necesario indagar si el ejercicio de la misma es posible en aquella parte atribuida al concedente, considerando la naturaleza de la servidumbre y las condiciones del lugar». En el mismo sentido, FRAGALI, M., *La comunione*, *op. cit.*, p. 478; COVIELLO, L., «La quota indivisa», *op. cit.*, p. 236.

⁴⁷ Como señala CARRASCO PERERA, Á., «Comentario al artículo 6.3 del Código Civil», *op. cit.*, p. 818, el artículo 397 del Código Civil no contiene una norma prohibitiva que conlleve la nulidad del artículo 6.3.^º, sino que se trata de una norma que declara «ineficaz para un tercero un acto por el que, sin su consentimiento, se dispone de intereses que le pertenezcan».

⁴⁸ Como señala ASUA GONZÁLEZ, C. I., «Comentario al artículo 6», en Cañizares Laso, A., De Pablo Contreras, P., Orduña Moreno, J. y Valpuesta Fernández, R. (dirs.), *Código Civil comentado*, vol. I, Madrid, 2011, p. 84, en el artículo 6.3 del Código Civil no se han de considerar incluidos «hechos y actos humanos corporales o puramente materiales por mucho que resulten ilegales (tales actos podrán no producir determinados efectos jurídicos o incluso desencadenar sanciones, pero no serán nulos)».

Y, en cualquier caso, difícilmente se admitiría que el propio comunero que realizó unilateralmente la alteración material en la cosa común posteriormente “y en cualquier tiempo” pudiera alegar frente al resto de copropietarios la nulidad de la alteración que él mismo realizó e imponer a los copropietarios la vuelta a la situación material anterior que, en definitiva, sería otra alteración de la cosa común.

⁴⁹ En este sentido, por ejemplo, la STS de 25 de junio de 1990 (*RJ* 1990, 4894), señala: «el máximo acto de alteración de la cosa común es la enajenación de unos solos “de los comuneros”, en contra de la exigencia de unanimidad requerida para esta clase de actos, en cuanto es contrario a mandato expreso de exigencia de esa actividad consentidora unánime, conducente a la sanción de nulidad prevista en el número 3 de artículo 6 del Código Civil».

⁵⁰ Así, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, Madrid, 2001, p. 535, dicen: «pero no todo negocio contrario a una disposición legal lleva consigo la nulidad absoluta. Ha declarado la jurisprudencia en tal sentido que cuando falte en la disposición contrariada una declaración expresa sobre la nulidad o validez es donde el juzgador debe extremar su prudencia, en uso de las facultades discrecionales que hasta cierto punto se le conceden, analizando para ello: la índole y finalidad del precepto contrariado, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, para concluir declarando válido el acto, si la levedad del caso así lo aconseja, o su nulidad, si median trascendentales razones que patenticen el acto como gravemente contrario a la moral, la ley o el orden público». Véase en este sentido la conocida STS de 17 de octubre de 1987 (*RJ* 1987, 7293). Sobre la cuestión pueden verse GULLÓN BALLESTEROS, A., «Comentario al artículo 6», en Paz-Ares Rodríguez, C., Díez-Picazo y Ponce De León, L., Bercovitz, R. y Salvador Coderch, P. (dirs.), *Comentario del Código Civil*, T. I, Madrid, 1993, p. 36; PASQUAU LIAÑO, M., «Comentario al artículo 6.3», en *Jurisprudencia Civil Comentada*, Pasquau Líaño, M. (dir.), T. I, Granada, 2009, pp. 68 y sigs., que señala cómo la jurisprudencia ha reducido la «generalidad y automatismo» en la aplicación del artículo 6.3 del Código Civil, refiriéndose en la p. 73 a la «flexibilización del régimen y consecuencias de la nulidad en atención a la finalidad e intereses protegidos por la norma»; ASUA GONZÁLEZ, C. I., «Comentario al artículo 6», *op. cit.*, p. 83.

⁵¹ Sobre las consecuencias que produce la declaración, en todo caso, de la nulidad del acto de disposición no unánime realizado por alguno de los copropietarios, véanse MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Comentarios», *op. cit.*, p. 424 y CARRASCO PERERA, Á., «Comentario al artículo 6.3 del Código Civil», *op. cit.*, pp. 819 y 820.

⁵² En cuyo caso se aplicaría el artículo 408.2 LEC, que dispone: «2. Si el demandado adujere en su defensa hechos determinantes de la nulidad absoluta del negocio en que se funda la pretensión o pretensiones del actor y en la demanda se hubiere dado por supuesta la validez del negocio, el actor podrá pedir al Secretario judicial contestar a la referida alegación de nulidad en el mismo plazo establecido para la contestación a la reconvención, y así lo dispondrá el Secretario judicial mediante decreto».

⁵³ Sobre esta cuestión, véase la STSJ de Navarra de 5 de septiembre de 2011 (*RJ* 2012, 4785).

