

#### 1.4. Sucesiones

## Validez y eficacia de arrendamiento de bien ganancial otorgado sin la intervención de los partícipes en la comunidad posganancial y hereditaria\*

*Validity and effectiveness of lease of ganancial thing granted without the intervention of the participants in the posganancial and hereditary community*

por

ANA M.<sup>a</sup> PÉREZ VALLEJO  
Prof. Titular de Derecho civil.  
Universidad de Almería

**RESUMEN:** Este estudio tiene por objeto analizar la validez y eficacia de unos contratos de arrendamiento de bienes pertenecientes a la extinta sociedad de gananciales disuelta pero no liquidada, celebrados sin el consentimiento de todos los partícipes de la comunidad posganancial y/o hereditaria. En el primer caso, las arrendatarias fueron la viuda (usufructuaria) y la nieta, legataria de los derechos que el abuelo (premuerto) ostentara en la vivienda. Y en el segundo caso, el otorgante del arrendamiento (fincas rústicas con opción a compra), fue el marido, separado judicial y posteriormente fallecido. En ambos casos, con las matizaciones que se verá, se rechaza la tesis tradicional de la nulidad del acto dispositivo y se confirma la eficacia obligacional del contrato.

**ABSTRACT:** *The purpose of this study is to analyze the validity and effectiveness of some lease contracts for goods belonging to the extinct company of dissolved and non-liquidated property companies, concluded without the consent of all the participants of the post-profit and / or hereditary community. In the first case, the tenants were the widow (usufructuary) and the granddaughter, a legatee of the rights that the grandfather (previously deceased) held in the house. And in the second case, the grantor of the lease (rustic farms with option to purchase), was the husband, judicially separated and subsequently deceased. In both cases, with the qualifications that will be seen, the traditional thesis of the nullity of the device act is rejected and the obligatory effectiveness of the contract is confirmed.*

---

\* Este estudio se realiza en el marco del Grupo de Investigación (SEJ-235), adscrito a los Centros de Investigación CIDES Y CEIA3.

**PALABRAS CLAVE:** Acto de disposición. Comunidad posganancial. Comunidad hereditaria. Legado. Eficacia obligacional.

**KEY WORDS:** *Act of disposition, post-gain community, hereditary community, legacy, mandatory effectiveness.*

**SUMARIO:** I. PLANTEAMIENTO GENERAL: CONTEXTO FÁCTICO Y NORMATIVO: 1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA DEBATIDO. 2. MARCO NORMATIVO APLICABLE E INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL: A) *Sociedad de gananciales y atribución de la titularidad de bienes comunes.* B) *Comunidad posganancial.* C) *Comunidad hereditaria.* —II. EFICACIA OBLIGACIONAL DE LOS ARRENDAMIENTOS CELEBRADOS SIN EL CONCURSO DE LOS PARTÍCIPES EN LA COMUNIDAD. CUESTIONES CONEXAS Y DOCTRINA JURISPRUDENCIAL APLICABLE: 1. ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA OTORGADO POR LA VIUDA (USUFRUCTUARIA UNIVERSAL) Y LEGATARIA (NIETA): STS DE 17 DE ENERO DE 2018: A) *Hechos e iter judicial.* B) *Arrendamiento de vivienda (30 años): Acto de disposición.* C) *Las otorgantes (viuda y nieta) no reunían el pleno dominio:* a) El legado de derechos correspondiente al abuelo en la vivienda (50%) no es inmediato. b) La viuda no era titular del 50% de la vivienda pero como usufructuaria universal está facultada para otorgar arrendamiento que se extingue a su muerte. 2. ARRENDAMIENTO DE FINCAS RÚSTICAS CON OPCIÓN A COMPRA: STS DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 2019: A) *Hechos e iter judicial.* B) *Arrendamiento de fincas rústicas con opción de compra (Acto de disposición).* C) *Consecuencias de la falta de poder de disposición del esposo:* a) La aceptación (tácita) por la esposa de la validez del arrendamiento comprende la opción de compra. b) Eficacia obligacional del contrato entre las partes y sus herederos.—III. CONCLUSIONES.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA.

## I. PLANTEAMIENTO GENERAL: CONTEXTO FÁCTICO Y NORMATIVO

Durante el período que se produce entre la disolución y la liquidación del régimen de la sociedad de gananciales, bien por divorcio/separación judicial de los esposos; o bien, por el fallecimiento de uno de ellos, subsiste una comunidad patrimonial en liquidación, cuya naturaleza y régimen jurídico genera numerosas cuestiones controvertidas. En la comunidad posganancial cada sujeto posee una cuota abstracta de bienes sobre el total de la masa ganancial, que existirá hasta que se liquide y se concrete la parte de bienes que corresponde a cada uno de los miembros de la comunidad. Régimen aplicable a este patrimonio, del que son titulares, según los casos, el cónyuge supérstite y los herederos del premuerto; o los excónyuges, en caso de separación o divorcio. Las acciones de liquidación de la sociedad de gananciales y de partición y adjudicación de bienes hereditarios no se excluyen, ni son contrarias entre sí. Pero lo cierto es que, será necesario liquidar la sociedad de gananciales, para solicitar la partición de la herencia, siendo imprescindible la primera para poder llevar a cabo la segunda.

Son distintos los problemas que pueden plantearse en esta situación de comunidad posganancial y/o hereditaria. Pero por lo que aquí interesa, son habituales aquellos relativos al régimen aplicable a la *administración y disposición* de los bienes comunes. No se permite que cada uno, por sí solo, pueda disponer aisladamente de los bienes concretos integrantes de la misma. Pues ambos cón-

yuges (o, en su caso, el supérstite y los herederos del premuerto) ostentan una titularidad común, sobre la totalidad de los bienes integrantes de esa comunidad posmatrimonial. Y como es sabido, el arrendamiento es acto de administración, salvo que por su duración y/o cláusulas que contenga, deba ser calificado como acto de disposición. Con el consiguiente régimen de mayorías o unanimidad aplicable para que pueda entenderse válida y eficazmente celebrado. Tradicionalmente se ha mantenido que el acto dispositivo de la cosa común, realizado sin la unanimidad de todos los partícipes, estaría viciado de nulidad radical. Sin embargo, se aprecia una evolución doctrinal y jurisprudencial que rectifica la anterior doctrina, y consolida que el negocio concertado sin el consorcio de los partícipes en la comunidad debe entenderse válido en el aspecto obligacional; y por lo tanto, producirá las consecuencias propias del negocio jurídico de que trate.

## 1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA DEBATIDO

Focalizamos nuestra atención en aquellos supuestos en que el acto realizado es un contrato de arrendamiento de bienes inmuebles pertenecientes a la extinta sociedad de gananciales disuelta pero sin liquidar. Para ello partimos del análisis de las Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2018 y de 17 de septiembre de 2019, siendo en ambas ponente M.<sup>a</sup> Ángeles PARRA LUCÁN.

En la primera, (STS de 17 de enero de 2018)<sup>1</sup> la cuestión jurídica planteada es determinar la validez y eficacia de un contrato de arrendamiento de vivienda de carácter ganancial, otorgado después de la extinción de la sociedad de gananciales pero sin haber procedido a su liquidación y habiendo fallecido el esposo. El contrato, de fecha 1 de febrero de 2008, con una duración de 30 años y una renta mensual de 50 euros, se celebra conjuntamente por el cónyuge supérstite (usufructuaria universal) y la nieta, que había sido instituida legataria de los derechos que el testador (abuelo premuerto) ostentara en el bien ganancial. El 23 de agosto de 2009 fallece la viuda. La demanda se interpone el 21 de septiembre de 2012, por los herederos, contra la nieta (instituida con el legado) y contra el arrendatario. Los demandantes declaran actuar en interés de la comunidad de bienes dejados al fallecimiento de sus padres. Ejercitan con carácter principal, la acción de la nulidad del contrato de arrendamiento (vivienda), subsidiariamente que se declare la extinción del arrendamiento desde la fecha de fallecimiento de la usufructuaria, y en su defecto, que se declare que el referido arrendamiento no podrá durar más de cinco años desde su otorgamiento.

En la segunda, (STS de 17 de septiembre de 2019)<sup>2</sup>, la cuestión debatida versa sobre la eficacia y validez de un contrato de arrendamiento de 34 fincas rústicas con una duración de diez años, al término del cual se concedía al arrendatario el derecho de opción a compra. El contrato de fecha, 1 de septiembre de 2001, fue celebrado por uno solo de los cónyuges tras la sentencia de separación (5 de septiembre de 1984). Si bien y pese al tiempo transcurrido, aún no se había llevado a cabo la liquidación de la sociedad de gananciales. El cónyuge arrendador falleció el 11 de agosto de 2002, un año después del contrato, pero el arrendamiento se siguió desarrollando con pleno conocimiento de los componentes de la comunidad hereditaria (esposa e hijos del finado), que cobraron las respectivas rentas. Vencido el arrendamiento, el arrendatario intentó ejercer el derecho a la opción de compra, dispuesto en una cláusula del contrato, a lo que se negaron sistemáticamente los demandados. Ante dicha negativa, el 3 de mayo de 2012, el arrendatario, demanda a los herederos (esposa e hijos del arrendador) y solicita

que se declare la validez del contrato de arrendamiento y de la cláusula de opción de compra. A la fecha del juicio, no se había llevado a cabo la disposición y partición de la herencia, permaneciendo los demandados en régimen de comunidad.

Los supuestos de hecho extraídos de estas sentencias nos servirán para analizar problema conexos de derecho sucesorio y de la comunidad posganancial. Para determinar, en suma, si los arrendamientos otorgados sin la participación de todos los miembros que integraban la comunidad son válidos y van a producir algún efecto; o, por el contrario, están sancionados con la nulidad radical. Para lo que se hace preciso enmarcar las disposiciones normativas aplicables, considerando que algunas instituciones entremezcladas en ambos supuestos carecen de regulación; o bien, la interpretación judicial de algunos preceptos no es pacífica, ni resulta uniforme.

## 2. MARCO NORMATIVO APLICABLE E INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL

### A) *Sociedad de gananciales y atribución de la titularidad de bienes comunes*

Durante el matrimonio la sociedad de gananciales no constituye una forma de comunidad o copropiedad de tipo romano regulada en los artículos 392 y siguientes del Código civil. El artículo 1344 del Código civil, en su redacción dada por Ley 13/2005, de 1 de julio, establece que «Mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para los cónyuges las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad al disolverse aquella». Este precepto no establece una definición de la sociedad legal de gananciales, sino la consecuencia que produce el establecimiento de este régimen económico en el matrimonio; bien, por voluntad de las partes o, en su defecto por la ley. De esta forma, todos los bienes que se obtengan constante matrimonio, a excepción de los privativos, pertenecerán de forma conjunta a ambos esposos, creando así una comunidad de bienes en la que no se diferencian partes. No existen cuotas sobre los bienes y derechos que forman el patrimonio ganancial. Lo que implica la imposibilidad de que cada uno de los bienes que conforman el patrimonio ganancial pertenezcan individualmente en un 50% a cada uno de los esposos.

