

19.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 22 DE ABRIL DE 2010

Venta de vivienda pertenciente a la comunidad postganancial, efectuada por el viudo sin autorización judicial supletoria del consentimiento de los hijos menores partícipes

Comentario a cargo de:
LUIS FELIPE RAGEL SÁNCHEZ
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Cádiz

SENTENCIA DE 22 DE ABRIL DE 2010

Ponente: Excm.a. Sra. Doña Encarnación Roca Trías

Asunto: Un viudo vendió en documento privado una vivienda perteneciente a la comunidad postganancial a dos cónyuges, actuando en nombre propio y en representación de sus hijos menores, sin haber obtenido la preceptiva autorización judicial de la venta de bienes de menores. Se planteaba la cuestión de si la mencionada venta era nula o inexistente por falta de autorización judicial supletoria del consentimiento de los menores, que eran partícipes de la comunidad postganancial al ser herederos de su madre fallecida, o si era anulable, en cuyo caso habría prescrito la acción de anulación.

El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación interpuesto por los demandantes, que eran los hijos del vendedor, declarando que era nula la venta efectuada por el padre viudo, por haberse realizado sin la preceptiva autorización judicial.

Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2010

Venta de vivienda pertenciente a la comunidad postganancial, efectuada por el viudo sin autorización judicial supletoria del consentimiento de los hijos menores partícipes

LUIS FELIPE RAGEL SÁNCHEZ
*Catedrático de Derecho civil
Universidad de Cádiz*

Resumen de los hechos

Al fallecer la esposa en 1985, se disolvió el régimen de gananciales y nació la comunidad postganancial formada por el viudo y los dos hijos del matrimonio, que eran menores de edad. Como parte integrante del activo figuraba una vivienda, de la que no se indica en lugar alguno que tuviera el carácter de familiar.

En 1986, el viudo vendió en documento privado la vivienda mencionada a dos cónyuges, actuando en nombre propio y en representación de sus hijos menores, pero sin haber obtenido la preceptiva autorización judicial de la venta de bienes de menores. Al parecer, la vivienda fue entregada a los compradores en el momento de la venta, que sólo pagaron en ese momento 250.000 pesetas a cuenta del precio, quedando pendiente de pago la cantidad restante, que aún se adeudaba en el momento en que se inició el procedimiento judicial, 17 años después. Este dato revela que el vendedor, o era excesivamente ingenuo, o estaba de acuerdo con los compradores para vaciar de bienes a la comunidad postganancial.

En 1988 se procedió a la partición de la comunidad postganancial en la que, al renunciar el viudo a su parte en la sociedad de gananciales, al legado de usufructo universal y al usufructo legal vidual en la herencia de su esposa, los dos hijos se adjudicaron por mitad el caudal hereditario. El viudo efectuó su renuncia a través de apoderado y en escritura pública.

En 2003, los hijos demandaron a su padre y a los compradores de la vivienda, solicitando que se declarase la nulidad del contrato de compraventa celebrado en 1986, así como la obligación de los cónyuges compradores de reinten-

grar la vivienda a los demandantes, requiriéndoles para que, dentro del plazo prudencial que determinase el Juzgado, la dejaran libre y a entera disposición de los actores y que se condenara en costas a los demandados.

El padre de los demandantes no contestó a la demanda, por lo que fue declarado en rebeldía.

Los otros demandados contestaron a la demanda solicitando su desestimación por haber prescrito la acción de nulidad formulada de contrario o, en su defecto, solicitaban su plena desestimación. También formularon los demandados una demanda reconvenicional en la que suplicaban que se declarase: 1º.- La nulidad de la renuncia realizada por el padre demandado respecto a su parte del patrimonio ganancial, al legado del usufructo universal dejado por su esposa fallecida, y a su cuota legal usufructuaria, por haberse realizado todo ello en fraude y perjuicio del derecho de los reconvinientes. 2º.- La nulidad consiguiente de la liquidación de la sociedad de gananciales de su matrimonio y de la escritura de aprobación y protocolización de la herencia de la esposa fallecida, otorgada en 1988. 3º.- La efectividad y plena vigencia del contrato privado de compraventa suscrito en 1986 sobre la vivienda objeto del litigio, por haber sido confirmado y convalidado reiteradamente, por sus hijos mayores de edad, codemandados reconvenidos junto al viudo. 4º.- La obligación de los demandados reconvenidos de otorgar la correspondiente escritura pública de compraventa sobre la referida vivienda, a cambio del precio pactado en dicho contrato privado, menos las cantidades entregadas en su día a cuenta. 5º.- La nulidad de la inscripción registral referente al título de propiedad de los demandados reconvenidos, cuya nulidad se interesaba, librando al efecto los correspondientes mandamientos judiciales al Sr. Registrador, para proceder a la efectiva cancelación de la misma.

