

tículo 95 señala a los agentes mediadores colegiados no son obligaciones contractuales, sino obligaciones legales que se imponen a los agentes más como funcionarios públicos que como contratantes.

José BONET CORREA

Gananciales en liquidación.—Naturaleza.—Retracto

SENTENCIA 11 JUNIO 1951

Existe en los gananciales en liquidación una copropiedad de derechos entre los herederos del difunto y el cónyuge supérstite.

Los herederos del premuerto no pueden ejercitar el retracto de coherederos, sino el de consocios, en caso de enajenación de la participación del su p erstite en los gananciales. Este derecho no puede ejercitarlo para sí cada heredero por separado.

ANTECEDENTES.—La viuda de un causante dió en pago de deudas al marido de una de las hijas y herederas del mismo causante varias fincas de su propiedad y su participación en los gananciales de su matrimonio con el repetido causante, cualquiera que fuese su cuantia. Otro de los hijos y herederos interpuso demanda ejercitando respecto de dicha participación el retracto de coherederos y, en su defecto, el de comuneros. En primera instancia se declaró procedente el retracto de *coherederos* respecto a los derechos que en la sociedad ganancial correspondian a la transmitente. Apelada la sentencia, en segunda instancia se declaró procedente el retracto de *comuneros* respecto de los derechos que a la viuda correspondian en los concretos bienes gananciales que se enumeraban en la demanda. Demandante y demandado interpusieron recurso de casacion.

MOTIVOS DE LOS RECURSOS.—A) Del demandante: 1.  Inaplicación e interpretación errónea del artículo 1.067 C. c., en relación con los 659, 666 y 661 del mismo, y de doctrina legal: debió estimarse procedente el retracto de coherederos.

2.  Fundado en el número 3. , artículo 1.602, C. c., por no hacerse declaración respecto del referido retracto.

B) Del demandado: 1.  Aplicación indebida del artículo 1.522 C. c.: el retracto de comuneros sólo procede en el caso de condominio sobre cosas concretas.

2.  Violación e inaplicación de los artículos 392, 1.302, 1.414, 659, 661, 1.082 y 1.084 C. c., y de doctrina legal: falta la unidad objetiva necesaria para

el condominio, por venir la participación de los herederos, en la comunidad ganancial integrada en la total comunidad hereditaria.

3.º Violación e inaplicación de los artículos 1.392, 1.414, 657, 658, 659, 661, 1.084, 1.417 y 1.418 C. c., y de doctrina legal; e indebida aplicación del artículo 1.522, párrafo segundo, C. c.: ninguno de los coherederos puede ejercitar el retracto por sí solo y para sí.

4.º Violación e inaplicación de los artículos 1.417, 1.418, 1.392, 1.414, 657, 659, 661, 1.082 y 1.084 C. c.: el considerar la comunidad de gananciales como cosa universal en comunidad supone, o bien admitir una sucesión independiente en los gananciales, o bien dar a éstos una inadmisibile autonomía en la sucesión.

5.º Violación e inaplicación de los artículos 1.426 y 1.418, núm. 1.º, y de doctrina legal: la mitad de gananciales del cónyuge premuerto subsiste como unidad y no distribuida en cuotas durante la fase liquidadora de la sociedad de gananciales.

6.º Se dirigía a negar la condición de extraño del adquirente; pero dicho motivo fué abandonado por el Letrado del recurrente en el acto de la vista.

CONSIDERANDO: Que la materia del recurso de casación interpuesto por el retrayente es si el mismo tiene la condición de coheredero dentro de la sociedad de gananciales del matrimonio de sus padres para poder ejercitar con ese carácter el retracto sobre los derechos de tal sociedad que enajena el cónyuge supérstite, y la del otro recurso de igual clase entablado por el demandado después de renunciado su motivo sexto, es si no existe copropiedad sobre los derechos de esa sociedad de gananciales por parte del cónyuge supérstite con los herederos del premuerto, y, por lo tanto, carecen éstos de la facultad de ejercitar para sí el derecho de retracto sobre los bienes de aquélla, y siendo esas dos las únicas tesis planteadas ante este Tribunal, no se puede tratar al resolver los recursos de las otras varias e importantes cuestiones jurídicas a que da lugar la cesión de derechos origen del litigio, la petición del demandante y las sentencias de instancia.