Sin entrar en el debate sobre las distintas teorías que abordan la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales, tradicionalmente se ha identificado con las características propias de la *comunidad germánica*. Sin perjuicio de que difiera, en algunos aspectos, del patrón ideal de la referida comunidad en mano común<sup>3</sup>. Por tanto, doctrina<sup>4</sup> y jurisprudencia<sup>5</sup>, aprecian en esta figura, una aplicación de la comunidad de tipo germánico o propiedad en mano común, en la que el derecho que ostentan los cónyuges afecta, indeterminadamente, al objeto, sin atribución de cuotas, ni facultad de instar la división material mientras perviva la sociedad. Se trata de un patrimonio autónomo, separado y común, del que serían titulares de forma indistinta, ambos cónyuges, sin ostentar el derecho actual a una cuota, por lo que no pueden disponer de mitades indivisas de los bienes comunes. Así como tampoco procede la disposición de un bien por uno de los cónyuges, sin la intervención del otro o sin su consentimiento, pues determinaría, según se ha mantenido tradicionalmente, la invalidez del acto de disposición del bien ganancial.

De ahí que, tal sociedad, se aproxime al patrón ideal de comunidad germánica, en idéntica medida en que se aleja del patrón de comunidad romana, donde

cada comunero ostenta una «cuota» en los bienes objeto de la comunidad. Tesis que reconoce y reitera el Tribunal Supremo (TS) y la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN):

La Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2018, y la de 17 de septiembre de 2019, objeto de comentario, parten del presupuesto base de que ambos cónyuges, estaban casados bajo el régimen económico de gananciales. Y en este régimen, como no surge una nueva persona jurídica, ambos cónyuges son titulares de los bienes comunes. Pero los diversos objetos no les pertenecen proindiviso, sino que integran el patrimonio común, una masa patrimonial que pertenece a los dos. Ambos cónyuges son los propietarios de cada cosa, de modo que el derecho de uno y otro, unidos, forman el derecho total, pero no son titulares de cuotas concretas sobre cada bien. En consecuencia, la sociedad de gananciales se configura inicialmente, antes de la disolución, como un patrimonio colectivo sin personalidad, al modo de la comunidad germánica o en mano común y que no permite la división de las cuotas ideales (...). De lo que seguidamente se deduce que esta forma de atribución de la titularidad sobre los bienes comunes comporta, además, por lo que interesa a los procesos objeto de la *litis*, que los cónyuges y sus sucesores, mientras no liquiden la sociedad, no pueden disponer sobre mitades indivisas de los bienes comunes. Como se ha dicho, durante la vigencia del régimen de gananciales no puede considerarse que cada cónyuge sea copropietario del 50% de cada bien. Para que se concrete la titularidad de cada cónyuge sobre bienes concretos es precisa la previa liquidación y división de la sociedad.

En la indicada dirección, la RDGRN de 6 de noviembre de 2019<sup>6</sup>, declara que en la comunidad de tipo germánico, el comunero carece de esa libre disposición de su derecho en la comunidad y no puede disponer libremente de sus derechos indirectos en los bienes en la comunidad, ni los puede transmitir por sí solo como derechos separados, porque carece de «cuota»: sencillamente es miembro de la comunidad, sin cuota alguna en la cosa objeto de la comunidad. Hasta el punto de que, incluso para una transmisión hereditaria, con carácter previo a que los causahabientes adquieran los bienes en régimen de comunidad conyugal cuando fallece alguno de los cónyuges, es necesario transformar la comunidad germánica o sociedad conyugal, en comunidad romana; sin esa previa reconversión de un tipo de comunidad en otra no sería posible la transmisión a los causahabientes.

#### *B) Comunidad posganancial*

La sociedad de gananciales puede quedar disuelta por cualquiera de las causas establecidas en los artículos 1392 y siguientes del Código civil. Por lo que aquí interesa, por muerte (arts. 1392.1 en relación con el art. 85 CC), supuesto que acontece en el primer caso que analizamos; y por divorcio o separación (arts. 1392.1 y 3 en relación con el art. 95.1 CC), en el segundo caso. Son partícipes de esa comunidad posganancial, en caso de muerte, el cónyuge supérstite y los herederos, en caso de fallecimiento de uno de los cónyuges. Y en caso de separación o divorcio, los cónyuges o excónyuges.

Ahora bien, la llamada «comunidad posganancial» existente desde que se disuelve la sociedad de gananciales hasta que se produce la liquidación, carece de regulación en el Código civil<sup>7</sup>, por lo que resulta necesario determinar las normas aplicables a esta situación, en la que los partícipes no tienen una cuota

sobre cada uno de los bienes, sino sobre la totalidad del patrimonio y a la que no resultan de aplicación las reglas de la sociedad de gananciales. El Tribunal Supremo en Sentencia de 10 de julio de 2005<sup>8</sup> explica con precisión las consecuencias derivadas del tránsito del régimen jurídico de los bienes comunes tras la disolución del régimen, al declarar que:

« (...) los bienes que, hasta entonces, habían tenido el carácter de gananciales, pasan a integrar (hasta que se realice la correspondiente liquidación) una comunidad de bienes postmatrimonial o de naturaleza especial, que ya deja de regirse, en cuanto a la administración y disposición de los bienes que la integran, por las normas propias de la sociedad de gananciales y se regirá por el de la comunidad *romana* o *pro indiviso* contemplada en los artículos 392 y siguientes del Código civil».

Norma, la del artículo 392 del Código civil que como sabemos, no define qué sea comunidad sino que describe como supuesto de hecho, la pertenencia de la propiedad de una cosa o la pertenencia de un derecho a varios, en ambos casos *pro indiviso*. Y la consecuencia jurídica es que entonces hay comunidad. Se trata de un efecto legal automático que deriva de la cotitularidad (MIQUEL)<sup>9</sup>. Comunidad que subsiste como patrimonio en liquidación, cuya existencia es transitoria e incidental y antieconómica (BELTRÁN DE HEREDIA)<sup>10</sup> y en el cual los cónyuges tienen una relación de condóminos, pero sometidos a reglas específicas, derivadas de la propia naturaleza de la comunidad.

La referida comunidad, de naturaleza especial o «*sui generis*», calificativo que «arroja poca o ninguna luz» (VIVAS)<sup>11</sup>, es análoga o equiparable a la comunidad hereditaria, según doctrina (KARRERA)<sup>12</sup> y jurisprudencia. Las SSTS de 10 de junio de 2010 (FJ 3.º) y de 9 de diciembre de 2015, reiteran esta afirmación al considerar de aplicación a la comunidad posganancial no liquidada, el régimen de la comunidad hereditaria. Así establece que:

«(...) disuelta la sociedad de gananciales, pero aún no liquidada, la naturaleza de las relaciones existentes entre los titulares es la de una comunidad que equivale al régimen de la comunidad hereditaria y, en consecuencia, no rigen los preceptos del Código civil que permiten la disposición por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro vigente la sociedad de gananciales (*ex art. 1322 CC*). Esta norma forma parte del régimen de las relaciones entre los cónyuges y no se aplica en las relaciones con terceros. Por lo que se aplican las reglas de la comunidad hereditaria».

Consecuencia de ello es que a efectos del goce y disfrute de la cosa común se aplicarán las normas de la comunidad hereditaria, tanto se trate de una comunidad posganancial como hereditaria. Y tradicionalmente se ha sostenido de manera uniforme, que los actos de disposición sobre la cosa común deben contar con la voluntad de todos los comuneros, so pena de nulidad. Regla que, se verá matizada, rectificándola, en las sentencias objeto de comentario.

### C) Comunidad hereditaria

Conviene advertir que la comunidad hereditaria es una institución no regulada de manera especial en el Código civil, pero esta comunidad existe cuando son varios los llamados a suceder a título universal en una herencia. El contenido de esta comunidad recae sobre la unidad patrimonial constituida por la heren-

cia y no sobre singulares bienes y derechos. Quedan excluidos de la comunidad hereditaria los bienes especialmente destinados por el causante, por ejemplo vía legados. Aspecto en el que incidiremos después.

Así las cosas y a falta de regulación expresa, es pacífico admitir, que la comunidad hereditaria, se rige, en primer lugar, por aquellas reglas que provengan del principio de la autonomía de la voluntad (*ex art. 1255 CC*), dispuestas por el causante o por acuerdo entre los comuneros, cuando no sean contrarias a la ley, la moral y orden público; en segundo lugar, por lo establecido en las normas especiales del Código civil en relación con la partición (arts. 1051 y sigs.), pago de deudas hereditarias (arts. 1082 a 1087), administración herencia (art. 1026), enajenación y retracto (arts. 1531, 1533, 1534 y 1067), o las normas correlativas aplicables de las legislaciones forales. Incluso por preceptos de la Ley Hipotecaria (arts. 14, 42.6.º y 46) o artículos 782 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y en tercer lugar, por las reglas relativas a la comunidad de bienes (arts. 392 y sigs. CC), única comunidad que regula sistemática y completamente el Código civil y que, por analogía, puedan aplicarse a esta comunidad universal<sup>13</sup>. Ahora bien, ello no quiere decir que quepa equiparar ambas formas de comunidad. En efecto, la diferencia entre la comunidad que resulta de una sucesión hereditaria por causa de muerte y la comunidad o condominio en general, que se regula en el Título III del Libro II del Código civil, se encuentra, en que «mientras en aquella cada heredero, hasta que se realice la partición, solo disfruta de una parte ideal de todos los bienes de la herencia, sin una posesión real individual que corresponde a todos, en este (el condominio) disfruta de una posesión real y efectiva de la parte que le corresponde en la cosa, de la cual puede disponer, como se deduce de los artículos 399 y 394 del Código civil»<sup>14</sup>.

Con todo, la ausencia de una regulación específica de la comunidad hereditaria, ha suscitado dudas y un cierto confusionismo sobre si estamos ante una comunidad germánica o en mano común (GARCÍA VALDECASAS)<sup>15</sup>; o ante una comunidad romana (ROCA)<sup>16</sup>. Incluso algunos autores mantienen al respecto una postura ecléctica o intermedia (GARCÍA GRANERO)<sup>17</sup> entre su adscripción, a uno u otro tipo de comunidad. Para COLINA resulta inútil y del todo ocioso adscribir la comunidad hereditaria a la alternativa de los tipos romano y germánico, ya que, al poseer aquella notas y cualidades propias de uno y otro tipo, no resulta fácilmente encajable en ninguno de los dos y no resuelve todos los problemas que presenta aquella comunidad en el Derecho actual<sup>18</sup>. Ciertamente es así, y de hecho, presenta muchos puntos de coincidencia con la comunidad romana, en lo relativo a su régimen interno (goce de las cosas comunes y la existencia de cuotas); y también con la comunidad germánica, en lo relativo al régimen externo. En la doctrina (BELTRÁN DE HEREDIA)<sup>19</sup> y jurisprudencia<sup>20</sup> parece más acertada la tesis que explica la comunidad hereditaria a través de los principios rectores de la comunidad romana, si bien, estableciendo algunas diferencias y matizaciones.