El juez de primera instancia estimó en parte la demanda y también estimó en parte la demanda reconvenicional, declarando: 1º. La nulidad de la renuncia efectuada por el padre demandado. 2º. La nulidad de la aprobación y adjudicación de la herencia de la madre fallecida y la nulidad de la inscripción registral. 3º. Que los demandantes eran titulares de una cuota sobre el piso objeto de este procedimiento, que les correspondía por la herencia de su madre. 4º. La validez del contrato de compraventa de 1986, celebrado entre el padre y los demandados reconvinientes, viniendo obligado el anterior (no sus hijos) a otorgar escritura pública de compraventa de la cuota que le corresponde (tanto mitad de sociedad de gananciales como derechos hereditarios de la herencia de su fallecida esposa) sobre el piso litigioso, debiendo los demandantes reconvenionales pagarle sobre el precio pactado (6.500.000 de ptas.), el importe correspondiente a dicha cuota una vez deducidas las 250.000 ptas. ya cobradas.

Recurrieron la sentencia los demandantes y los demandados reconvinientes. La Audiencia Provincial de Madrid estimó el recurso de apelación interpuesto por los demandados reconvinientes y desestimó el recurso interpuesto por los

demandantes, revocando íntegramente la sentencia dictada por el juez de primera instancia, en el sentido de desestimar íntegramente la demanda iniciadora del procedimiento y estimar íntegramente la demanda reconvenzional.

Los demandantes interpusieron recurso de casación y el Tribunal Supremo dio lugar al mismo, declarando: a) la nulidad del contrato de compraventa celebrado en 1986; b) la condena a los demandados reconvinientes a devolver a los demandantes recurrentes la finca reivindicada, con la devolución por parte de dichos recurrentes del precio pagado por los compradores en un plazo de seis meses, c) la desestimación de la demanda reconvenzional.

COMENTARIO

Sumario: **1. Trascendencia de la doctrina emanada de esta sentencia.** 1.1. Consecuencias de la anulabilidad. 1.2. Consecuencias de la inexistencia o nulidad absoluta. 1.3. Consecuencia de la calificación como venta de cosa en parte ajena. **2. Las distintas posiciones jurisprudenciales sobre la venta de bienes de menores sin la preceptiva autorización judicial.** **3. Las distintas posiciones jurisprudenciales sobre los actos de disposición de bienes pertenecientes a la comunidad postganancial efectuados por un partícipe sin el consentimiento de los demás.** 3.1. Necesidad de consentimiento unánime de los partícipes. 3.2. Nulidad por falta de consentimiento de todos los partícipes. *3.2.1. La solución de la nulidad absoluta.* *3.2.2. La solución de la anulabilidad en el régimen de gananciales.* *3.2.3. Aplicación de la nulidad del artículo 6.3. CC.* *3.2.4. La venta de cosa en parte ajena como manera de salvar la eficacia del acto dispositivo sobre bienes comunes realizado por un solo partícipe.* **4. El criterio adoptado por el TS en la sentencia objeto de comentario y nuestra crítica.** 4.1. Los argumentos utilizados y la *ratio decidendi* de la sentencia. 4.2. Acierto de la sentencia objeto de comentario. 4.3. Equiparación de la inexistencia y la nulidad absoluta. 4.4. Distinción entre falta de poder, extralimitación del poder y falso poder. **5. Distinción entre supuestos.** 5.1. Venta con engaño o fingimiento sobre la cualidad de dueño del vendedor. 5.2. Venta con engaño o fingimiento sobre la cualidad de representante del contratante. 5.3. Ventas judiciales y administrativas. 5.4. Venta de cosa con aceptación de que está sujeta a derechos o pretensiones de un tercero o venta de cosa en parte ajena en sentido propio. **6. Bibliografía**