⁵⁴ Véanse GARCÍA CANTERO, G., «Del retracto legal. Comentarios a los artículos 1521 y sigs. del Código Civil», en Albaladejo García, M. y Díaz Alabart, S. (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XIX, Madrid, 1991, pp. 634 y 681; BARBER CARCAMO, R., *El retracto gentilicio*, Madrid, 1991, p. 331; REBOLLEDO VALERA, Á. L., «Comentario», *op. cit.*, p. 1016; BELLO JANEIRO, D., *El retracto de comuneros y colindantes del Código Civil*, Pamplona, 1995, p. 118, nota 97; el mismo autor, en «Comentario a la STS de 8 de junio de 1995», *CCJC*, núm. 39, 1995, p. 1131; y en *El plazo de la acción de retracto legal*, Valencia, 1995, p. 50; SAURA MARTÍNEZ, L. F., *Cómputo del plazo del retracto de colindantes*, Madrid, 1991, pp. 14 y 15; COBACHO GÓMEZ, J. A., «El plazo para el ejercicio del retracto de comuneros (Comentario a la STC 54/1994, de 24 de febrero)», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 3, 1994, p. 281; RUBIO GIMENO, G., *El derecho litigioso: cesión y retracto*, Madrid, 1995, p. 191; GÓMEZ CALERO, J., «Notas sobre el retracto de comuneros en el Código Civil español», *RDP*, 1963, p. 780; FIGA FAURA, L., «El retracto legal en la compraventa de inmuebles con precio aplazado», *RDP*, 1948, p. 880; GARCÍA AMIGO, M., «Derechos reales de adquisición. (Notas para una teoría general)», *RDP*, 1976, p. 128; SANTOS BRIZ, J., «Derechos reales de adquisición o preferencia en la práctica jurídica española», *RDP*, 1971, p. 350. No obstante, DÍEZ SOTO, C. M., *Ejercicio y efectos*

de los tanteos y retractos legales, Madrid, 2000, pp. 83 y sigs., entiende que es suficiente la perfección del negocio jurídico con finalidad transmisiva para poder ejercitar el retracto.

⁵⁵ En este sentido, MÉNDEZ APENELA, E., «La venta de cosa común por el comunero aislado II», *op. cit.*, p. 176, afirma que «la solución de la nulidad radical de la venta aislada es discutible, aunque admitiéramos, guiados por su tenor literal, el carácter de norma prohibitiva del artículo 397 del Código Civil, pues aun existiendo una norma prohibitiva su infracción no tendría que acarrear automáticamente la nulidad de pleno derecho». Y es que, como señala CARRASCO PERERA, Á., «Comentario al artículo 6.3 del Código Civil», *op. cit.*, p. 819, «es un error considerar que es «nula» la venta de cosa ajena o de cosa común (por uno solo de los condueños) (...) predicar la nulidad en estos casos lleva a resultados inadmisibles. Siendo «nulo de pleno derecho», la persona interesada no podría confirmar posteriormente, lo que carece de sentido si el acto confirmado le beneficia. Además, podría pedir entonces la nulidad cualquier parte en el contrato, incluso aquella parte que estaría obligado a garantizar a la otra la posesión útil de la cosa y que, acaso, sea la culpable de la causa de nulidad () todo ello sin contar, además, con que la nulidad impediría que pudiera usucapir ordinariamente nadie que compre cosa que no pertenece al vendedor, por aplicación del artículo 1953 del Código Civil (que requiere la validez del título)».

⁵⁶ En este sentido, la STS de 15 de enero de 2013 (*RJ* 2013, 2276), que ha reconocido la validez de la venta de la cosa común realizada por algunos de los comuneros y la limitada eficacia real de la misma a las cuotas de los copropietarios intervenientes en el negocio jurídico, hace referencia al principio de conservación de los contratos para justificar la validez del negocio jurídico.

⁵⁷ Así, por ejemplo, la STS de 7 de marzo de 2012 (*RJ* 2012, 4059), señala: «*la solución generalmente adoptada por esta Sala en sus sentencias de las últimas décadas coincide con la de la sentencia de primera instancia de este litigio, es decir nulidad de la compraventa por aplicación combinada de los artículos 397 y 1261 del Código Civil al implicar la disposición de la cosa común por uno solo de los partícipes una alteración que requeriría el consentimiento de los demás*». Con idénticos términos se pronuncia la STS de 23 de junio de 2009 (*RJ* 2009, 4233).

⁵⁸ En idéntico sentido se pronunció la STS de 10 de diciembre de 1966 (*RJ* 1966, 378), referida igualmente a un traspaso de local realizado por uno solo de los coarrendatarios. La sentencia dice: «*está evidenciando la celebración de un contrato en el que no existe el consentimiento de todos los que jurídicamente deben prestarlo, incidiendo en el supuesto de inexistencia del artículo 1261, ya que no median todos y cada uno de los requisitos indispensables para que pueda tener virtualidad jurídica, no habiendo tampoco constancia de que haya tenido lugar, con posterioridad, la ratificación permitida en el artículo 1259*». También declararon la nulidad del negocio jurídico realizado por uno de los comuneros sobre la cosa común por falta de consentimiento las SSTS de 26 de febrero de 1982 (*RJ* 1982, 790) y de 19 de diciembre de 1985 (*RJ* 1985, 6603).