Frente a tales polémicas, lo cierto es, que el testamento, por sí solo, no justifica la adquisición de la herencia, mientras no se lleve a efecto su liquidación y por ello los herederos están en la misma posición de igualdad, en tanto no se realice la partición. Así, desde la muerte del causante y mientras dure la indivisión, estamos ante una comunidad de carácter peculiar<sup>21</sup> que aunque no se ajuste plenamente al modelo de comunidad ordinaria regulada en los artículos 392 y siguientes del Código civil, supone que la titularidad sobre los bienes es consorcial, de grupo, y ni hay cuotas individuales ni se puede disponer sobre esos bienes a título particular. Como señalara la STS de 23 de enero de 1943

en el periodo de indivisión que precede a la partición hereditaria, los herederos poseen el patrimonio del causante «colectivamente»<sup>22</sup>.

En nuestra opinión, no alberga dudas, que durante el periodo comprendido entre la aceptación de la herencia por parte de los herederos y la realización de la partición hereditaria, esta comunidad tiene el carácter de germánica o en mano común<sup>23</sup>. En consecuencia, todos los herederos tienen una comunidad hereditaria con derechos indeterminados mientras que no haya partición. De una parte, hasta que se acepta la herencia, solo existe una vocación de esta. Así, y en lo que a la naturaleza jurídica de la herencia yacente se refiere, se alude a su muy particular carácter de personalidad jurídica especial, como «comunidad de intereses» de naturaleza (en esta fase yacente, de comunidad germánica «*gesamte hand*», excepcional en nuestro Derecho)<sup>24</sup>.

Una vez aceptada la herencia, se adquiere un derecho hereditario abstracto, en el sentido de que la cuota que pertenece a cada heredero recae sobre el global del caudal hereditario (comunidad en mano común), no sobre cada uno de los bienes que la integran, como ocurriría en una comunidad de tipo romano. «No existe titularidad alguna prorrateada sobre cada uno de los bienes individuales que la integran. Los coherederos carecen de titularidad sobre los bienes concretos de la herencia, hasta la adjudicación no existe condominio»<sup>25</sup>. Sin embargo, una vez verificada la partición, ese derecho hereditario abstracto, se convierte en un derecho concreto sobre el bien o los bienes que a cada heredero le corresponden en la partición. Si determinados bienes se adjudican pro indiviso, bien entre algunos o todos los herederos, bien entre ellos y el cónyuge viudo, la comunidad que sobre cada bien se constituye tiene el carácter de *romana o por cuotas*. Y será a partir de este momento, y no antes, cuando pueda ejercitarse por cualquiera de los comuneros la acción de división<sup>26</sup>.

Así, la comunidad hereditaria formada por los coherederos mientras la herencia permanece indivisa es calificada como comunidad germánica con algunas matizaciones. Esta caracterización de la comunidad hereditaria y de la posición de los coherederos dentro de ella se ha utilizado, fundamentalmente, para negar validez o efecto a los actos de disposición realizados por coherederos, en estado de comunidad hereditaria, es decir, antes de la partición, sobre bienes del caudal relicto. Esto es, los partícipes tienen derecho a disponer de su cuota o participación, pero que quedará concretada a los bienes que se le adjudiquen tras la partición, al cesar la comunidad hereditaria. Así, «en la comunidad hereditaria, la disposición de uno solo de los coherederos relativa a una cosa concreta no puede tener eficacia antes de la partición, porque el coheredero no tiene ni siquiera cuotas-parte sobre los bienes singulares por estar sometidos todos ellos a la partición unitaria» (MIQUEL)<sup>27</sup>. En consecuencia, los actos de conservación, administración y disposición de los bienes comunes, así como el régimen de adopción de acuerdos de la comunidad hereditaria se rige, a menos que haya sido ordenada de otro modo, por las normas que para la copropiedad establecen los artículos 394, 395, 397 y 398 del Código civil. Régimen cuya disciplina se asienta en el principio de mayoría de cuotas previsto en el artículo 398 del Código civil para los actos de administración. Y los que impliquen o se asimilen a actos de disposición, quedarán sometidos, no al régimen de mayorías, sino al de unanimidad del artículo 397 del Código civil.

Situación que es objeto de debate en el primero de los casos analizados. Y es que el contrato de arrendamiento de vivienda otorgado por la viuda y la nieta (legataria) se celebra años después de haber fallecido el marido y abuelo. Es decir, extinta la sociedad de gananciales, pero sin liquidar, y a la que sucede

la comunidad hereditaria. Así las cosas, mientras no se proceda a la partición del caudal hereditario, integran la comunidad tanto los bienes privativos del premuerto como, hasta que se liquide la sociedad de gananciales y se adjudiquen bienes concretos, la participación del premuerto en el patrimonio ganancial<sup>28</sup>. Cuestión que se complica porque la nieta (otorgante también del arrendamiento) es legataria de los derechos que corresponda al abuelo en la vivienda ganancial. Y como se dijo, no forman parte de la comunidad hereditaria las cosas específicas y determinadas, propias del testador, respecto de las que haya ordenado un legado. Si bien, como precisa la STS de 17 de enero de 2018, «aunque los legados de cosa específica, conforme al artículo 882 del Código civil, son adquiridos por el legatario desde la muerte del testador, al tratarse en este caso de un bien ganancial, la eficacia de legado y su extensión dependerán de a quién se adjudique el bien en la liquidación de la sociedad de gananciales, no pudiendo considerarse adquirido automáticamente». En este punto incidiremos después, pues será preciso matizar algunas cuestiones.

## II. EFICACIA OBLIGACIONAL DE LOS ARRENDAMIENTOS CELEBRADOS SIN EL CONCURSO DE LOS PARTÍCIPES EN LA COMUNIDAD. CUESTIONES CONEXAS Y DOCTRINA JURISPRUDENCIAL APLICABLE

La validez y eficacia de los contratos de arrendamiento concertados, dependerá, en primer lugar, de la posición que ocupan los otorgantes en el momento de su celebración y de la situación jurídica en la que se encuentran los bienes en este momento. Y en segundo lugar, de la naturaleza que deba atribuirse al arrendamiento pactado. Según hemos anticipado, en el momento del otorgamiento del contrato de arrendamiento, tanto la vivienda (primer caso) como las fincas rústicas (segundo caso) pertenecían a la comunidad posganancial y se celebraron sin el consentimiento de los partícipes en la misma. Y en cuanto a la segunda cuestión, habrá que considerar si el arrendamiento, en uno u otro caso, es mero acto de administración; en cuyo caso, habrá de valorarse si había sido pactado por los partícipes que representaban la mayor cantidad de intereses, en atención a lo dispuesto en el artículo 398 del Código civil; o por el contrario, puede calificarse como acto de disposición, en cuyo caso, requerirá la unanimidad de todos los comuneros, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 397 del Código civil y devendría nulo o inexistente por falta de consentimiento, como ha sostenido la jurisprudencia que, tradicionalmente, así lo interpreta. Tal y como alegaron, en los dos casos, los demandantes al pretender que se declarase la nulidad de los arrendamientos concertados. Nótese que el artículo 397 del Código civil, permite incluir en la expresión «alteración de la cosa común» toda clase de actos de disposición. Entre otros, la enajenación total o parcial, la imposición de un gravamen o incluso la alteración de la sustancia material de la cosa<sup>29</sup>.

En este contexto, hay que considerar las dudas interpretativas que han surgido sobre si el arrendamiento es un acto de administración o por el contrario, es un acto de disposición. Cuestión jurídica que, como se viene anticipando, tiene especial repercusión, tanto en su régimen jurídico, como en la capacidad exigida para su otorgamiento. Al respecto y como es sabido, la naturaleza del derecho de arrendamiento en nuestro sistema positivo constituye, por regla general, un acto de administración<sup>30</sup>, a no ser que se concierte por un plazo de larga duración (superior a seis años), ya que, alcanzaría la prohibición expresa del artículo 1548 del Código civil; o bien, que por su trascendencia económica o por los pactos

a que han llegado las partes alcance la consideración de acto de disposición o equiparado a estos (RDGRN de 22 de abril de 2006). La jurisprudencia es unánime y señala que son de «administración» los actos que regulan el disfrute de la cosa sin alterar su sustancia, mientras que son de «disposición» «los actos que representan la enajenación total o parcial, la imposición de un gravamen o la alteración de la sustancia material de la cosa». (STS de 22 de febrero de 2013).

#### 1. ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA OTORGADO POR LA VIUDA (USUFRUCTUARIA UNIVERSAL) Y LEGATARIA (NIETA): STS DE 17 DE ENERO DE 2018

Son varias y complejas las cuestiones jurídicas conexas que acompañan al contrato de arrendamiento litigioso y a las que da respuesta esta sentencia. Conviene recordar los hechos más relevantes que acontecen y el *iter judicial* seguido en el caso.

##### A) *Hechos e iter judicial*

El matrimonio formado por Agapito e Irene estaban casados bajo el régimen económico de gananciales. Entre los bienes comunes se encontraba una casa. El 5 de enero de 2002, el marido otorga testamento. En la cláusula 2.<sup>a</sup> atribuye a su esposa el usufructo universal y vitalicio sobre todos sus bienes; en la cláusula 5.<sup>a</sup> lega a su hijo D. Olegario la parte o derechos correspondientes al testador en el bajo de la casa, donde tiene instalada una panadería. En la cláusula 6.<sup>a</sup> lega a su nieta D.<sup>a</sup> Valle la parte o derechos correspondientes al testador en el piso. En la cláusula 9.<sup>a</sup> instituye herederos a partes iguales a sus tres hijos (D. Olegario, D.<sup>a</sup> Leticia y D.<sup>a</sup> Martina, madre de D.<sup>a</sup> Valle, que fallece en 2005). El 15 de diciembre de 2002 fallece D. Agapito. El 25 de enero de 2008 D.<sup>a</sup> Irene otorga testamento y dispone del conjunto de la casa, como legado, a favor de su hijo D. Olegario e instituye herederos a sus hijos.

Es el 1 de febrero de 2008, cuando D.<sup>a</sup> Irene (usufructuaria universal) y la nieta, D.<sup>a</sup> Valle (legataria) celebran el contrato de arrendamiento de la vivienda a favor de D. Luis Antonio. En él hacen constar que intervienen en su condición de propietarias: «D. Irene es propietaria junto con D.<sup>a</sup> Valle que es legataria de la parte de su abuelo». El contrato con una duración de 30 años y una renta mensual de 50 €, se celebra sin que esté liquidada la extinta sociedad de gananciales existente entre D. Agapito y D.<sup>a</sup> Irene (y sin haber practicado la liquidación y partición de la herencia del primero). El 23 de agosto de 2009 fallece D.<sup>a</sup> Irene.

La demanda se interpone el 21 de septiembre de 2012, por los herederos (D. Olegario y D.<sup>a</sup> Leticia) contra D.<sup>a</sup> Valle (nieta instituida con legado) y D. Luis Antonio (arrendatario y padre de D.<sup>a</sup> Valle). Los demandantes declaran actuar en interés de la comunidad de bienes dejados al fallecimiento de sus padres, D. Agapito y D. Irene. Alegan que no tuvieron conocimiento de la existencia del arrendamiento de la vivienda hasta después del fallecimiento de su madre. En particular, cuando requieren a D. Luis Antonio para que se abstuviera de hacer obras en la casa y él aportó el contrato de arrendamiento en el que se le autorizaba para realizarlas.