CONSIDERANDO: Que al fallecimiento de los cónyuges se disuelve y queda en estado de liquidación, según los artículos 1.447 y siguientes del Código civil, la sociedad de gananciales que se haya constituido con su matrimonio, y se abre independientemente de ello, aunque sea por la misma causa, la sucesión hereditaria en los bienes patrimoniales del fallecido, por lo que se extingue totalmente la primera de esas instituciones y no le queda vida alguna, pues ésta la constituye su propia actividad para el cumplimiento de sus fines, que terminan con la cesación del matrimonio, y no puede estimarse que esos fines y vida continúan sólo porque quede una masa inerte en la que sólo tienen intervención, y exclusivamente para su liquidación, los consocios, y en caso de ser originada la disolución por la muerte de uno de ellos, sus herederos, pero no a título de coheredero con el supérstite, pues éste no ostenta derecho hereditario, sino de condómino o consocio, y no es a causa de la herencia, sino de extinción de comunidad o copropiedad, por lo que se llega al estado de liquidación, y debido a esto es por lo que quienes tengan algún derecho en la misma liquidación no pueden ejercitarlo a título de coherederos, sino en calidad de

consocios, aunque hayan venido a ocupar un puesto en esa comunidad por un título hereditario distinto del de consocio que ostentaba la persona a quien sustituyen, y así falta la condición primera que exige el artículo 1.067 del Código civil para que se dé el retracto que el mismo establece de que sea heredero el enajenante, pues la viuda, en esos casos, y concretamente en el actual, no es heredera de los bienes de la sociedad de gananciales, sino consocia o condueña, como antes se ha dicho, y no altera este carácter el que los bienes en que han de concretarse sus derechos más adelante cuando se haga la liquidación, estén accidentalmente, en algunos casos especiales, confundidos con otros de la herencia del cónyuge fallecido; ni tampoco de la aplicación de normas similares a la liquidación de la herencia y a la de la sociedad de gananciales puede deducirse que sean las mismas instituciones ni se confundan sus liquidaciones; por todo lo cual es improcedente el motivo primero del recurso interpuesto por el retrayente.

CONSIDERANDO: Que también lo es el segundo, porque al declarar la Audiencia en su sentencia que ha lugar al retracto de comuneros y que revoca la del Juzgado en lo que no concuerda con la suya, es indiscutible que resuelve denegándolo sobre el retracto de coherederos que le concedía la apelada, y no ha cometido la omisión que menciona el número tercero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, base de este motivo.

CONSIDERANDO: Que en el segundo Considerando de esta sentencia queda sentado que existe en la sociedad de gananciales una copropiedad de derechos entre los que constituían el matrimonio, y a falta de uno de estos, entre sus herederos y el cónyuge superviviente, desde la disolución del matrimonio hasta la liquidación de esa sociedad con la adjudicación de sus bienes, como viene a reconocer la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1898, pues se dan los requisitos que exige la de 7 de febrero de 1944 en los bienes y derechos que corresponden a esa sociedad, y es evidente que en ella ocupan los herederos del premuerto el puesto de consocio de éste, con el único carácter de condómino como su causante, que no cambia el que sea el de herencia el título por el que los han adquirido, por lo que no son de estimar los motivos primero, segundo, cuarto y quinto del recurso interpuesto por el demandado.

CONSIDERANDO: Que esos condóminos pueden ejercer cada uno por separado para sí singularmente el derecho de retracto sobre los derechos que se enajenen de esa comunidad *sin la necesidad que propugna el motivo tercero del mismo recurso, de que intervengan todos los interesados*, pues ejercita facultades propias, únicamente para sí y con arreglo a un derecho que reconoce el párrafo segundo del artículo 1.522 del Código civil, al disponer que pueden usar del retracto al mismo tiempo varios copropietarios, y que en ese caso les corresponde en proporción a su participación en el condominio, *lo que excluye la necesidad de una acción conjunta de los comuneros y de que sólo puedan hacerlo en beneficio de la comunidad*.