1. Trascendencia de la doctrina emanada de esta sentencia

El problema que dio lugar al pronunciamiento que va a ser objeto de nuestro comentario [STS 22 abril 2010 (RJ 2010, 2380)] se puede plantear en pocas palabras: cuando el viudo vende un bien perteneciente a la comunidad postganancial sin contar con la preceptiva autorización judicial a la venta de bienes de los hijos menores, hay que decidir si la venta es una de estas tres cosas: 1º. *Anulable*. 2º. *Inexistente o nula*, por faltar el consentimiento necesario de los hijos menores, sustituido en este caso por la autorización judicial. 3º. *Válida*, por tratarse de la venta de una cosa en parte ajena y comprometerse el vendedor a obtener los consentimientos requeridos para transmitir la propiedad del bien.

1.1. Consecuencias de la anulabilidad

Si se trata de un supuesto de anulabilidad, se aplicaría lo dispuesto en el artículo 1301 CC, que comienza estableciendo: “*La acción de nulidad sólo durará cuatro años*”; y en su párrafo segundo añade: “*Este tiempo empezará a correr... Cuando la acción se refiera a los contratos celebrados por los menores o incapacitados, desde que salieren de tutela*”.

En la sentencia que estamos comentando no se expresa la edad que tenían los hijos cuando su padre vendió la vivienda. Sólo se indica que eran menores de edad en ese momento. Cuando se realizó dos años después la liquidación y partición de la sociedad de gananciales disuelta, intervinieron en ella los dos hijos y un apoderado del padre, luego eso quiere decir que, *en ese momento, los hijos eran ya mayores de edad*, lo que significa que ya estaría corriendo el plazo para impugnar la venta realizada por el padre en caso de que se tratara de un contrato anulable.

Como los hijos no ejercitaron la acción de anulación durante los cuatro años siguientes al momento en que alcanzaron su mayoría de edad, *esa acción habría caducado o prescrito, por haberse agotado el plazo señalado en el artículo 1301.1 CC*y, por lo tanto, los tribunales deberían haber desestimado la acción ejercitada como mínimo 15 años después de iniciarse el mencionado plazo.

Esta fue la posición que adoptó la SAP Madrid 3 noviembre 2005 (PROV 2006, 1515), que fue casada por la sentencia objeto de nuestro comentario.

Aunque pensamos que se trata de un plazo de caducidad, la STS 1 febrero 2002 (RJ 2002, 1586) señaló que “el plazo de cuatro años que fija el artículo 1301 no ha sido entendido por la jurisprudencia unánime como efectivo plazo de caducidad, y así lo decidió la STS 27 febrero 1997 (RJ 1997, 1332) [que cita las SSTS 25 abril 1960 (RJ 1960, 2031), 28 marzo 1965 (RJ 1965, 3083), 28 octubre 1974 (RJ 1974, 3978), 27 marzo 1987 (RJ 1987, 1836) y 27 marzo 1989 (RJ 1989, 2201)], al declarar que el plazo de cuatro años para ejercicio de la acción de nulidad *es un plazo de prescripción* y no de caducidad”.

1.2. Consecuencias de la inexistencia o nulidad absoluta

En caso de que se considerase que el contrato era inexistente o nulo por faltar el consentimiento necesario de los hijos menores, sustituido en este caso por la autorización judicial, estaríamos realmente en presencia de un contrato *incompleto*, pues no se han prestado todos los consentimientos o autorizaciones que son imprescindibles para que nazca jurídicamente. Estaríamos ante un contrato que aún no se ha perfeccionado y, mientras no se produzca la adición del consentimiento o autorización que ha sido omitido, no existe como contrato y el Ordenamiento jurídico no le prestaría protección alguna.

1.3. Consecuencia de la calificación como venta de cosa en parte ajena

La *venta de cosa ajena* o, como se dice últimamente, *con aceptación de que está sujeta a derechos o pretensiones de un tercero*, es un contrato que recoge con nitidez la declaración del vendedor de *afirmar que la cosa vendida no le pertenece, que no está actuando en representación del dueño y que se compromete a conseguir que éste preste su consentimiento para conseguir la transmisión del dominio al comprador*.

Su posición es semejante a la que ocupan los herederos que tienen que pagar un legado de cosa ajena (art. 861 CC).