Entre sus pretensiones, los demandantes ejercitan, con carácter principal, la declaración de nulidad del contrato de arrendamiento, subsidiariamente y en caso de no ser estimada esta pretensión, se declare la extinción del arrendamiento

desde la fecha de fallecimiento de la usufructuaria, y en su defecto, que el arrendamiento no podrá durar más de cinco años desde su otorgamiento.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda en su integridad. Niega la legitimación de la codemandante D. Leticia, por no ostentar ningún derecho sobre la vivienda objeto del contrato de arrendamiento, pero también la del codemandante D. Olegario, que en su condición de comunero podría ejercer acciones en interés de la comunidad si no existiera oposición de otro comunero, lo que sucede en este caso, en el que D.<sup>a</sup> Valle, que es comunera, se opone a la acción. Recurrida en apelación, la SAP de A Coruña (Secc. 6.<sup>a</sup>) de 18 de diciembre de 2014, reconoce la legitimación de D. Olegario, al haber sido nombrado legatario por su madre y niega sin embargo la legitimación de la codemandante, por no haberle correspondido ninguna participación en la casa. La sentencia considera que las arrendadoras eran titulares absolutas de la vivienda y podían disponer de la misma: «toda vez que al tiempo de hacerlo las arrendadoras eran las propietarias absolutas del inmueble sin ninguna limitación con relación a la facultad de disponer de la posesión del mismo». Contra dicha resolución se interpone el recurso de casación.

Siguiendo nuestro hilo argumental pasamos a analizar las cuestiones jurídicas que se plantean en el caso.

*B) Arrendamiento de vivienda (30 años): Acto de disposición*

Como se ha indicado, el arrendamiento es un acto de administración, salvo cuando, por su duración, comprometa el aprovechamiento de las cosas. En tal caso se considera como acto de disposición. En este caso, el arrendamiento litigioso, «dificilmente puede ser calificado como acto de administración» como mantiene la sentencia. Basta para ello con tener en cuenta la duración pactada (treinta años con prórrogas tácitas); a lo que cabe añadir otros factores como el importe de la renta de 50 € mensuales, la autorización al arrendatario para que realizara las obras, cambios y mejoras que considere oportunas, etc.

No cabe duda de que las circunstancias que concurren en el contrato resultarían perjudiciales para los propietarios. Un plazo tan amplio, constituye, a nuestro juicio, una limitación a las facultades del dominio que ya, en sí mismo, desnaturalizaría la esencia y naturaleza del vínculo jurídico contraído. Incluso podría ser equivalente a un gravamen, pues implicaría una carga jurídica que limita plenamente las facultades esenciales del derecho de dominio; incidiendo incluso, en la más que probable dificultad de su venta. En consecuencia, el acto se incardina en el supuesto contemplado en el artículo 397 del Código civil que exigiría para su concierto la unanimidad de los partícipes en la comunidad.

*C) Las otorgantes (viuda y nieta) no reunían el pleno dominio*

Como ha quedado expuesto, en el momento del otorgamiento del contrato de arrendamiento, la vivienda pertenecía a la comunidad posganancial, a la que sucedió una comunidad hereditaria. Su titularidad pertenecía a todos los que en ese momento eran sus partícipes: la viuda (D.<sup>a</sup> Irene) y los herederos instituidos por D. Agapito en su testamento (los demandantes ahora recurrentes en casación y, por sustitución de su madre premuerta, D.<sup>a</sup> Valle y sus hermanos, de acuerdo con la cláusula 10.<sup>a</sup> del testamento y el art. 774 CC). Por lo que la propiedad

de la vivienda no pertenecía proindiviso a las otorgantes del arrendamiento. Y «solo se puede disponer de los bienes concretos de la comunidad posganancial, sin previa liquidación y adjudicación, cuando el acto sea otorgado por todos los interesados que agotan la *plena titularidad* del bien»<sup>31</sup>.

Sobre el particular, la SAP de A Coruña (Sección 6.<sup>a</sup>) de 18 de diciembre de 2014, recurrida en casación, sostuvo que el contrato de arrendamiento se otorgó válidamente, «toda vez que al tiempo de hacerlo las arrendadoras eran las propietarias absolutas del inmueble sin ninguna limitación con relación a la facultad de disponer de la posesión del mismo» (...). D.<sup>a</sup> Irene (viuda) ostentaba el 50% en su condición de titular original, al haberse otorgado la escritura de declaración de obra nueva de 21 de julio de 1972 a su nombre y al de su esposo. Y la nieta (D.<sup>a</sup> Valle), el 50% restante al ser legataria de cosa cierta de su abuelo. Legado que ha de entenderse que ha sido tácitamente entregado, puesto que D.<sup>a</sup> Valle tiene la posesión de la vivienda, dado que vive allí y efectúa actos de disposición, como el arrendamiento».

El Tribunal Supremo rebatirá las anteriores afirmaciones. Por tanto, el siguiente paso del análisis nos lleva a determinar si D.<sup>a</sup> Irene y D.<sup>a</sup> Valle estaban o no facultadas para celebrar el arrendamiento litigioso. A pesar de que en el contrato hicieron constar que eran propietarias del bien y reunían el pleno dominio, la Sala de casación alcanza que esto no es cierto y por tanto, no estaban facultadas para otorgarlo. En cambio la viuda, en su condición de usufructuaria universal y vitalicia, sí lo estaba, tenía esa facultad. Para lo que se hace preciso entrar a analizar algunas cuestiones complejas que concurren en este supuesto.

- a) El legado de derechos correspondiente al abuelo en la vivienda (50%) no es inmediato

D.<sup>a</sup> Valle (nieta) fue instituida legataria de los derechos que al abuelo correspondieran en la vivienda ganancial. Estamos ante un legado de derechos de un bien que en el momento de la conclusión del arrendamiento pertenece a la comunidad posganancial. Al respecto, conviene advertir, que los artículos 1379 y 1380 del Código civil incluidos en la sección relativa a la administración de la sociedad de gananciales, se ocupan —no obstante— de la disposición *mortis causa* de los bienes gananciales. El artículo 1379 del Código civil señala que «cada uno de los cónyuges podrá disponer por testamento de la mitad de los bienes gananciales». Y el artículo 1380 del Código civil contempla el legado de la totalidad del bien ganancial por uno de los cónyuges. Legado que producirá todos sus efectos si fuere adjudicado a la herencia del testador. En caso contrario, se entenderá legado el valor que tuviera al tiempo del fallecimiento.

Pero una cosa es el legado de cosa ganancial (regulado) y otra el legado de cosa y/o derechos que el testador tiene en la cosa perteneciente a la comunidad posganancial (no regulados). La jurisprudencia ha declarado que el artículo 1380 del Código civil es aplicable analógicamente al legado de cosa (totalidad) perteneciente a la comunidad posganancial. Este legado recae sobre una cosa que forma parte de un patrimonio que fue ganancial (no liquidada la comunidad) y que ahora es una comunidad romana (no dividida). Cabe citar al respecto la STS de 11 de mayo de 2000<sup>32</sup>, a la que alude la sentencia ahora comentada y que por su claridad expositiva conviene reproducir en alguno de sus pasajes. En especial en lo relativa a la aplicación analógica del artículo 1380 del Código civil al legado de cosa perteneciente a la comunidad posganancial:

« (...) No se trata de un legado de cosa ajena, tampoco de un legado de cosa ganancial. Es un legado de cosa perteneciente a la comunidad posganancial, el cual está fuera de toda normativa legal: ni es ganancial, ni es cosa ajena, ni es cosa común; es cosa integrante de una comunidad que recae sobre todo un patrimonio y que no se conoce, hasta su división, si la cosa legada se adjudicará al testador o no. Siendo una cuestión no regulada, es decir, una relación jurídica sobre la que el ordenamiento no ha dictado norma, se da el caso de laguna de la ley, que debe resolverse aplicando la analogía, tal como prevé el artículo 4.1 del Código civil y la norma que deberá aplicarse es la del artículo 1380 del Código civil que contempla la validez del legado de cosa ganancial y su efectividad. En efecto entre el supuesto regulado legado de cosa ganancial y el no regulado legado de cosa de comunidad posganancial se dan los presupuestos para la aplicación de la norma por analogía que exigió la jurisprudencia: en primer lugar: el supuesto específico no regulado, como es el caso de legado de cosa de comunidad posganancial y, en segundo lugar, identidad de razón: si el legado es de cosa de la comunidad ganancial, los esposos comuneros carecen de poder de disposición exclusivo sobre la misma (como destaca la sentencia de 28 de septiembre de 1998), al igual que si es de comunidad posganancial, y en uno y en otro caso, la cosa puede ser adjudicada al que dispuso de la misma, al hacer la liquidación de los gananciales, en la primera, o la división de la comunidad, en la segunda».

Si bien, en nuestro caso, el legado instituido a favor de la nieta no es de cosa ganancial (ex art. 1380 CC), equiparable por analogía —como se ha visto— al de cosa (totalidad) de la comunidad posganancial, sino que es un legado de los derechos que al testador (abuelo) corresponden sobre la vivienda ganancial o de la comunidad posganancial. Supuesto que acontece en el presente caso y que la Sala declara válido conforme a una interpretación de *«maiore ad minus»*. Así establece que:

«(...) Es válido el legado hecho por un cónyuge de los derechos que le correspondan en un bien determinado. Puesto que el artículo 1380 del Código civil admite el legado de un bien ganancial en su integridad, no hay razón para impedir ni el legado de una cuota ni tampoco el legado de los derechos que le correspondan al testador sobre un bien ganancial (...). Procede aplicar por analogía la regla que resulta del artículo 1380 del Código civil de modo que la eficacia de este legado también dependerá de a quién se adjudique el bien en la división (así, Sentencia 465/2000, de 11 de mayo; expresamente es la solución consagrada en el artículo 255 del Código de Derecho foral de Aragón)».

De forma paralela, conforme a la doctrina mayoritaria y a la vista de la solución que ofrece el artículo 1380 del Código civil para el legado de bien ganancial, aplicable analógicamente al legado de cosa perteneciente a la comunidad posganancial, se sostiene (también por analogía) que el legado de los derechos que correspondan al testador sobre un bien ganancial, es válido y se limita a la *mitad indivisa* del bien si esa parte es adjudicada al causante en copropiedad con el otro cónyuge o sus herederos o al valor de la mitad del bien en el caso de que sea adjudicado íntegramente al otro cónyuge.