⁵⁹ Como dice MÉNDEZ APENELA, E., «La venta de cosa común por el comunero aislado II», *op. cit.*, p. 167, «la falta del consentimiento del propietario en la venta de cosa ajena, o el del copropietario en la venta de cosa común, no afecta a la validez del contrato, consentido por el comprador y vendedor, afectará, eso sí, a los efectos traslativos de la compraventa, pues nadie puede disponer de lo que no tiene». Véase el mismo autor en «*La venta de cosa ajena*», *op. cit.*, p. 512. Con total claridad, MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «*Comentarios*», *op. cit.*, p. 397, dice que «*es evidente, y demasiado elemental para tener que recordarlo, que el consentimiento al que se refiere el artículo 1261 es el de las partes contratantes*». En el mismo sentido pueden verse PÉREZ DE CASTRO, N., «*Comentario a la STS de 28 de marzo de 1990*», *CCJC*, núm. 23, 1990, p. 569; RIVERA FERNÁNDEZ, M., *La Comunidad post-ganancial*, Barcelona, 1997, pp. 101 y 102; CUENA CASAS, M., *Función*, *op. cit.*, p. 415; PERTIÑEZ VILCHEZ, F., «*Comentario a la STS de 7 de marzo de 2012*», *op. cit.*, p. 7.

⁶⁰ Véanse CARRASCO PERERA, Á., «*Comentario al artículo 6.3 del Código Civil*», *op. cit.*, p. 818 y RIVERA FERNÁNDEZ, M., *La comunidad*, *op. cit.*, pp. 107 y 108.

⁶¹ En este sentido, la STS de 11 de noviembre de 1997 (*RJ* 1997, 7872) afirma: «*Tal contrato produce efectos únicamente entre las partes y sus causahabientes, careciendo de efectos frente a terceros, es decir, estos no pueden sufrir ninguna carga ni obligación ni ser privados de cualquier derecho por medio de un contrato en el que no han sido partes, ni por sí ni estando representados (arts. 1257 y 1259 del Código Civil).* En esta situación se encuentra el copropietario del chalet que no ha sido demandado, pues ni dio poder, ni fue parte en el contrato litigioso. Así las cosas, no hay ninguna obligación de demandarlo cuando una de las partes del contrato demanda a la otra para que lo cumplan. La sentencia que se dicte ni puede absolverle ni condenarle, en tanto no es parte en la relación jurídica controvertida. Afirmar lo contrario, como hacen las sentencias de instancia, supondría que se impondría al tercero nada menos que la carga de litigar para demostrar lo que es evidente de por sí: que nada tiene que decir sobre lo que se debate por estar fuera de un contrato que para él es «*res inter alios acta*». En consecuencia, la relación jurídico-procesal estuvo bien constituida por la demanda del actor y hoy recurrente».

⁶² También la STS de 7 de marzo de 2012 (*RJ* 2012, 4059) hace referencia a la STS de 9 de mayo de 1980 (*RJ* 1980, 1790), que decretó la nulidad de la compraventa por falta de objeto.

⁶³ En idéntico sentido puede verse la STS de 8 de julio de 1988 (*RJ* 1988, 5682). También las SSTS de 7 de marzo de 2012 (*RJ* 2012, 4059) y de 23 de junio de 2009 (*RJ* 2009, 4233) se refieren a la doctrina de la STS de 19 de diciembre de 1985 (*RJ* 1985, 6603).

⁶⁴ Con total claridad, el artículo 1303 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos, redactada por la Comisión General de Codificación, dispone: «*No afecta a la validez del contrato el mero hecho de que en el momento de su celebración no sea posible el cumplimiento de la obligación de alguna de las partes o que alguno de los contratantes carezca de la facultad de disponer de los bienes objeto del mismo*».

⁶⁵ Véanse DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. 1 Madrid, 2007, pp. 229 y sigs.; VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., «*Elementos esenciales del contrato*», en Valpuesta Fernández, R. (coord.), *Derecho de obligaciones y contratos*, Valencia, 1998, p. 362. Aunque se entendiera que el objeto del contrato de compraventa lo constituyen las obligaciones asumidas por las partes (la entrega de la cosa por el vendedor y el pago del precio por el comprador), es igualmente evidente que aun cuando no se pudiera transmitir la propiedad por falta de poder de disposición, o incluso aunque ni siquiera se pudiera entregar la cosa vendida, no estaríamos ante un supuesto de falta de objeto, que conduciría a la nulidad del contrato, sino de incumplimiento del contrato por el vendedor, que posibilitará al comprador el ejercicio de las acciones previstas en nuestro ordenamiento jurídico para estos casos (resolución, cumplimiento, etc.), véanse en este sentido LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La nulidad de los contratos*, *op. cit.*, p. 154; RODRÍGUEZ MORATA, F., *Venta de cosa ajena*, *op. cit.*, pp. 67 y sigs.

⁶⁶ Por ello, la STS de 5 de julio de 1958 (*RJ* 1958, 2537), en un supuesto en el que varios coherederos disponen de una finca sin el consentimiento de los demás, señala: «*ni puede decirse tampoco que falta el objeto cierto materia del contrato, pues en el caso de autos la cosa existía determinada y cierta hasta el punto de que desde el día del otorgamiento del contrato fue puesto el comprador en la posesión de ella, lo cual es distinto de que tuvieran o no facultad para disponer de la misma*».

⁶⁷ La sentencia admitió la validez obligacional de la venta de un bien hereditario celebrada por una de las coherederas (de cinco sextas partes) sin el consentimiento de la restante.