Es una operación que puede darse en la práctica con frecuencia. Sabiendo que B está interesado en comprar una cosa de C, A amarra al futuro comprador mediante esta venta de cosa ajena y, a continuación, consigue que C ratifique esa venta con una *oferta que no podrá rechazar*. El interés práctico de esta operación radica en que A se quedará con la diferencia existente entre ambos precios.

En otros casos, se conseguirá un resultado semejante comprometiendo en primer lugar al dueño mediante la concesión de una opción de compra a favor del concesionario con la facultad de designar a otra persona para colocarse en la situación de optante; posteriormente el concesionario buscará un comprador y ejercerá la opción a favor de éste. También se puede conseguir un resultado análogo previendo la cesión de la opción de compra, como sucedió en el caso enjuiciado por la STS 30 abril 2010 (JUR 2010, 173835).

La *adquisición a non domino* tiene como base el *desconocimiento de la realidad* por parte del comprador (buena fe subjetiva), mientras que el supuesto de venta de cosa ajena sin engaño se basa precisamente en el *conocimiento de la realidad*: el comprador sabe que la cosa no es del vendedor y, por lo tanto, no puede estar amparado por el artículo 34 LH ni por el artículo 464 CC.

La venta de cosa ajena, en el sentido que le estamos dando, es un contrato válido porque el comprador sabe que el vendedor no puede transmitirle la propiedad. Utilizando la terminología ya vigente en el artículo 42.1 de la Convención de Viena, el comprador ha convenido en *aceptar las cosas sujetas a derechos o pretensiones de un tercero*, idea que también se recoge en el artículo IV.A.- 2: 305 del Proyecto de Marco Común de Referencia: “Los bienes deben estar libres de cualquier derecho o pretensión razonablemente fundada por parte de un tercero...”; y en el artículo 1445 CC, según la Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos, de la Comisión General de Codificación, que efectúa la siguiente definición: “*Por el contrato de compraventa el vendedor se obliga a entregar una cosa que sea conforme con el contrato y esté libre de derechos de tercero que no hayan sido contemplados en él, y el comprador a pagar un precio en dinero y a recibirla en las condiciones estipuladas*”.

No existe vicio del consentimiento porque el vendedor manifiesta que no es el dueño, pero *se compromete a gestionar que el verdadero titular consienta la trans-*

misión. Tampoco estamos ante un contrato nulo por ilicitud de la causa, pues no hay delito de estafa, al no atribuirse falsamente el vendedor un poder de disposición del que carece.

En realidad, no se trata de una genuina compraventa, pues la transmisión de la propiedad no está en manos del vendedor. Podría pensarse que se trata de un *contrato mixto, con obligaciones principales de dar y de hacer*. Se vende una cosa y, además, como obligación principal, el vendedor se obliga a hacer gestiones para obtener un resultado, que el verdadero dueño ratifique la venta. Si el *verus dominus* niega la ratificación, el vendedor habrá incumplido su obligación principal, que es de resultado, y nos hallaremos ante el supuesto previsto en el artículo 1124 CC.

También podría ser calificado como una *estipulación a cargo de tercero o promesa de hecho ajeno*. En tanto no se produzca la prestación de ese consentimiento, el dueño de la cosa es un *tercero respecto del contrato* (art. 1257 CC), al que no vincula el contrato celebrado por el vendedor. En consecuencia, *el dueño de la cosa no está obligado a impugnar el contrato*, por la misma razón por la que el falso representado es ajeno por completo al contrato celebrado por el falso representante (art. 1259 CC).

La *venta de cosa en parte ajena* es el supuesto en que una persona vende unilateralmente la cosa que pertenece a ella y a otras personas en régimen de comunidad, *quedando el contrato en suspenso* hasta que los restantes condueños presten su conformidad. Esa es exactamente la solución que ofrece el artículo 597.II CC para el supuesto de concesión de servidumbre sobre un fundo indiviso efectuada por uno de los condóminos.

También fue la posición que adoptó la sentencia del juez de primera instancia de Madrid, nº 45, de 18 febrero 2005, que fue revocada parcialmente por la SAP Madrid 3 noviembre 2005 (PROV 2006, 1515), que fue a su vez casada por la sentencia objeto de nuestro comentario.