De lo que se deduce y es aplicable al caso la siguiente conclusión: la legataria (nieta) no era titular del 50% restante de la vivienda, pues el legado de la parte o derechos correspondiente al testador sobre un bien ganancial es válido, pero no atribuye de manera inmediata al legatario la titularidad del 50% del bien ganancial: la eficacia del legado dependerá de lo que resulte de la liquidación

(que en el presente caso todavía no se ha hecho) y de a quién se le adjudique el bien. La Sala aclara que:

«Sucedrá que, si en la liquidación se adjudica la vivienda entera o la mitad al cupo de D. Agapito, el legado de D.<sup>a</sup> Valle será del 50% de la titularidad dominical, pero si la vivienda se adjudica al cupo de D.<sup>a</sup> Irene, el legado de D.<sup>a</sup> Valle será del valor de la mitad de la vivienda en el momento en que falleció su abuelo. En el caso, tras el fallecimiento de D. Agapito, y sin que se hubiera hecho la liquidación de la sociedad de gananciales, D.<sup>a</sup> Irene legó a su hijo D. Olegario (uno de los demandantes) la casa en la que se encontraba la vivienda. Se trata de un legado de un bien de la comunidad posganancial, disuelta la sociedad pero todavía no dividida la masa común, cuya eficacia también dependerá de a quién se adjudique la casa en la división. Por tanto, no afecta en modo alguno a la validez del legado en su día realizado por D. Agapito a favor de D.<sup>a</sup> Valle. Deferida ya la herencia de los dos esposos tras el fallecimiento de D.<sup>a</sup> Irene, sin que las disposiciones respecto de la casa sean coincidentes, es incierto el resultado de la liquidación, que dependerá exclusivamente de la voluntad de los herederos, toda vez que la falta de coincidencia entre las voluntades de los cónyuges impide hablar de un mandato implícito a los herederos sobre la forma de hacer la liquidación».

- b) La viuda no era titular del 50% de la vivienda pero como usufructuaria universal está facultada para otorgar arrendamiento que se extingue a su muerte

D.<sup>a</sup> Irene no era titular del 50% de la vivienda que, como se ha expuesto, pertenecía a la comunidad posganancial y la titularidad de cada cónyuge y demás partícipes de la comunidad se concreta con la liquidación y división. Sin embargo, le fue legado por su marido el usufructo universal y vitalicio de todos sus bienes. Así consta en la cláusula 2.<sup>a</sup> del testamento otorgado el 5 de enero de 2002. Ninguna de las partes ha discutido la validez y eficacia del usufructo de D.<sup>a</sup> Irene y el derecho de los herederos de D. Agapito en la comunidad de los bienes comunes era el de la nuda propiedad. Así las cosas, en aquellos supuestos en los que la titularidad sobre el bien se halla dividida entre el nudo propietario y el usufructuario, es este quién está facultado para arrendar la cosa. Es el titular del usufructo, y no el nudo propietario, quien está legitimado para ceder en arrendamiento la cosa usufructuada, en tanto en cuanto las facultades de uso y disfrute están asimiladas a las facultades del usufructuario.

Y si bien, al otorgar el contrato no se había liquidado y dividido la sociedad de gananciales, ni la titularidad ni el usufructo recaían sobre bienes concretos, D. Irene sí estaba facultada para celebrar el arrendamiento. Como argumenta la Sala:

«En la comunidad posganancial son partícipes los herederos del fallecido y el viudo, quien es cotitular del patrimonio, tendrá la cuota usufructuaria y en caso de legado voluntario de usufructo universal también será usufructuario de toda la herencia» En consecuencia D.<sup>a</sup> Irene podía usar y aprovechar en exclusiva, tanto de manera directa como indirecta, todos los bienes comunes, pues ostentaba la propiedad plena sobre el 50% y el usufructo sobre el 50% restante correspondiente al cónyuge premuerto».

Razonamiento lógico que lleva al Tribunal Supremo a desestimar el primer motivo del recurso de casación que solicitaba, con carácter principal, la nulidad

del contrato de arrendamiento de fecha 1 de febrero de 2008, pues aunque niega que la viuda y la legataria de los derechos en el bien del cónyuge premuerto pudieran por sí solas disponer del bien; la viuda como usufructuaria sí podía disponer del mismo.

Ahora bien, tomando como referencia los artículos 480 del Código civil y 13 LAU, (invocados como infringidos en el segundo motivo de casación) adviértase que todo arrendamiento celebrado por el usufructuario se extingue a su muerte. Por consiguiente, los herederos del cónyuge premuerto que no otorgaron el contrato de arrendamiento estaban legitimados para hacer valer la extinción de este y solicitar el cese del uso de la vivienda por el arrendatario. Acción que ejercitaron como subsidiaria. La Sala alcanza esta conclusión y estima el segundo motivo de casación declarando extinguido el arrendamiento desde el 23 de agosto de 2009, esto es, desde que se produjo la muerte de la usufructuaria:

« (...) el usufructuario no puede transmitir a otros, derechos de más duración que el que a él le corresponde (art. 480 CC y, para el arrendamiento de vivienda, artículo 13 LAU, conforme al cual, los arrendamientos otorgados por el usufructuario se extinguirán al término del derecho del arrendador). Con la extinción del usufructo desaparece el presupuesto del que dependía la subsistencia del contrato de arrendamiento, porque ya no existe un derecho a usar y disfrutar los bienes en exclusiva que hasta entonces correspondía a la usufructuaria que otorgó el contrato, y los herederos del premuerto tienen derecho a la posesión en la parte de los bienes atribuible a su causante»

En definitiva, el Tribunal Supremo casa la SAP de A Coruña (Sección 6.<sup>a</sup>) de 18 de diciembre de 2014 y estima que el contrato de arrendamiento hay que entenderlo realizado por la usufructuaria y que por tanto se extingue a su fallecimiento. Lo curioso de la sentencia es que, aun considerando que el contrato de arrendamiento era válido por las razones que se han expuesto, a nuestro juicio justificadas con sólidos argumentos, la Sala, «obiter dicta» dejó apuntado en el análisis del marco normativo que realiza sobre la gestión del patrimonio común, que a los actos dispositivos de cosa común realizados sin el consentimiento de todos los comuneros no se le aplica la sanción de nulidad:

«(...) Para la transmisión de la propiedad sobre un bien concreto de la comunidad posganancial es precisa la intervención de todos los partícipes. Sin embargo, el contrato obligacional realizado por alguno o algunos de ellos no da lugar a la aplicación del régimen de la nulidad y es posible la eficacia de la transmisión si se produce la adjudicación del bien a los partícipes que lo otorgaron (arg. art. 399 CC). Otra cosa es que, en defensa de su interés en que no se burle su participación en el patrimonio común, los demás partícipes puedan ejercitar una acción para que el bien se integre en el patrimonio posconsorcial (lo que no es exactamente una reintegración derivada de la nulidad).

En conclusión, la vivienda arrendada era un bien ganancial, y en tanto no se liquidara la sociedad de gananciales y se hiciera la adjudicación hereditaria, cualquier acto de disposición sobre la vivienda debía ser realizado con la unanimidad de todos los miembros la comunidad posganancial y hereditaria. Pero la viuda al ser usufructuaria universal y vitalicia de todos los bienes de su marido (premuerto) estaba facultada para arrendar. Hay que advertir que, en este caso, como precisa la doctrina<sup>33</sup>, si la usufructuaria no fuera universal, el arrendamiento que se otorgó por ambas comuneras tampoco sería nulo de pleno derecho, sino válido entre las partes contratantes (la validez obligacional del contrato) y sin

trascendencia jurídico-real respecto de la enajenación y transmisión de las cuotas de los comuneros que no prestaron su consentimiento y que podrían ejercitar una acción para que el bien se integre en el patrimonio posconsorcial.

En suma, la tesis de la eficacia obligacional del contrato celebrado sobre la cosa común sin el consentimiento de todos los comuneros se consolida y refuerza en esta sentencia, en contra de la postura mayoritaria mantenida respecto a la nulidad radical del contrato celebrado y que será de directa aplicación al segundo supuesto que vemos a continuación.

## 2. ARRENDAMIENTO DE FINCAS RÚSTICAS CON OPCIÓN A COMPRA: STS DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 2019

### A) *Hechos e iter judicial*

En este caso, se cuestiona la validez y eficacia de un contrato de arrendamiento de fecha 1 de septiembre 2001, sobre un total de 34 fincas rústicas, por un periodo de diez años y al término del cual se concedía al arrendatario un derecho de opción de compra. El contrato fue otorgado por uno solo de los cónyuges, separados judicialmente desde 1984 y sin que se hubiera llevado a cabo la liquidación de la sociedad de gananciales; que, a fecha del juicio, continuaba sin liquidar.

Tras el fallecimiento del otorgante (11 de agosto de 2002), el arrendatario (D. Joaquín) continuó pagando las correspondientes rentas a los miembros de la comunidad hereditaria, formada por la viuda (D. Milagros) y los hijos. Llegado el momento de ejercitarse el derecho de opción, se niegan alegando la nulidad radical del contrato por tratarse de un acto dispositivo y faltar el consentimiento del otro cónyuge en el momento de su celebración. El arrendatario (D. Joaquín) demanda a la esposa (D.<sup>a</sup> Milagros) e hijos del arrendador y solicita que se declare la validez del contrato de arrendamiento y de la cláusula de opción de compra, así como que se condene a los demandados a otorgar escritura pública de compraventa de las fincas por el precio que se determine judicialmente y al pago de una indemnización por la demora producida.

La sentencia del JPI número 1 de Sepúlveda de fecha 18 de diciembre de 2015 desestimó la demanda y estimó la reconvenCIÓN de los herederos, declarando la nulidad del contrato de arrendamiento en lo que afecta a las fincas inscritas como gananciales y la nulidad de la estipulación IV relativa a la opción de compra. Recurrida en apelación la SAP de Segovia de 29 de julio de 2016, revocó la sentencia y, en síntesis, estimó parcialmente la demanda declarando la validez del arrendamiento y de la opción de compra. Recurren, en sendos recursos de casación, los herederos del cónyuge contratante (esposa e hijos) que serán rechazados por los motivos que se verán a continuación.

### B) *Arrendamiento de fincas rústicas con opción de compra (Acto de disposición)*

El referido contrato recae sobre 34 fincas rústicas e incluye en su estipulación IV la opción de compra. Lo que ya nos conduce a calificar a este contrato, en su conjunto, como un contrato atípico complejo. Nótese que la opción, al carecer de regulación positiva en nuestro ordenamiento jurídico, —a excepción de su mención relativa a la inscripción registral, (ex art. 14 del Reglamento Hi-

potecario)— su contenido se rige, esencialmente, por el principio de autonomía de la voluntad sin otros límites que los que se derivan de su aplicación. De este modo, el contrato de opción (que no puede confundirse con la promesa bilateral de comprar y vender a que se refiere el art. 1451 CC), y el derecho de él derivado puede configurarse de muy diversas maneras y con muy distinto contenido sin más límite que el derivado de la Ley, la moral o el orden público (RDGRN de 14 de febrero de 2013). Así las cosas, cuando el derecho de opción se incorpora a un contrato de arrendamiento, como es el caso que nos ocupa, «supone un plus en el derecho subjetivo que el arrendador concede al arrendatario, y que consiste en adquirir la propiedad del bien arrendado, por lo que la onerosidad del contrato de arrendamiento también embebe la onerosidad del contrato de opción en él recogido» (STS de 15 de diciembre de 1997).