⁶⁸ A diferencia de lo dispuesto en los artículos 1376 del Código Civil italiano de 1942, el artículo 408 del Código Civil portugués o los artículos 1138 y 1583 del Código Civil francés.

⁶⁹ Como señala la STS de 11 de mayo de 2004 (*RJ* 2004, 2733) «*el contrato de compraventa, por su eficacia meramente obligatoria, ya que es solo fuente de obligaciones (arts. 1445, 1450 y 1461 del Código Civil), y no transmisiva, por no producir el traspaso del dominio por el solo acuerdo y necesitar del modo para esa mutación jurídica real (arts. 609 y 1095 del Código Civil), puede tener válidamente por objeto una cosa ajena, pues no hay en nuestro Código Civil norma similar a la contenida en el artículo 1599 del Código Civil*

francés, que sanciona su nulidad (como consecuencia de la transmisión del dominio mediante el consentimiento: arts. 1138 y 1583). Como declara la sentencia de 31 de diciembre de 1981 ningún precepto exige que el vendedor sea propietario de la cosa vendida; basta con que pueda ser entregada, en cumplimiento de la obligación de dicho contratante, ya que la compraventa es un contrato generador de obligaciones, entre ellas, la del vendedor de entregar la cosa al comprador a cambio de precio».

⁷⁰ Y, como señala la STS 11 de octubre 2006 (RJ 2006, 6693), es evidente que la compraventa de cosa ajena no carece de objeto por el solo hecho de la ajenidad de la cosa. La sentencia, que casa la pronunciada por la Audiencia, dice: «la Audiencia Provincial declaró la nulidad de la compraventa de dichas fincas (menos una), por ser ajenas al vendedor y carecer el contrato de objeto. Ese argumento no puede ser mantenido () En particular, pese a lo declarado por la Audiencia Provincial, la venta de cosa ajena a que se refiere la demanda no era nula por falta de objeto, ya que lo tenía (las viviendas y el local) y en él se cumplían los requisitos de los artículos 1271, 1273 y 1445 del Código Civil».

En la doctrina, una cumplida crítica a la sanción automática de nulidad de la venta de cosa ajena por falta de objeto puede verse en JORDANO FRAGA, F., «Doble venta», *op. cit.*, p. 1358; CUENA CASAS, M., «Reflexiones», *op. cit.*, pp. 1440 y sigs., y la misma autora en *Función*, *op. cit.*, pp. 386 y sigs., y en «La validez de la venta de cosa ajena como exigencia de sistema», www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=572, *Estudios*, 2008, p. 19 de nuestra impresión; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La nulidad de los contratos*, *op. cit.*, pp. 153 y 154; RODRÍGUEZ MORATA, F., *Venta de cosa ajena*, *op. cit.*, pp. 68 y 70.

⁷¹ Como señala DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Comentario», *op. cit.*, p. 471, si queremos que el artículo 1953 del Código Civil tenga sentido debe admitirse la venta de cosa ajena como justo título para la usucapión ordinaria, pues si no se admitiera esta validez «nunca cabría la usucapión ordinaria de inmuebles, pues, o bien el vendedor era dueño y podría transmitir, en cuyo caso sobre la usucapión; o no lo era, en cuyo caso, no siendo nunca —de acuerdo con la opinión que critico— justo el título, faltaría siempre este requisito». En idéntico sentido, MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Comentario a la STS de 5 de mayo de 1983», *op. cit.*, p. 725; CARRASCO PERERA, A., «Comentario al artículo 6.3 del Código Civil», *op. cit.*, p. 820; RUBIO GARRIDO, T., *Contrato de compraventa*, *op. cit.*, p. 265; FERNÁNDEZ ARROYO, M., «El problema de la calificación jurídica de la venta de cosa ajena», *RDP*, 1992, p. 659; LÓPEZ FRÍAS, A. M., «La venta de un inmueble común», *op. cit.*, p. 4; CUENA CASAS, M., «La validez de la venta de cosa ajena como exigencia de sistema», *op. cit.*, pp. 13 y sigs.

⁷² En este sentido, la STS de 7 de septiembre de 2007 (RJ 2007, 5303) afirma que no puede considerarse que la venta de cosa ajena carezca de objeto o sea nula por falta del poder dispositivo del vendedor, afirmando: «A partir de la sentencia del Pleno de esta Sala de 5 de marzo del corriente año (recurso núm. 5299/99), dictada con propósito unificador de la jurisprudencia sobre el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, no cabe ya sostener que la segunda venta sea nula o inexistente por falta de objeto o de poder de disposición del transmitente, pues lo que dicho precepto purifica o subsana es precisamente esa falta de poder de disposición, y si la finca existe, claro está, además, que la segunda venta de esa finca habrá tenido objeto, la propia finca que se vende. Como en esa misma sentencia se declara, el artículo 34 de la Ley Hipotecaria ampara las adquisiciones a non domino, y por tanto el artículo 33 de la misma Ley podrá impedir la aplicación del artículo 34 si lo nulo es el acto o contrato adquisitivo de quien inscribe, por ejemplo por falta de consentimiento, pero no si el problema consiste en que ha adquirido de quien ya había vendido y entregado anteriormente la finca a otro que no inscribió su adquisición. En definitiva, la nulidad a que se refiere el artículo 33 de la Ley Hipotecaria no tiene que ver con el poder de disposición del transmitente (...)».