FALLO.—No ha lugar a ninguno de los dos recursos.

COMENTARIO

Vamos a limitar la presente nota al problema básico de la sentencia comentada: el de si en el caso contemplado por la misma procede o no el retracto, y si, en el caso de ser procedente, lo es el de coherederos o el de comuneros. A nuestro juicio, el primer problema debe resolverse sin vacilación en el sentido de la procedencia del retracto, por las siguientes razones:

1.^a Por aplicación analógica, tanto del retracto de comuneros como del de coherederos, sin que a nuestro juicio quepa la aplicación directa de ninguno de los dos: en efecto, no hay entre el cónyuge viudo por su participación en la sociedad de gananciales, y los herederos del premuerto situación de comunidad hereditaria. Esta idea, destacada en el segundo Considerando de la sentencia comentada, es tan evidente que no es preciso insistir sobre ella. Tampoco creemos que la comunidad de gananciales en liquidación responda exactamente al tipo de comunidad de bienes en el sentido de los artículos 392 y siguientes del Código civil, aproximándose más bien a la comunidad hereditaria, cuya construcción más correcta es, a nuestro entender, la que la considera como una situación de pendencia (1). Ahora bien, tanto en un caso como en otro es evidente que la ley aplica el retracto a las situaciones de comunidad o cotitularidad que carecen de un fin estable acogido por la propia ley (por eso se excluye la sociedad de gananciales no disuelta), como medio para facilitar la terminación de tales situaciones. Esta finalidad legal, más decisiva que la semejanza o diferencia de las construcciones aplicables, se da igualmente en la sociedad de gananciales en liquidación.

No cabe decir que siendo el retracto una limitación del dominio no debe aplicarse a más supuestos que a los expresamente previstos en la ley (2), puesto que en contra cabe alegar que el retracto está basado en consideraciones de bien común que deben prevalecer sobre el interés individualista del titular del dominio. Además, las reglas interpretativas meramente técnicas, deben ser miradas con cierta prevención, y hacer prevalecer sobre ellas la ponderación de los principios de fondo en juego en cada caso. Y en cuanto a otra razón que puede estimarse también como fin legal del retracto de coherederos, la de que no hayan de intervenir en la partición personas extrañas al círculo de los herederos, se da también en nuestro caso, ya que normalmente entre el cónyuge superviviente y los herederos del premuerto habrá vínculos de sangre que darán a la liquidación de la sociedad de gananciales un carácter que se perderá si han de intervenir extraños.

2.^a Cabe pensar también en la posibilidad de aplicación del artículo 1.067 en virtud de la doble remisión de los artículos 1.395 y 1.708, Código civil. Según el primero, se aplicarán a la sociedad de gananciales subsidiariamente las normas del contrato de sociedad; y según el 1.708 se aplicarán a la liquidación del patrimonio social las normas de la partición, entre las que se encuentra el artículo 1.067.

(1) V. DE CASTRO: *Derecho Civil de España*, I, 2.^a edición, págs. 584-585.

(2) V. en este sentido S. T. S. 20 marzo 1929.