Con estas notas relativas al contrato concertado (arrendamiento con opción de compra), unido a la duración de este (10 años) ya denotan —a nuestro juicio— que estamos ante un acto de disposición y no de administración, como sostuvo la esposa no otorgante. De disposición calificó también la STS de 14 de noviembre de 2000 el arrendamiento de inmueble ganancial por cuatro años prorrogables a veinte por voluntad del arrendatario, con opción de compra a su favor. Ahora bien, como decimos, la esposa argumentó, que «el arrendamiento era un acto de administración, de gestión ordinaria, para el que es posible la actuación individual de un cónyuge, pero que no lo es la opción de compra, que sería nula, por faltar el consentimiento requerido por el artículo 1261 del Código civil». Si bien, el Tribunal Supremo advierte y recuerda de nuevo que la consecuencia de *la falta de intervención de la esposa en el otorgamiento del contrato no es su nulidad*. Así la Sala de casación, sostiene que:

(...) Es discutible, frente a lo que mantiene ahora la esposa en su recurso, que un arrendamiento por un plazo de diez años sea un acto de administración y también que, aun calificándolo como acto de administración, sea suficiente la actuación de un cónyuge, pues la mayoría de intereses que requiere la administración de los bienes comunes en la sociedad posganancial exigiría el consentimiento de ambas partes».

Con todo, en el presente caso, la cuestión carece de relevancia para la resolución del recurso interpuesto por la esposa, pues a lo que se opone exclusivamente es a dar cumplimiento a la opción de compra, que como se verá, no podrá escindirse del arrendamiento por constituir una relación jurídica unitaria.

### *C) Consecuencias de la falta de poder de disposición del esposo*

En el momento de celebrar el contrato litigioso los esposos estaban separados judicialmente, por lo que la sociedad de gananciales se había extinguido pero no se había liquidado. En consecuencia las fincas integraban la comunidad posganancial, de modo que para realizar actos de disposición era preciso el consentimiento de los dos esposos. Por otra parte y pese a su fallecimiento en 2002, a la fecha del juicio de instancia, no se había llevado a cabo la disposición y partición de la herencia, permaneciendo por tanto en régimen de comunidad, siendo sus partícipes también los herederos.

Partiendo de esta premisa se extraen dos consecuencias respecto de las pretensiones ejercitadas por la viuda e hijos del otorgante (fallecido):

- a) La aceptación (tácita) por la esposa de la validez del arrendamiento comprende la opción de compra

La esposa, alegó en el desarrollo del recurso de casación que se ha infringido la doctrina sobre la buena fe y el abuso del derecho. En suma viene a decir, que el único de mala fe fue el arrendatario, por ser pleno conocedor de que las fincas eran gananciales y que el contrato se celebró sin el consentimiento expreso ni tácito de la esposa; siendo nulo (nulidad radical) de pleno derecho. Incidiendo en la misma idea alega como infringidos los artículos 1261, 1266, 1375, 1377 y 1392.3 del Código civil en relación con los artículos de la comunidad de bienes y la existencia de una comunidad posganancial, ya que la sentencia de apelación, ahora recurrida ha obviado que, para la validez de actos de disposición a título oneroso sobre bienes gananciales realizados por uno de los cónyuges, como sucede en este caso con el arrendamiento con opción de compra, se exige la acreditación de un verdadero consentimiento del otro cónyuge.

Al respecto hay que recordar que la esposa sostuvo inicialmente que no conocía el contrato celebrado y solo tuvo conocimiento de este después del fallecimiento del esposo. No obstante, ciertos hechos vienen a confirmar que no fue así. Consta probado que después del fallecimiento del arrendador, el contrato se siguió desarrollando por los componentes de la comunidad hereditaria, (esposa e hijos del finado). Recibieron en 2003 requerimientos del actor para elevar el contrato a escritura pública y en 2002 solicitaron del arrendatario ingresase las rentas en una cuenta distinta de la que lo hacía, a consecuencia del fallecimiento de su titular. El arrendatario continuó pagando cada año las rentas accordadas sobre la totalidad de las fincas y los demandados las fueron aceptando sin tacha alguna.

A nuestro juicio los hechos referidos son concluyentes y de aquiescencia implícita de aceptación del contrato de arrendamiento. Traspasan, por tanto, el mero conocimiento, que no equivale al consentimiento tácito como se reitera en la jurisprudencia menor<sup>34</sup>, pero desde luego implican la aceptación de este, como viene a confirmar la Sala de casación en el presente caso. Ahora bien, la cuestión que se plantea es si esta aceptación (tácita) a la validez del arrendamiento, al menos durante el tiempo transcurrido desde el fallecimiento del esposo, comprende también a la opción de compra. La decisión de la Audiencia, ahora recurrida en casación, afirma que, en el caso, «el arriendo, concluido, y la venta, aún no consumada, formaban parte de un único objeto contractual».

Sobre el particular, es pacífico admitir que el arrendamiento y la opción de compra aparecen como «dos negocios jurídicos coligados, unidos formalmente en un mismo documento». Y que los distintos elementos que la forman aparecen «entrelazados e inseparablemente» unidos por la voluntad de las partes. En tal caso, dicho derecho de opción supone una especie de plus en el derecho subjetivo que el arrendador concede al arrendatario, y que consiste en la facultad de adquirir la propiedad del bien arrendado

Esta línea jurisprudencial consolidada desde antiguo<sup>35</sup>, viene a confirmarse en la STS de 17 de septiembre de 2019 ahora comentada:

«(...) mientras no se ejerce la opción pactada la relación entre las partes es arrendaticia, en el caso, por voluntad de las partes, el derecho de opción no puede ser considerado autónomamente del arrendamiento al que se vinculó y con el que conforma una relación jurídica unitaria».

Relación jurídica unitaria que a nuestro juicio quedó establecida a la firma del contrato y comporta que el arrendatario pida, legítimamente, el cumplimiento

de las obligaciones asumidas. Obligaciones que quedaron determinadas cuando se incluyó la estipulación IV relativa a la opción, y cuya efectividad quedaba supeditada al arbitrio o voluntad del optante, sin más requisitos; y ello, por ser connatural al derecho de opción de compra, la innecesidad de actividad posterior de las partes para desarrollar las obligaciones contractuales contenidas en el acuerdo que vincula al concedente y le impone el cumplimiento de la obligación contraída. Tesis que reitera la RDGRN de 22 de enero de 2018:

« (...) el contrato de opción cuando está perfectamente configurado el concedente queda vinculado al contenido de este durante el plazo de duración de la opción y el optante puede, en ese mismo plazo, hacer uso de su derecho cumpliendo las obligaciones establecidas, de manera que no es necesario un desarrollo ulterior de la compraventa, bastando con que el optante manifieste su voluntad de ejecutar la opción y entregue el precio pactado para que la misma se perfeccione».

De lo que se deduce, con toda lógica, que la aceptación de la relación contractual por la recurrente (viuda), al menos desde el fallecimiento del marido, le impide ahora oponerse al ejercicio de la opción por el demandante, pues con posterioridad al fallecimiento del esposo otorgante, consintió la relación contractual que, como sostiene la Sala, forma parte de una única relación jurídica que le vincula. Por lo que se desestima el recurso de casación.

b) Eficacia obligacional del contrato entre las partes y sus herederos

Los hijos (herederos) por su parte, alegan, como único motivo del recurso de casación, infracción por inaplicación del artículo 397 del Código civil, en relación con el artículo 1261.1 del Código civil, y de la jurisprudencia recaída al respecto sobre la *nulidad de pleno derecho* del acto de disposición del bien perteneciente a la comunidad posganancial, por ausencia del consentimiento unánime de los copartícipes.

Ciertamente, en estos casos, se ha mantenido que la sanción de los contratos celebrados sobre la cosa común, por uno solo de los comuneros en nombre y derecho propio, sin contar con el consentimiento de los demás, sería la nulidad absoluta (STS de 7 de marzo de 2012)<sup>36</sup>. Siendo sus consecuencias, las inherentes del artículo 1303 del Código civil y en cuya virtud, las partes habrán de restituirse recíprocamente las cosas objeto del contrato, con sus frutos y el precio con sus intereses. Sin embargo, dicho esto, se aprecia una evolución doctrinal y jurisprudencial que rectifica la anterior doctrina, en el sentido de considerar que la referida sanción, no puede tildarse de nula radicalmente, sino que el negocio concertado, debe entenderse como válido en el aspecto obligacional; y por lo tanto, producirá las consecuencias propias de este negocio jurídico. Doctrina que confirma y aplica al caso la STS de 17 de septiembre de 2019 :«(...) la falta de poder de disposición del esposo sobre los bienes de la comunidad posganancial *no determina la invalidez del contrato celebrado*, que «sí produce efectos obligacionales entre las partes y sus herederos».

En consecuencia los hijos, en cuanto herederos del esposo otorgante, no pueden impugnar el contrato. Y si bien para realizar actos de disposición era preciso el consentimiento de los dos esposos, la Sala recuerda el nuevo criterio jurisprudencial: la «*consecuencia de la falta de intervención de la esposa en el otorgamiento del contrato no es su nulidad*». Así reconoce que:

«(...) Ciento que en sentencias más antiguas, entre las que se encuentran algunas que citan los recurrentes, se mantuvo la nulidad de los actos de disposición realizados por uno solo de los partícipes en la comunidad pero, como explicamos en las sentencias 672/2018, de 29 de noviembre, y 21/2018, de 17 de enero, en nuestro sistema jurídico el poder de disposición no es un requisito de la validez del contrato sino de la tradición como modo de adquirir y la validez obligacional del contrato de venta común sin el consentimiento de todos los comuneros fue doctrina sostenida en la sentencia 827/2012, de 15 de enero, con cita de la anterior 620/2011, de 28 de marzo».

Nótese que la sentencia ahora comentada, refuerza esta tesis como doctrina consolidada, con expresa alusión a la STS de 17 de enero de 2018, anteriormente analizada y la STS 827/2012 de Pleno de 15 de enero de 2013. En este caso el asunto litigioso fue determinar la eficacia obligacional de la venta de cosa común sin el concurso de todos los comuneros<sup>37</sup>:

«(...) 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».

Existen pues sólidos argumentos, tanto de la doctrina científica<sup>38</sup> como jurisprudencial, a favor de declarar la validez obligacional del contrato de venta de la cosa común (*ex art. 1445 CC*), por uno de los condóminos en su propio nombre y sin concurso de los demás. Y ello en contra de la postura mayoritaria mantenida respecto a la nulidad radical del contrato celebrado. Doctrina aplicable al arrendamiento con opción de compra ahora concertado. Como sostuvo la sentencia de apelación, ahora confirmada en casación, y nuevamente con un criterio interpretativo de *maior ad minus*, «si se admite la validez de la venta de cosa ajena con más razón hay que admitir la validez de una opción de compra diferida a diez años».