Sobre la cuestión, puede verse el comentario a esta sentencia de INIESTA DELGADO, J. J., «Comentario a la STS de 7 de septiembre de 2007», *CCJC*, núm. 77, 2008, en especial, pp. 727 a 730. Como señala GORDILLO CAÑAS, A., «Comentario a la STS de 5 de marzo de 2007», *CCJC*, núm. 75, 2007, p. 1436, «la ajenidad no impide la intervención protectora y sanadora del principio de fe pública registral porque dicha ajenidad no hace nulo el título

adquisitivo del tercero, y porque el vicio del *modo* determinado por ella es justamente lo que dicho principio se propone sanar mediante el mecanismo de la adquisición a *non domino*». Véase también, con sólidos argumentos, CUENA CASAS, M., «La validez de la venta de cosa ajena como exigencia de sistema», *op. cit.*, pp. 20 y sigs.

⁷³ MIQUEL GONZALEZ, J. M., «Comentario a la STS de 5 de mayo de 1983», *op. cit.*, p. 727, afirma que si se decretara siempre la nulidad de la venta de cosa común por un comunero se produciría «la contradicción más absoluta en cuanto que la venta de cosa ajena obviamente puede servir de título para la usucapión (*tiene* que servir de título, si no se quiere que desaparezca la usucapión ordinaria), pero la venta de cosa común no puede servir de título para la usucapión».

⁷⁴ En este sentido pueden verse JORDANO FRAGA, F., «Doble venta», *op. cit.*, p. 1358; CAÑIZARES LASO, A., «Eficacia», *op. cit.*, p. 1505. Evidentemente, como señala FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSORIO, M. C., *Compraventa de cosa ajena*, *op. cit.*, p. 241, «cuando con el contrato, y propiciado por la ajenidad, se persigue un fin ilícito o inmoral, sería posible la descalificación del mismo ex artículo 1275».

⁷⁵ En este sentido, la STS de 17 de junio de 2008 (*RJ* 2008, 4699) aplicó la usucapión ordinaria a un caso de compraventa de cosa parcialmente ajena, considerando justo título para la usucapión el contrato que celebró el vendedor que no era propietario de la totalidad de la cosa vendida (una franja de terreno de la finca vendida no le pertenecía).

⁷⁶ En idéntico sentido se pronuncia la STS de 14 de octubre de 1991 (*RJ* 1991, 6921) que, revocando la sentencia de instancia, declaró igualmente la validez obligacional de la venta de cosa común al considerarla una venta de cosa parcialmente ajena.

⁷⁷ En este sentido, FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSSORIO, M. C., «Comentario», *op. cit.*, p. 438, afirma: «no estamos ante un caso que podríamos llamar típico de venta de cosa ajena, porque la cosa, al ser de una comunidad, es en parte de los comuneros vendedores. Pero con independencia de esta diferencia, a nuestro juicio puramente cuantitativa (la ajenidad es total o meramente parcial), la situación es realmente la misma: quien vende no tiene la legitimación suficiente para transmitir». En idéntico sentido pueden verse MÉNDEZ APENELA, E., «La venta de cosa común por el comunero aislado I», *op. cit.*, p. 188 y en «La venta de cosa común por el comunero aislado II», *op. cit.*, p. 198; BADENES GASSET, R., *El contrato de compraventa*, T. I, Barcelona, 1995, p. 141; CUENA CASAS, M., «Reflexiones», *op. cit.*, p. 1478; MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Comentarios», *op. cit.*, p. 399; DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Comentario», *op. cit.*, p. 470; CAPILLA RONCERO, F., «La comunidad», *op. cit.*, p. 394; LARRONDO LIZARRAGA, J. M., *La eficacia*, *op. cit.*, p. 613; RODRÍGUEZ MORATA, F., *Venta de cosa ajena*, *op. cit.*, p. 81; ALONSO PÉREZ, M. T., «Comentario a la sentencia de 23 de junio de 2009», *op. cit.*, p. 8; PERTÍNEZ VILCHEZ, F., «Comentario a la STS de 7 de marzo de 2012», *op. cit.*, p. 13. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. III, Madrid, 2001, p. 78, frente a la sanción de nulidad del negocio de disposición realizado por un comunero aisladamente que aplica la jurisprudencia, afirman que «más razonable sería considerarlo de la misma manera que la venta de una cosa ajena»; en el mismo sentido MURILLO VILLAR, A., *Disposición jurídica de la cuota*, *op. cit.*, p. 122.

⁷⁸ Por su parte, la STS de 26 de febrero de 2008 (*RJ* 2008, 2819), a la que aludíamos anteriormente, afirma: «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. 1300-1315)». También consideran indiscutible la validez del contrato de venta de cosa ajena las SSTS de 14 de abril de 2000 (*RJ* 2000, 3376); de 11 de mayo de 2004 (*RJ* 2004, 2733); de 17 de enero de 2007 (*RJ* 2007, 668); de 7 de noviembre de 2007 (*RJ* 2007, 8647) o de 22 de octubre de 2013 (*RJ* 2013, 7810).