Podría considerarse que la venta de cosa en parte ajena es un contrato sometido a la *condición suspensiva* consistente en que los restantes condóminos presten su consentimiento a la transmisión. Incluso cabría inscribir en el Registro de la Propiedad esa venta condicionada, pues el artículo 9.2ª LH prevé expresamente entre las circunstancias que deben constar en la inscripción las “condiciones suspensivas o resolutorias, si las hubiere” que consten en el título, extremo que reitera el artículo 51.6ª RH. Como confirmaron las RRDGRN 22 julio 2004 (RJ 2004, 5435) y 12 mayo 2010 (RJ 2010, 2748), en su aplicación no concurre ningún obstáculo para que pueda acceder al Registro una transmisión sujeta a condición suspensiva, siempre que se fije un plazo en que dicha condición se haya de considerar cumplida o incumplida –a fin de evitar que las respectivas titularidades queden en permanente situación de pendencia–, facilitando con ello la concordancia entre el Registro y la realidad extrarregistral.

A nuestro juicio, la figura *recuerda a la del contrato sometido a condición suspensiva, pero no coincide con él*. En la venta de cosa parcialmente ajena hay suspen-

sión de validez y de eficacia: no existe contrato y el hecho incierto sería la prestación del consentimiento o ratificación *por parte de la persona que tendría que haberlo prestado*. En el supuesto de contrato condicionado, *hay validez pero está suspendida la eficacia*. Hay contrato: las partes que tenían que contratar lo han hecho, pero han supeditado la producción de efectos a que acontezca un hecho incierto, que puede depender de la suerte o de la voluntad de un tercero (art. 1115 CC), pero *esa voluntad del tercero no puede equipararse a la prestación de consentimiento o ratificación del contrato*, porque eso le convertiría en vendedor.

El juez que autoriza la venta de bienes de menores no se convierte en vendedor, pero su autorización puede constituir precisamente la condición suspensiva de la compraventa. Así sucedió en el supuesto enjuiciado por la STS 16 febrero 2010 (RJ 2010, 1779), que declaró: “El artículo 166 CC exige que para la disposición de los actos del menor concurra la autorización judicial, pero nada impide otorgar un contrato que la exija antes de obtenerla, o bien mientras se están efectuando las gestiones para conseguirla. Cuando ello ocurra, el contrato se entenderá sometido a una condición suspensiva consistente en la obtención de la autorización, aunque, como en el caso que nos ocupa, dicha condición se configurara por las partes como resolutoria, lo que nada les impedía hacer”.

En un caso casi idéntico al que es objeto de nuestro comentario, en el que un padre viudo vendió un inmueble perteneciente a la comunidad postganancial formada por él y sus hijos menores difiriendo la conclusión de la compraventa al momento en que el vendedor hubiese obtenido la pertinente licencia judicial, requisito que los firmantes del contrato conocían ser necesario para la validez de la compraventa a realizar, la STS 2 marzo 2007 (RJ 2007, 1622) consideró acertada la calificación del contrato efectuada por los órganos judiciales de instancia como *compromiso de compraventa*. Los hijos demandaron posteriormente a su padre y a los compradores solicitando que se declarase la nulidad del contrato de compraventa, pretensión que fue desestimada en todas las instancias.

El único matiz que diferencia las dos sentencias últimamente citadas del supuesto enjuiciado por la sentencia objeto de nuestro comentario es que, en aquéllas, el contrato aludía expresamente a la necesidad de obtener la preceptiva autorización judicial a la que se supeditaba la eficacia de lo convenido. Por el contrario, en el supuesto que estudiamos, el contrato no hacía alusión alguna a la necesidad de obtener esa autorización judicial.

2. Las distintas posiciones jurisprudenciales sobre la venta de bienes de menores sin la preceptiva autorización judicial

La sentencia comentada hace un resumen de las distintas posiciones jurisprudenciales sobre la venta de bienes de menores sin la preceptiva autorización judicial al señalar:

“La doctrina de esta Sala no se ha pronunciado de forma uniforme sobre los efectos del acto efectuado por el titular de la patria potestad sin autorización judicial. En realidad se han mantenido tres posturas, resolviendo la Sala, por regla general, a la vista del caso concreto.

1º A favor de la nulidad radical se pronuncian las sentencias de 29 abril 1904; 8 junio 1917; 21 junio 1943; 9 diciembre 1953; 25 junio 1959; 14 marzo 1983; 17 febrero 1995 y 21 enero 2000, entre otras. La fundamentación de estas sentencias se basa en dos tipos de argumentos: a) la disposición por el titular de la patria potestad sin autorización judicial es per se un acto inexistente, al faltarle uno de los requisitos; b) es un acto nulo por ser contrario a una norma imperativa, por lo que incurre en la sanción de nulidad del antiguo Art. 4, hoy Art. 6.3 CC (STS 28 mayo 1965, entre otras).