En suma, ambos recursos de casación (esposa e hijos) son desestimados confirmándose la sentencia apelada que declaró la validez del arrendamiento y de la opción de compra, al declarar que dicho contrato vincula a todos los hijos y madre demandados, como herederos del causante otorgante (todos ellos) y como titular de su mitad indivisa de gananciales la esposa. Se les condena a otorgar escritura pública de venta de todos los bienes expresados en el contrato de arrendamiento con opción de compra a favor del actor, libres de cargas hipotecarias, por el precio de 279.820 euros, que el actor deberá abonar al otorgarse la escritura pública.

### III. CONCLUSIONES

I. La problemática que se aborda en las sentencias analizadas es, en esencia, determinar la validez y eficacia de unos contratos de arrendamiento de bienes inmuebles pertenecientes a la comunidad posganancial, que se otorgaron sin el consentimiento de todos los «partícipes». En ambos casos era preceptivo al considerarse «actos de disposición» (*ex art. 397 CC*). Difieren en que, en el primer caso, las arrendadoras son la viuda (usufructuaria) y la nieta, legataria de los derechos que al abuelo le corresponden en la vivienda ganancial. Supuesto que

resulta interesante por no ser muy habitual y sobre todo porque plantea interesantes cuestiones jurídicas conexas relativas a materia sucesoria y de comunidad posganancial. Y en el segundo caso, el arrendador otorga el contrato, una vez separado judicialmente, disuelta, por tanto, la sociedad de gananciales, pero sin que se hubiera procedido a la liquidación. Las fincas rústicas, integraban la comunidad posganancial, de modo que para realizar actos de disposición era preciso el consentimiento de los dos esposos.

II. De la exégesis de ambas sentencias, puede concluirse, que se rechaza la tesis tradicional de la nulidad del acto dispositivo y se reitera el nuevo criterio jurisprudencial al establecer, que el contrato obligacional realizado por alguno o algunos de ellos sin el consentimiento de todos los comuneros, no da lugar a la aplicación del régimen de la nulidad.

III. En el primer caso se confirma el nuevo posicionamiento jurisprudencial *«obiter dicta»* pues el contrato de arrendamiento de vivienda era válido. No porque la viuda y legataria reunieran el pleno dominio, que no lo reunían, sino porque la viuda era usufructuaria universal y vitalicia de todos los bienes del marido premuerto. La comunidad hereditaria que surge por el fallecimiento del causante, el patrimonio de esta se integra tanto por los bienes privativos del causante como por los gananciales. Y si bien la viuda era titular del 50%, la legataria no lo era del 50% restante. Pues aunque los legados de cosa específica (*ex art. 882 CC*), son adquiridos por el legatario desde la muerte del testador, al tratarse del legado de los derechos que al abuelo premuerto corresponden en la vivienda ganancial, se aplica por analogía el artículo 1380 del Código civil y en consecuencia la eficacia de legado y su extensión (mitad indivisa) dependerá de lo que resulte al liquidar la sociedad de gananciales (lo que en el caso no se había producido), no pudiendo considerarse adquirido automáticamente. No obstante se declara la validez del contrato hecho por la viuda y usufructuaria universal y vitalicia de todos los bienes del testador. Por lo que podía usar y aprovechar en exclusiva, tanto de manera directa como indirecta, todos los bienes comunes, pues ostentaba la propiedad plena sobre el 50% y el usufructo sobre el 50% restante correspondiente al cónyuge premuerto». Arrendamiento que, no obstante, se entenderá extinguido tras su fallecimiento; pues el usufructuario no puede transmitir derechos de más duración que el que a él le corresponde (*ex arts. 480 CC y 13 LAU*). Y con la extinción del usufructo desaparece el presupuesto del que dependía la subsistencia del contrato de arrendamiento.

IV. En el segundo supuesto, el nuevo criterio jurisprudencial es de aplicación directa. La falta de poder de disposición del esposo sobre las fincas rústicas pertenecientes a la comunidad posganancial sin el concurso de su esposa, no determina la invalidez del contrato celebrado. En este caso los demandados, viuda e hijos del arrendador fallecido, habían realizado actos incontestables de aceptación del único contrato, el arrendamiento con opción de compra, que comporta una «relación jurídica unitaria». Por lo que no es procedente sostener que les vinculaba el arrendamiento pero no la opción. Por lo que se acepta la validez del contrato y de la opción que produce efectos obligacionales entre las partes y sus herederos. Se admite pues la procedencia de aceptar el carácter puramente consensual y generador de obligaciones típicas del acto de disposición de la cosa común realizada por uno solo de los comuneros, frente al efecto más radical de la nulidad.

V. Es, por ello, que, tras pronunciamientos contradictorios, el Tribunal Supremo confirma la doctrina relativa a que la falta de poder de disposición de los otorgantes de los arrendamientos litigiosos sobre los bienes pertenecientes a

la comunidad posganancial y/o hereditaria sin el concurso de los demás partícipes, no determina la invalidez del contrato celebrado, que sí produce efectos puramente obligacionales entre las partes y sus herederos.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ LATA, N. (2018). Cuestiones sobre la validez y eficacia de un arrendamiento de vivienda que era ganancial y, a su vez objeto de un legado por el cónyuge premuerto. Comentario a la STS de 17 de enero de 2018 (RJ 2018, 36). *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* núm. 107/2018. BIB 2018/10408
- BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1954). *La comunidad de bienes en el Derecho español*. Editorial Revista de Derecho Privado, 21 y sigs.
- COLINA GAREA, R. (2002). Algunas reflexiones básicas en torno a la comunidad hereditaria, *Anuario de la Facultad de Derecho de La Coruña*.
- ESTRUCH ESTRUCH, J. (2016). Validez obligacional y posible eficacia real de la venta de cosa común por uno de los copropietarios. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Núm. 755, mayo, 1229-1281.
- FERRANTE, A. (2004). La comunidad postganancial a la luz de la jurisprudencia, en *Perspectivas del Derecho de familia en el siglo XXI: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia* (Coords. Lasarte Álvarez, C., Donado Vara, A., Moretón Sanz, M.<sup>a</sup> F. y Yáñez Vivero, F.), Instituto de Desarrollo y Análisis del Derecho de Familia en España. Sevilla, 158 y sigs.
- GARCÍA GRANERO, J. (1946). Cotitularidad y comunidad. *Gesammt hand* o comunidad en mano común, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 214, marzo, 145 y sigs.
- GARCÍA VALDECASAS, G. (1953). La comunidad hereditaria. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, VII, 1953.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (1992). La naturaleza de la actual sociedad de gananciales, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 45, 3, 875-928.
- GUILLÉN CATALÁN, R. (2014). La validez obligacional de la venta de cosa común sin el consentimiento de todos los comuneros. Comentario a la STS 7/2013, de 15 de enero (RJ 2013, 2276). *Rev. boliv. de derecho* núm. 18, 432-441.
- KARRERA EGIALDE, M. M. (1999). Régimen jurídico de la sociedad posganancial: óptica jurisprudencial, *Revista del Ilustre Colegio de Abogados de Vizcaya*, 13, 42-94.
- MERINO HERNÁNDEZ (Coord.) (2013). *Memento Experto Francis Lefebvre. Derechos reales. Civil*. Ed. Francis Lefebvre, Madrid.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.<sup>a</sup> (1993). *Comentarios del Código civil*. Ministerio de Justicia, Tomo I, Madrid, 1067.
- PÉREZ GURREA, R. (2012). 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, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Núm. 734, noviembre, 3561-3576.
- POUS DE LA FLOR, M.<sup>a</sup> F. y MORETÓN SANZ, M.<sup>a</sup> F. (2014). Comunidad conugal y partición hereditaria: la previa liquidación del régimen económico-matrimonial. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Núm. 743, 1418-1443.
- RAMS ALBESA, J. J. (1992). *La sociedad de gananciales*, Ed. Tecnos, Madrid.
- ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*. Barcelona, 1948.

VIVAS TESÓN, I. (2018). *El reparto de bienes y deudas entre cónyuges en situaciones de crisis matrimonial*, Ed. Bosch (3.<sup>a</sup> ed.), Madrid.

## V. ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA

Además de la citada a nota a pie de página:

- STS de 23 de enero de 1943
- STS de 15 de diciembre de 1997
- STS de 11 de mayo de 2000
- STS de 10 de julio de 2005
- STS de 10 de junio de 2010
- STS de 7 de marzo de 2012
- STS de 15 de enero de 2013
- STS de 9 de diciembre de 2015
- STS de 17 de enero de 2018
- STS de 17 de septiembre de 2019
- SAP de A Coruña (Sección 6.<sup>a</sup>) 18 de diciembre de 2014
- SAP de Segovia de 29 de julio de 2016
- RDGRN de 22 de abril de 2006
- RDGRN de 14 de febrero de 2013
- RDGRN de 22 de enero de 2018
- RDGRN de 6 de noviembre de 2019

## NOTAS

<sup>1</sup> *Vid.* STS de 17 de enero de 2018. (STS 55/2018 - ECLI: ES:TS:2018:55). Ponente: D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles PARRA LUCÁN.

<sup>2</sup> STS de 17 de septiembre de 2019. STS 2857/2019 - ECLI: ES:TS:2019:2857. Ponente M.<sup>a</sup> Ángeles PARRA LUCÁN.

<sup>3</sup> GUILARTE GUTIÉRREZ, V., La naturaleza de la actual sociedad de gananciales, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 45, 3, 1992, 875-928. El autor se decanta por considerar la tesis de la proindivisión ordinaria para explicar la naturaleza de la sociedad conyugal (...) considerando que las lagunas que la regulación del Código civil presenta en materia de sociedad de gananciales puedan ser integradas con la normativa de los artículos 392 y siguientes del Código civil, 924.

<sup>4</sup> *Vid.* RAMS ALBESA, J. J., *La sociedad de gananciales*, Ed. Tecnos, Madrid, 1992, 35.

<sup>5</sup> En este sentido dice la STS de 26 de septiembre de 1988 (RJ 1988, 6859) que «No existen cuotas sobre los bienes y derechos que forman el patrimonio ganancial; el régimen de gestión y disposición de los bienes está presidido por la idea de actuación conjunta de los cónyuges y la titularidad conjunta de los cónyuges sobre el patrimonio ganancial obedece a la comunidad de vida, a los lazos estrechísimos que les unen». Y la STS de 8 de febrero de 2007, afirma al respecto que (...) «la sociedad de gananciales no constituye propia comunidad regulada en el artículo 392 del Código civil, al faltar por completo el concepto de parte o cuota característica de la comunidad de tipo romano y que el Código civil refiere en el artículo 393 (Sentencia del Tribunal Supremo dictada en fecha de 26 de septiembre de 1986), presentándose más bien la sociedad ganancial de tipo germánico, en la que corresponde a los esposos una participación sobre la globalidad de los bienes, por lo que no cabe decir que cada uno es titular por mitad concreta de todos y cada uno de los bienes del haber conyugal, cuando se trata más bien de participación que se determinará y precisará con las necesarias operaciones de disolución y liquidación».

<sup>6</sup> RDGRN de 6 de noviembre de 2019. BOE núm. 285, de 27 de noviembre de 2019, 130265 a 130277.