También la doctrina admite sin ninguna duda la validez de la venta de cosa ajena en nuestro ordenamiento jurídico. En este sentido, LÓPEZ Y LÓPEZ, Á., «Contratos traslativos del dominio a título oneroso (I); la compraventa», en Valpuesta Fernández, R. (coord.), *De-recho de obligaciones y contratos*, Valencia, 1998, p. 599, dice: «precisamente la inexistencia de una norma que requiera del vendedor un dado poder de disposición sobre el objeto de la venta, añadido al hecho de que el contrato de compraventa genera solo la obligación de entrega, permiten (aunque en rigor, creemos que en otro sistema también podría ser aceptada, y de hecho lo ha sido) afirmar con facilidad la validez de la venta de cosa ajena». Véanse también LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La nulidad de los contratos*, *op. cit.*, p. 147; MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Comentarios», *op. cit.*, p. 396, el mismo autor en *La posesión*, p. 357 y «Comentario a la STS de 5 de mayo de 1983», *op. cit.*, pp. 724 y 725; CARRASCO PERERA, Á., «Comentario al artículo 6.3 del Código Civil», *op. cit.*, p. 819; FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ÁLVAREZ OSSORIO, M. C., «Comentario», *op. cit.*, p. 439; JORDANO FRAGA, F., «Doble venta», *op. cit.*, p. 1356; RUBIO GARRIDO, T., *Contrato de compraventa*, *op. cit.*, pp. 258 a 266, y en «Doble venta», *op. cit.*, p. 285; GORDILLO CAÑAS, A., «Compra de cosa ajena cuyo precio no llegó a pagar el vendedor *non dominus. Traditio sine causa. ¿Adquisición de buena fe?*», *ADC*, 1984, p. 571; DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Comentario», *op. cit.*, p. 470; RODRÍGUEZ MORATA, F., *Venta de cosa ajena*, *op. cit.*, pp. 28 y 29; MÉNDEZ APENELA, E., «La venta de cosa común por el comunero aislado II», *op. cit.*, pp. 179 y sigs.; CUENA CASAS, M., *Función*, *op. cit.*, pp. 409 y sigs. y en «Reflexiones», *op. cit.*, pp. 1434 y 1435 y 1462 y sigs. y, con numerosos argumentos, en «La validez de la venta de cosa ajena como exigencia de sistema», *op. cit.*, pp. 1 y sigs.; BADENES GASSET, R., *El contrato de compraventa*, *op. cit.*, pp. 131 a 141; MERINO GUTIÉRREZ, A., «Venta de cosa ajena», *op. cit.*, p. 916; FERNÁNDEZ ARROYO, M., «El problema», *op. cit.*, pp. 652 y sigs.; CAÑIZARES LASO, A., «Eficacia», *op. cit.*, p. 1505; PERTIÑEZ VILCHEZ, F., «Comentario a la STS de 7 de marzo de 2012», *op. cit.*, p. 6; ATIENZA NAVARRO, M. L., *Venta de la cosa común*, *op. cit.*, p. 264; LÓPEZ FRÍAS, A. M., «La venta de un inmueble común», *op. cit.*, p. 3; PÉREZ GURREA, R., «La validez de la venta de la totalidad de una cosa común», *op. cit.*, p. 3569; BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, E., «La doble venta, la venta de cosa ajena y el Registro de la Propiedad», *RJN*, núm. 92-93, 2015, p. 24; GARCÍA CANTERO, G., «Comentario a los artículos 1445 y sigs. del Código Civil», *op. cit.*, pp. 188 y sigs.

⁷⁹ Incluso en el Código Civil portugués, cuyo artículo 892 dispone expresamente que la venta de cosa ajena es nula, el artículo 902 señala que si las cosas fueran solo parcialmente ajenas, el contrato tendrá validez por la parte restante.

En Italia, el artículo 1480 del Código Civil regula de modo expreso la «venta de cosa parcialmente ajena» y señala que el comprador podrá solicitar la resolución del contrato o el resarcimiento del daño cuando deba entenderse que, dadas las circunstancias, no habría adquirido la cosa sin aquella parte de la cual no se ha convertido en dueño, de lo contrario, solo puede solicitar una reducción del precio o el resarcimiento del daño.

⁸⁰ También defienden la producción de estos limitados efectos reales MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Comentarios», *op. cit.*, p. 399, que dice: «quien vende una cosa atribuyéndose la propiedad de toda ella, aunque sin derecho, no puede después invocar que tal venta es nula y que él, por tanto, no viene obligado a entregar su parte siquiera. El acreedor, que es el comprador, no puede ser compelido a recibir la cosa en parte, pero el deudor no puede negarse a cumplir en la medida de lo posible, solo porque se trataría de un pago parcial, y no es posible cumplir por el todo»; CAPILLA RONCERO, F., «La comunidad», *op. cit.*, p. 394, afirma: «el efecto transmisible, sin embargo, no se producirá en los términos pactados, pues para transmitir se requiere ostentar la titularidad del derecho; y el comunero que dice transmitir la propiedad plena no es propietario individual. Lo que transmitirá, entonces, es solamente aquello que le pertenece: su derecho de copropiedad»; PÉREZ CONESA, C., «Comentario al artículo 397», *op. cit.*, p. 3270, que señala: «no se puede obligar al acreedor, en este caso el comprador, a recibir parcialmente una cosa (pago parcial), pero tiene la opción de exigir el