En cuanto al segundo problema, hay que hacer notar como gran parte de las razones de analogía expuestas en el análisis de la primera cuestión proceden del retracto de coherederos, y como advertimos más semejanza en la comunidad de gananciales en liquidación con la comunidad hereditaria que con el condominio ordinario de los artículos 392 y siguientes. No obstante, hay que tener en cuenta que entre los retractos de comuneros y de coherederos no hay diferencia sustancial, en cuanto a su régimen, hasta el punto de que el Tribunal Supremo ha considerado al de coherederos como un caso particular del de comuneros (3). Por tanto, parece ocioso discutir en un recurso de casación cuál de los recursos es el procedente, siendo una cuestión que carece de trascendencia. En efecto, si bien se advierten algunas diferencias entre las sentencias de primera y segunda instancia, no creemos que quepa reconducir tales diferencias a una separación de régimen entre ambos retractos: efectivamente, si bien la de segunda instancia declara procedente el retracto en cuanto a la participación que a la vendedora correspondiera en las fincas enumeradas como gananciales en la demanda, mientras que la de la primera lo declara sólo en cuanto a la participación de la misma en la sociedad ganancial, creemos que esto último sería lo procedente en todo caso, puesto que en la comunidad de gananciales, aun en liquidación, ninguno de los partícipes tiene un derecho sobre fincas concretas ni cuotas de las mismas. Y si se concibiera la comunidad de gananciales en liquidación como condominio ordinario, su objeto habría de considerarse el total patrimonio ganancial como *universitas iuris*, y no cosas ni cuotas de cosas concretas, y, por tanto, no pudiendo la viuda enajenar tales cosas o cuotas, no puede declararse el retracto respecto de ellas. Otra diferencia entre la sentencia de ambas instancias reside en que en la de la segunda se hace aplicación del art. 1.618, 5.º, L. E. C., estableciendo la obligación del retrayente de no enajenar en el plazo de cuatro años la participación retraída, lo cual omitía la de primera instancia. No obstante, creemos que si se aplica a la comunidad de gananciales el retracto de comuneros o el de coherederos, sustancialmente idénticos, debe aplicarse asimismo en ambos casos el precepto del citado artículo de la L. E. C.

Procediendo el retracto, consideramos, pues, indiferente que se aplique el de comuneros o el de coherederos, puesto que en cualquiera de los dos casos la aplicación sería analógica. No obstante, por lo ya dicho, creemos más próximo el de coherederos, contra el criterio sostenido por la sentencia comentada. Esta, además, parece considerar que se trata de una aplicación directa y no analógica, lo cual implica la estimación de la comunidad de gananciales en liquidación como un supuesto de condominio ordinario. Claro está que esta tesis no afecta para nada al problema de la naturaleza de la comunidad de gananciales no disuelta, pues es indiscutible que tal comunidad experimenta por el hecho de surgir una causa de disolución, una profunda transformación que afecta a su naturaleza. No obstante, ya mostramos nuestra disconformidad con la referida tesis.

Para tratar de esclarecer el problema sería preciso entrar a fondo en el de la naturaleza de la comunidad de gananciales en liquidación, lo que excedería.

(3) A.º. Sent. 7 febrero 1944.

sin duda, del ámbito de la presente nota, y sobre el que esperamos publicar un trabajo en fecha próxima.

En cuanto a la posición anterior de la Jurisprudencia, sólo cabe aludir a la adoptada en el problema de la naturaleza de la comunidad de gananciales en liquidación o en casos de retracto de comuneros entre coherederos, dado que no hemos encontrado jurisprudencia alguna sobre retracto entre copartícipes de la sociedad de gananciales en liquidación. No obstante, creemos que lo que se diga respecto de la comunidad hereditaria es en este aspecto aplicable a nuestro caso, ya que por tratarse de grupos patrimoniales en liquidación, y por plantearse en ellos análogos problemas en las cuestiones aquí tratadas, la doctrina sentada para el primer caso debe servir para el nuestro. La sentencia de 10 de mayo de 1880 declara improcedente un retracto entre coherederos por no ser posible el retracto de comuneros respecto de «universalidades de derechos, que comprenden como tales muchos bienes que han de ser adjudicados en el correspondiente juicio o fuera de él» (hay que tener en cuenta que antes del Código civil no había un retracto de coherederos independiente del de comuneros). No obstante, una reciente sentencia de 7 de febrero de 1944, en un caso en que el retrayente, después de enajenar su participación hereditaria la había recuperado por anularse la enajenación, declara que aun cuando por tal enajenación dicho retrayente no ostentase derecho hereditario, podría retraer, por ser aplicable el retracto de comuneros. Esta sentencia vino, pues, a rectificar la posición de la de 1880, y en su misma línea, aunque con referencia a la comunidad de gananciales disuelta, se sitúa la sentencia ahora comentada (4).