2º Una modalidad de la anterior jurisprudencia declara la nulidad del contrato celebrado sin la autorización judicial por tratarse de un acto realizado con extralimitación de poder, por lo que se aplica el Art. 1259 CC (SSTS 9 diciembre 1953 y 21 mayo 1984). La sentencia de 9 diciembre 1953 dice que en estos casos “[...] es manifiesta la carencia de facultad del padre o madre para vender, sin dicha autorización, los bienes inmuebles de sus hijos sujetos a potestad; y la venta que se celebre, sin haber obtenido aquélla, es nula, conforme a lo establecido por el Art. 1259 CC y solo podrá convalidarse por los mismos menores al llegar a la mayor edad”.

3º Otra parte de la jurisprudencia de la Sala opta por la solución de la anulabilidad. Así, las sentencias de 30 marzo 1987; 9 mayo 1994, 23 diciembre 1997 y 3 marzo 2006; esta última dice que *“No se ha producido infracción porque del artículo 164, hoy 166, no se deriva la nulidad radical que preveía el artículo 4, hoy 6.3 CC. Tal como se ha dicho en el fundamento anterior, la actuación del representante legal sin la autorización judicial no implica que falte el consentimiento como se dice en este motivo del recurso, sino que se ha dado éste, es decir, la concurrencia de las declaraciones de voluntad de vendedor y comprador, aunque aquél actuaba en nombre y representación de sus hijos menores de edad, como titular de la patria potestad, sin la preceptiva autorización judicial. Pero sí hubo consentimiento contractual, presupuesto esencial del contrato conforme al artículo 1261, 1º del Código civil aunque el de la parte vendedora adolecía de la falta de autorización judicial. Esta falta, como se ha dicho, no da lugar a la nulidad radical del contrato sino a que éste es anulable y si los contratantes representados (por representación legal) no han accionado interesando la anulación en el plazo de cuatro*

años que establece el artículo 1301 del Código civil, se produce la confirmación por disposición de la Ley, llamada prescripción sanatoria, por el transcurso del plazo de caducidad lo que podría ejercitarse aquella acción de anulación”.

A favor de la anulabilidad está también el Art. 154 del Código de Familia de Cataluña, que establece que los actos efectuados por el representante legal “[s]on anulables si se han hecho sin la autorización judicial[...]”.

Como hemos podido comprobar, la sentencia se refiere a tres de las posibles soluciones que se pueden aplicar al problema planteado: la nulidad radical por falta de autorización judicial como requisito constitutivo e imperativo, la nulidad por extralimitación del poder y la anulabilidad. Mientras que la primera manifestación se ciñe al supuesto de hecho con más precisión, por referirse a un requisito exigible en el caso específico de venta de bienes de menores, la segunda manifestación es más genérica, al tratarse de un supuesto que opera para los todos los falsos representados, sean mayores o menores de edad.

Por el contrario, la sentencia que comentamos omite la referencia a una cuarta solución, consistente en la validez del acto por tratarse de una venta de cosa ajena.

Desde el punto de vista cronológica, la evolución jurisprudencial sobre la solución de esta importante cuestión ha pasado por *tres etapas: nulidad radical, anulabilidad y contrato incompleto*.

En el momento en que escribíamos sobre este particular (RAGEL SÁNCHEZ, L.F., *Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho civil: Familia*, Dykinson, Madrid, 2001, pg. 562), estábamos todavía en la segunda etapa y hacíamos referencia a la jurisprudencia entonces imperante:

“El acto llevado a cabo por el representante legal, sin la preceptiva autorización judicial o del menor, es anulable para la jurisprudencia más reciente (sentencias del T.S. de 9 mayo 1994 y 17 febrero 1995, entre otras), sin que pueda ir contra sus propios actos e impugnar el progenitor. Con esta tendencia se supera la anterior, mantenida por la doctrina (De Buen y Castán Tobeñas) y la jurisprudencia (sentencias del T.S. de 25 junio 1959 y 28 mayo 1965, entre otras), que abogaban por la nulidad radical y absoluta del acto”.