<sup>7</sup> FERRANTE, A. La comunidad posganancial a la luz de la jurisprudencia, en *Perspectivas del Derecho de familia en el siglo XXI: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia* (Coords. Lasarte Álvarez, C., Donado Vara, A., Moretón Sanz, M.<sup>a</sup> F. y Yáñez Vivero, F.), Instituto de Desarrollo y Análisis del Derecho de Familia en España. Sevilla, 2004, 158 y sigs.

<sup>8</sup> *Vid. STS* (Sala de lo Civil) de 10 de julio 2005. Ponente SEIJAS QUINTANA. Recurso: 2389/2000. En la misma línea se pronuncia la Resolución de la Dirección General del Registro y Notariado de 20 de abril de 2005, «(...) disuelta pero no liquidada la sociedad de ganancias no corresponde a los cónyuges individualmente una cuota indivisa en todos y cada uno de los bienes que la integran y de la que puedan disponer separadamente, sino que, al contrario, la participación de aquellos se predica globalmente respecto de la masa ganancial en cuanto patrimonio separado colectivo, en tanto que conjunto de bienes con su propio ámbito de responsabilidad y con un régimen específico de gestión, disposición y liquidación que presupone la actuación conjunta de ambos cónyuges o de sus respectivos herederos, y solamente cuando concluyan las operaciones liquidatorias esta cuota sobre el todo cederá su lugar a titularidades singulares y concretas que a cada uno de ellos se le adjudiquen en las operaciones liquidatorias».

<sup>9</sup> *Vid. MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.<sup>a</sup>. Comentarios al Código civil.* Ministerio de Justicia, Tomo I, Madrid, 1993, 1067.

<sup>10</sup> El autor señala que la comunidad representa un «estado antieconómico» de los bienes. BELTRÁN HEREDIA Y CASTAÑO, J. *La comunidad de bienes en el Derecho Español.* Editorial Revista de Derecho Privado, 1954., 330.

<sup>11</sup> VIVAS TESÓN, I. El reparto de bienes y deudas entre cónyuges en situaciones de crisis matrimonial. Ed. Bosch (3.<sup>a</sup> ed.), Madrid, 2018, 38.

<sup>12</sup> KARRERA EGIALDE, M. M. (1999): Régimen jurídico de la sociedad posganancial: óptica jurisprudencial, Revista del Ilustre Colegio de Abogados de Vizcaya, 13, (1999) 42-94.

<sup>13</sup> Véase entre otras, las SSTS de 21 de marzo de 1944, 25 de noviembre 1961; 7 de mayo 1985 y 18 de febrero de 1987).

<sup>14</sup> En este sentido, véanse las SSTS de 25 de noviembre de 1961, 21 de marzo de 1968, 25 de junio de 2008.

<sup>15</sup> En este sentido GARCÍA VALDECASAS, G., La comunidad hereditaria. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, VII, 1953, 242. Tesis que reitera la SAP de Zaragoza de 12 de marzo de 2019. El FJ 4.<sup>º</sup> señala al respecto que «(...) en nuestro Derecho, la naturaleza jurídica de la comunidad hereditaria es, según prácticamente toda la doctrina y unánime jurisprudencia, una comunidad universal del tipo de comunidad germánica o en mano común: una sola comunidad, no tantas como bienes existan, que es universal, es decir, recae sobre el conjunto, la universalidad, de los bienes y derechos hereditarios.

<sup>16</sup> Postura mantenida por ROCA, aunque el autor matiza que es de tipo romano «(...) en cierto modo, —o sea siempre sin ver en la herencia una suma de comunidades sobre cada cosa singular que la integran, ya que, cada una de ellas no puede considerarse aisladamente sino como parte de un todo, puede decirse que la comunidad hereditaria es de tipo romano, pero cada cosa singular está atribuida a los herederos en comunidad germánica o en mano común, y hallándose ausente en ellas, en consecuencia, toda idea de cuota y, por tanto, de negociabilidad de la misma». ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*. Barcelona, 1948, II, 539.

<sup>17</sup> GARCÍA GRANERO, J. Cotitularidad y comunidad. *Gesammtre hand* o comunidad en mano común, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 214, marzo de 1946, 145 y sigs.

<sup>18</sup> COLINA GAREA, Rafael, «Algunas reflexiones básicas en torno a la comunidad hereditaria», *Anuario de la Facultad de Derecho de La Coruña*, 2002, 240 y 241.

<sup>19</sup> BELTRÁN DE HEREDIA, considera que la comunidad hereditaria es una verdadera comunidad de bienes por cuotas sometida al régimen de los artículos 392 y sigs. por la remisión que hace el artículo 406 del Código civil a «las reglas concernientes a la división de la herencia», aunque con la especialidad que el origen y la razón de ser del complejo de bienes hereditarios tiene en nuestro derecho, lo cual hace que tenga sus reglas especiales en materia de división, y que sea la delación hereditaria la que justifique la unidad de las cosas, porque, al fin y al cabo, se trata de buscar un titular para una serie de bienes que

se han quedado sin sujeto tras la muerte del causante. *Vid.*, La comunidad de bienes..., *Ob. cit.*, 101.

<sup>20</sup> La comunidad hereditaria, decía la STS de 24 de julio de 1998 (*RJ* 1998, 6446) «en cuanto recayente sobre la totalidad del patrimonio del causante, no en cuanto referida a bienes concretos aisladamente considerados, participa de la naturaleza de la comunidad de tipo romano, por lo que le es aplicable el artículo 397 del Código civil, con arreglo al cual los actos dispositivos de dichos bienes, integrantes de la referida comunidad hereditaria, requieren el consentimiento unánime de todos los coherederos.

<sup>21</sup> *Vid.* Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, (Sección 6.<sup>º</sup>) de 16 de junio de 2016. Núm. 220/2016, Rec 92/2016.

<sup>22</sup> En el mismo sentido la STS de 16 de septiembre de 2010 y la SAP de Lugo (Sección 1.<sup>a</sup>) de 11 de octubre de 2017.

<sup>23</sup> *Vid.* al respecto el *Memento Experto Francis Lefebvre. Derechos reales. Civil* (Merino Hernández, Coord.). Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2013, 64 y 65. *Vid.* SAP de Córdoba, (Sección 1.<sup>a</sup>), de 16 de marzo de 2017. Núm. 175/2017, Rec 1169/2016. Ponente: Miguel A. Navarro Robles.

<sup>24</sup> *Vid.* Sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife, (Sección 1.<sup>a</sup>). Núm. 76/2014, Rec. 956/2012 de 10 de marzo de 2014.

<sup>25</sup> *Vid.* Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia (Sección 1.<sup>a</sup>) de 29 de diciembre de 2011. Núm. 310/2011, Rec 331/2011.

<sup>26</sup> Entre otras, SSTS de 6 de febrero de 2007 y de 25 de junio de 2008.

<sup>27</sup> *Vid.* MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.<sup>a</sup>. *Comentarios al Código civil*. Ministerio de Justicia, Tomo I, Madrid, 1993, 1099.

<sup>28</sup> POUS DE LA FLOR, M.<sup>a</sup> F. y MORETÓN SANZ, M.<sup>a</sup> F. Comunidad conyugal y partición hereditaria: la previa liquidación del régimen económico-matrimonial. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año 90, Núm. 743, 2014, 1418-1443.

<sup>29</sup> STS de 22 de febrero de 2013 (*RJ* 2013, 2150).

<sup>30</sup> Así, la STS de 28 de marzo de 1990 señala: «El arrendamiento es un acto de administración, si bien ello quiebra cuando o bien por la naturaleza de la cosa o bien por el largo tiempo que para su duración se estipula en el contrato puede constituir un derecho real a favor del arrendatario, inscribible en el Registro de la Propiedad», por lo que al rebasar los límites de la pura administración, la demandada en este caso no se hallaba facultada como condueña, aun representando la mayoría de intereses, para dar en arriendo un piso común al exceder el plazo del arrendamiento de seis años.

<sup>31</sup> *Vid.* RDGRN de 10 de diciembre de 2012.

<sup>32</sup> *Vid.* STS de 11 de mayo de 2000 (LA LEY 97786/2000). El caso resuelto por esta sentencia refiere la situación que se da respecto al momento de ordenar el legado que es de una comunidad posganancial. «(...) en el momento en que dicha señora otorga su testamento, ya había fallecido su esposo, por lo que se había extinguido la sociedad conyugal a la que aludía pasando los bienes que anteriormente se hallaron integrados en la misma a formar parte de la comunidad posganancial, pendiente de división que la había sustituido. A falta de norma expresa que regule esta nueva situación, esta Sala ha entendido que debía aplicarse a la misma por analogía el artículo 1380 del Código civil (Sentencias de 11 de mayo de 2000 y 26 de abril de 1997)». (28 de mayo de 2004, rec. 1990/1998).

<sup>33</sup> ÁLVAREZ LATA, N. Cuestiones sobre la validez y eficacia de un arrendamiento de vivienda que era ganancial y, a su vez objeto de un legado por el cónyuge premuerto. Comentario a la STS de 17 enero 2018 (*RJ* 2018, 36). *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* núm. 107/2018. BIB 2018/10408.

<sup>34</sup> *Vid.* entre otras la SAP Badajoz, Mérida, (Sec. 3.<sup>a</sup>), de 20 de diciembre de 2017). En este caso, la finca objeto del arrendamiento rústico era propiedad de la sociedad de gananciales, sin que se haya acreditado que el marido copropietario haya prestado su consentimiento a dicho contrato, con una duración de 10 años y sin renta los 5 primeros. La sentencia dice que «Un arrendamiento de una finca rústica propiedad de la sociedad de gananciales por un periodo de más de seis, no es un mero acto de administración y necesita la autorización del marido, sin que el conocimiento equivalga al consentimiento tácito».

<sup>35</sup> *Vid.* SSTS de 25 de marzo de 1992, de 29 de mayo de 1992 y de 13 de julio de 1993, entre otras.

<sup>36</sup> *Vid.* STS (Sala 1.<sup>a</sup>) de 7 de marzo de 2012, 92/2012, de 7 de marzo de 2012, Rec. 2084/2008 y las que aquí se citan.

<sup>37</sup> Véase un comentario de la sentencia en GUILLÉN CATALÁN, R., La validez obligacional de la venta de cosa común sin el consentimiento de todos los comuneros. comentario a la STS 7/2013, de 15 de enero (*RJ* 2013, 2276), *Rev. boliv. de derecho*, 18, julio de 2014, 440. La autora pone de relieve que se afianza la teoría de la validez de la venta de cosa común en nuestro ordenamiento jurídico, pero dejando al margen la teoría de la venta de cosa ajena y centrando su argumento de validez en la interpretación del artículo 1445 CC, que configura el contrato de compraventa como un negocio obligacional en el que las partes se obligan a pagar el precio y entregar la cosa objeto del contrato.

<sup>38</sup> *Vid.* ESTRUCH ESTRUCH, J., Validez obligacional y posible eficacia real de la venta de cosa común por uno de los copropietarios, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 755, mayo de 2016, 1242 y 1246 (...). 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, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 734, noviembre de 2012, 3561-3576.