En cuanto a la naturaleza de dicha comunidad, la resolución de la Dirección General de los Registros de 17 de noviembre de 1917 dice que «dicha sociedad (la de gananciales), al disolverse por muerte de uno de los cónyuges, concluye, no en el sentido de terminarse la especial afección de los bienes gananciales a las responsabilidades correspondientes, sino en el de transformarse la comunidad familiar, sin cuotas determinadas ni valores económicos independientes, en participaciones proindiviso de la total masa, que forma una cosa universal susceptible de entrar como objeto en la relación jurídica», afirmando a continuación que existe una situación intermedia de proindivisión de los bienes. Se adhiere, por tanto, a la tesis de la sentencia anotada, en el sentido de aceptar la tesis que considera a la sociedad de gananciales disuelta como comunidad ordinaria. Baste por ahora hacer notar, en relación a esta resolución, la diferencia, que creemos evidente, entre la «cosa universal» que puede ser objeto de derecho, y el patrimonio separado, respecto del que sólo cabe ostentar una titularidad, lo que, técnicamente, es muy distinto de un derecho subjetivo.

Finalmente, hay que aludir al problema planteado en el recurso del demandado, de si un coheredero puede retraer, por sí solo y para sí, la participación del cónyuge viudo en la comunidad de gananciales. El Tribunal Supremo resuelve el problema afirmativamente, basándose en la independencia de los comuneros para ejercitar el retracto, que deduce del artículo 1.522 del Código

(4) No creemos que quepa alegar en este punto la sentencia d. 6 de mayo de 1931, que deniega el retracto al adquirente del derecho hereditario de un coheredero, porque no se trataba de enajenación de una participación hereditaria, sino de una cosa concreta.

civil, párrafo segundo. Desde nuestro punto de vista, la solución es idéntica a la del Tribunal Supremo, pero es preciso hacer constar, para sostenerla, que por la semejanza de naturaleza entre la comunidad de gananciales en liquidación y la comunidad hereditaria, no se trata, en nuestro caso, de la formación, sobre la mitad de la primera, de una comunidad independiente, sino que ambas se funden en una comunidad, en cierto modo única, en que las cuotas de los herederos vienen determinadas por la cuantía de sus participaciones hereditarias

Manuel GONZALEZ ENRIQUEZ
Notario

Propiedad horizontal.—Naturaleza jurídica.—Constitución por división de cosa común

SENTENCIA 9 JULIO 1951

ANTECEDENTES.—Cuatro hermanos son coherederos de una finca urbana, que, aparte de unas lonjas en los pisos bajos, tiene cuatro pisos. Tres de los copropietarios solicitan en la demanda que se declare su derecho a pedir y practicar la división de la casa en secciones horizontales o pisos y a repartirse las lonjas, que son susceptibles de aprovechamiento independiente. Se opone el otro hermano aduciendo que la división debe verificarse con arreglo a lo dispuesto en el Código civil, es decir, fraccionando la cosa, adjudicándola a uno de ellos con indemnización a los demás o vendiéndola en pública subasta y repartiendo el precio. Se practica la prueba y la sentencia reproduce solamente la pericial, que, en general, se reduce a dictaminar sobre la posibilidad material y la conveniencia económica de la división. El Juzgado estima la demanda y la Audiencia confirma en todas sus partes la sentencia recurrida.

MOTIVOS.—1.º Fundado en el núm. 1.º del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil por aplicación indebida de los artículos 400 y 306 del C. c. y violación del artículo 404 del mismo cuerpo legal y del artículo 1.062, en relación con el 406 del citado Código, y la doctrina sustentada constantemente por el T. S. y, especialmente, en las sentencias de 17 de abril de 1806, 14 de febrero de 1912, 17 de diciembre de 1914, 14 de junio de 1895, 15 de febrero de 1909, 3 de julio y 2 de octubre de 1915 y 6 de abril de 1946, al resolver que se divida solamente una parte de la finca y la otra continúe en comunidad.

2.º Fundado en el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal, por error de hecho que resulta de documentos o actos auténticos que demuestran la equivocación evidente del juzgador.

CONSIDERANDO: Que la tesis que sostiene el motivo primero del recurso es que la división de una casa por pisos no es un medio de salir de la comunidad de su propiedad cuando alguno de los copropietarios ejercita el derecho a pedir la división que le reconoce el artículo 400 del Código civil, y como consecuencia de esto y no admitir la casa en cuestión otra manera de dividirse debe venderse como dispone el artículo 404 del mismo Código.