cumplimiento por la parte indivisa que corresponde al comunero vendedor en la cosa común, con respecto a la cual si tiene la libre disposición». También admiten la eficacia parcial de la disposición RIVERA FERNÁNDEZ, M., *La comunidad*, *op. cit.*, p. 106; LÓPEZ FRÍAS, A. M., «La venta de un inmueble común», *op. cit.*, pp. 20 y 22; GUILLÉN CATALÁN, R., «La moderna configuración de la venta de cosa común», *op. cit.*, p. 289; FAJARDO FERNÁNDEZ, J., «Comentario a la STS de 22 de abril de 2010 (RJ 2010, 2380)», *op. cit.*, p. 5.

En contra se han pronunciado expresamente MÉNDEZ APENELA, E., «La venta de cosa común por el comunero aislado II», *op. cit.*, pp. 191 y sigs.; DONDERIS TATAY, L., *La copropiedad*, *op. cit.*, pp. 143 y sigs.; PERTÍNEZ VILCHEZ, F., «Comentario a la STS de 7 de marzo de 2012», *op. cit.*, pp. 13 y 14.

En la jurisprudencia no conocemos ninguna sentencia que haya admitido de modo directo la eficacia jurídico real respecto de los derechos de copropiedad del comunero vendedor de la cosa común. Como señala LÓPEZ FRÍAS, A. M., «La venta de un inmueble común», *op. cit.*, p. 16, «las sentencias del Tribunal Supremo que han abordado directamente este problema han negado que el comprador pueda adquirir una parte o cuota de la cosa común (SSTS de 26 de febrero de 1982 (RJ 1982, 790), 19 de diciembre de 1985 (RJ 1985, 6603), 13 de noviembre de 2001 (RJ 2001, 9689) y 9 de octubre de 2008 (RJ 2008, 5684))». En idéntico sentido, ALONSO PÉREZ, M. T., «Comentario a la sentencia de 23 de junio de 2009», *op. cit.*, p. 8.

Sin embargo, la STS de 15 de enero de 2013 (RJ 2013, 2276), después de reconocer la validez obligacional de la venta de cosa común realizada por algunos de los comuneros advirtiendo de que: «*la validez conceptual de este tipo de compraventa se proyecta exclusivamente en el plano de su inmediata eficacia obligacional, de suerte que no alcanza al ámbito de la posible eficacia jurídico-real que se pueda derivar de la compraventa celebrada. Del mismo modo, tampoco se altera o modifica el marco de los derechos que puedan corresponder a los comuneros que no prestaron su consentimiento, que a estos efectos resulta incólume*», en el fallo sí que reconoce la eficacia jurídico real de la compraventa celebrada respecto de las cuotas de copropiedad de los vendedores, pues el apartado tercero dispone: «*a tales efectos, declarar la validez obligacional del meritado contrato entre las partes contratantes, con la consiguiente disposición de las cuotas de los condóminos partícipes del mismo, y sin transcendencia jurídico-real respecto de la enajenación y transmisión de las cuotas de los condóminos que no prestaron su consentimiento a dicho contrato*».

⁸¹ Por el contrario, en la comunidad hereditaria o en la comunidad postganancial el derecho del comunero no recae sobre un bien concreto sino sobre una *universitas*, por lo que, aunque el contrato de compraventa realizado por uno de los comuneros deberá producir plenos efectos obligacionales, aun cuando fuera seguido de la necesaria tradición, no producirá los limitados efectos reales que, a nuestro juicio, sí que se generarán en los casos de venta de la cosa común por uno solo de los comuneros en la comunidad romana y a los que nos referimos en el texto, ya que el coheredero no tiene un derecho de copropiedad sobre las cosas individualizadas del patrimonio hereditario sino sobre la universalidad, a diferencia de lo que ocurre en la comunidad romana y, por lo tanto, aunque realice un negocio jurídico sobre las mismas nunca podrá transmitir derechos de copropiedad sobre ellas que no tiene. Sobre esta cuestión, recientemente, puede verse RODRÍGUEZ-ROSADO, B., «Comunidad hereditaria y comunidad postganancial: Especialidades de las comunidades romanas sobre un patrimonio», *RdPat*, núm. 36, 2015, p. 233.

En este sentido, la STS de 28 de mayo de 2004 (RJ 2004, 3978) afirma: «*Antes de la partición, la comunidad hereditaria está formada por el patrimonio hereditario cuya titularidad corresponde a los coherederos conjuntamente; es decir, estos 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*». Véase también la STS de 25 de junio de 2008 (RJ 2008, 4270); y respecto de la comunidad postganancial la STS de 23 de enero de 2003 (RJ 2003, 607).

⁸² Los adquirentes solicitaron expresamente que el contrato tuviera esa eficacia parcial en los supuestos resueltos por las SSTS de 28 de marzo de 2012 (*RJ* 2012, 5589); de 7 de marzo de 2012 (*RJ* 2012, 4059); de 9 de octubre de 2008 (*RJ* 2008, 5684) o de 13 de noviembre de 2001 (*RJ* 2001, 9689).

⁸³ El artículo 682 del Código Civil chileno dispone: «*Si el tradente no es el verdadero dueño de la cosa que se entrega por él o a su nombre, no se adquieren por medio de la tradición otros derechos que los transmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada. Pero si el tradente adquiere después el dominio, se entenderá haberse este transferido desde el momento de la tradición*».

⁸⁴ Evidentemente, también la podrá adquirir por usucapión extraordinaria. O, si se cumplen los requisitos para ello, por la aplicación del artículo 34 LH. Véase la STS de 20 de febrero de 2004 (*RJ* 2004, 2061).

⁸⁵ Esta limitada producción de efectos en el ámbito real de la compraventa de cosa común realizada por uno de los copropietarios también se reconoce en otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno.

En el Derecho italiano la doctrina no discute acerca de la validez obligacional de la venta de cosa común realizada por uno de los comuneros. Así, BRANCA, G., «Comentarios», *op. cit.*, p. 141, afirma: «de nulidad naturalmente no hay ni que hablar después de la entrada en vigor del nuevo Código (art. 1478). Este punto es firme». Recuérdese que el artículo 1478 del Código Civil italiano de 1942 se refiere a la venta de cosa ajena y no la declara nula, a diferencia de lo que hacía el artículo 1459 del Código Civil italiano de 1865. Además, la doctrina y la jurisprudencia italianas consideran que la enajenación de la cosa común por uno solo de los comuneros transmite al comprador el derecho de copropiedad que sobre la cosa vendida tenía el vendedor. Así, SALIS, L., «Vendita dell'intera cosa comune da parte di un condominio», *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 1990, II, pp. 5 y sigs., dice: «en el caso de venta de cosa común el vendedor enajena una cosa sobre la que ostenta un derecho real (aquel de comunidad) y, por ello, y en virtud del contrato se opera una inmediata transferencia del derecho de comunidad sobre la cosa entera»; GRECO, F., «Comentarios», *op. cit.*, p. 46, señala: «también en el caso de venta de toda la cosa el comprador subentra inmediatamente en la posición del enajenante por su cuota»; GAMBARO, A., *La proprietà*, en Iudica, G. y Zatti, P. (dirs.), *Trattato di Diritto Privato*, Milano, 1990, p. 266, señala que si concurren al acto de disposición el noventa y ocho por ciento de las cuotas de comunidad «el comprador deviene copropietario de una cuota del noventa y ocho por ciento»; FEDELE, A., *La comuniione*, *op. cit.*, p. 260, dice: «salvo una voluntad diversa de las partes el contrato produce el inmediato efecto de convertir al comprador en participante en la comunidad por la cuota del vendedor».

En el Derecho francés, y a pesar de que el artículo 1599 del Code dispone que la venta de cosa ajena es nula, doctrina y jurisprudencia están de acuerdo en aceptar que el comunero que enajena la cosa común realiza una venta válida en cuanto a su parte y, en consecuencia, a través del solo consentimiento en el contrato de compraventa (cfr. arts. 1138 y 1583 del Código Civil francés), transmite su derecho de copropiedad sobre la cosa común al adquirente. Evidentemente, esa venta no producirá efectos respecto de los copropietarios no enajenantes. En este sentido, ATIAS, C., *Droit Civil. Les Biens*, París, 1993, p. 120, señala que considerar el acto dispositivo realizado por uno solo de los comuneros como nulo de pleno derecho es una consecuencia excesiva, pues es suficiente entender que es un acto inoponible frente a los comuneros que no intervinieron en el negocio jurídico, concluyendo que «en cuanto a la venta, tradicionalmente es considerada como válida por la parte indivisa del vendedor», véase también la p. 121 y la jurisprudencia citada en la nota 33; PLANIOL, M. y RIPERT, G., *Traité pratique de Droit Civil Français*, T. III, París, 1952, p. 283, afirman: «que la venta de un bien indiviso hecha por uno solo de los comuneros sin el concurso de los otros es válida por la parte perteneciente al vendedor». Véanse también RIPERT, G. y BOULANGER, J., *Traité de Droit Civil*, T. II, París, 1957, p. 796; NERSON, R. y FAYARD, M. C., Voz «Indivisión», en *Encyclopédie Dalloz. Droit Civil*, T. IV, París, 1973, p. 11; JOURDAIN, P., «Les actes de disposition sur la chose indivise», *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1987, p. 499, nota

4, y pp. 505 y sigs.; LARRONDO LIZARRAGA, J. M., *La eficacia, op. cit.*, p. 679, señala que «la jurisprudencia francesa en sede de comunidad ordinaria de bienes, plantea la validez parcial el acto dispositivo no unánime sobre bienes indivisos. Sostiene esta jurisprudencia que el acto dispositivo no unánime es válido respecto de la cuota del disponente y nulo e inoponible respecto de los derechos de los demás partícipes no aquiescentes»; MÉNDEZ APENELA, E., «La venta de cosa común por el comunero aislado II», *op. cit.*, p. 205, respecto del Derecho francés afirma: «en esencia se considera una venta válida en cuanto a la participación del vendedor y una venta de cosa ajena en cuanto a la participación ajena, susceptible de consolidación por usucapión».

(Trabajo recibido el 17-9-2015 y aceptado para su publicación el 20-10-2015)