Esta solución era, por otra parte, semejante a la que imperaba en el Derecho catalán entonces vigente, pues añadíamos (RAGEL SÁNCHEZ, L.F., *Estudio legislativo... Familia*, cit., pg. 563: “Siguiendo los modelos portugués e italiano, el Derecho catalán se decanta decididamente por la *anulabilidad* de los actos, y la acción para su impugnación caduca a los cuatro años del acceso de los hijos a la mayoría de edad (art. 154 *Codi de família*)”.

La STS 30 marzo 1987 (RJ 1987, 1839) fue una clara manifestación del criterio imperante en la segunda etapa de la anulabilidad, al declarar que “la enajenación realizada sin la previa autorización judicial no es inexistente en el sentido del artículo 1261 ni tampoco nula en el del número tres del artículo sexto, sino que, como declaró la STS 9 diciembre 1953 (RJ 1954, 284), puede la enajenación convalidarse al llegar el menor a la mayoría de edad (no cabe, en cambio, subsanarla obteniendo posteriormente la autorización judicial, pues ésta sólo daría la validez a la enajenación verificada con posterioridad a la misma, pero no convalidaría la anteriormente estipulada). A partir de esa *naturaleza de simple anulabilidad*, parece ha de cuestionarse la legitimación de quienes no sean el propio hijo o los que del mismo traigan causa, negándola a quienes se sitúen fuera de la reducida esfera de los intereses del hijo que aparejan la exigencia de la autorización judicial oído el Ministerio Fiscal, no correspondiendo, por tanto, al adquirente de la casa por título de compraventa. La STS 31 mayo 1912, al no rechazar la aplicabilidad del artículo 1301 CC a los contratos celebrados sin autorización judicial, autoriza a pensarlo así”.

Muy ilustrativa de la evolución que hemos descrito fue la STS 9 mayo 1994 (RJ 1994, 3894), pues recogió la jurisprudencia imperante en esa segunda etapa de la anulabilidad, al señalar: “lo que importa de la STS 30 marzo 1987 (RJ 1987, 1839) es que a su tenor la enajenación realizada sin la previa autorización judicial no es inexistente en el sentido del artículo 1261, ni nula en el del 6.3, sino que, como declaró la Sentencia de 9 diciembre 1953 (RJ 1954, 284), puede la enajenación convalidarse al llegar el menor a la mayoría de edad, por lo que se inclina por la simple *anulabilidad*, criterio este que está en línea con la doctrina declarada en las SSTS 29 noviembre 1958 (RJ 1958, 3811) y 19 diciembre 1977 (RJ 1977, 4763) e, incluso, la STS 21 mayo 1984 (RJ 1984, 2497), y aun cuando existen otras Sentencias, entre ellas, las de 9 diciembre 1953 (sin perjuicio de la convalidación por el menor al llegar a la mayoría de edad) y 25 junio 1959, partidarias de la nulidad radical, *procede reafirmar la naturaleza anulable de tales enajenaciones*, toda vez que el matiz diferenciador que supera la anulabilidad de la nulidad es la calificación del interés, público o privado, a cuya protección se ordenan, y así, la defensa del interés público exige la indisponibilidad de la ineficacia de los actos contrarios a dicho interés, mientras que cuando está en juego es el simple interés privado de los particulares, resulta más adecuada una ineficacia disponible relativa y tuitiva, que es la propia de la anulabilidad, y sin que, en este punto, quepa olvidar que, en cualquier caso, los menores disponen de una acción de nulidad al llegar a su mayoría de edad, artículo 1301 CC, y de un mecanismo de confirmación, artículo 1311 CC”.

La STS 21 enero 2000 (RJ 2000, 113) también se adscribió a esta segunda etapa de la evolución jurisprudencial al declarar: “Para la resolución de la cuestión conviene distinguir aquellas relaciones jurídicas concertadas por menores de edad, dotados de discernimiento suficiente, con su intervención efectiva y prescindiendo de su consentimiento, por lo tanto sin la capacidad jurídica exigida, pero

que *no son radicalmente nulas*, pues el consentimiento contractual existe, si bien resulta aplazado en sus efectos vinculantes. Se trata de un consentimiento hacia tiempo futuro, ya que al llegar a la mayoría de edad pueden efectuar su ratificación confirmatoria (arts. 1309, 1310 y 1311 del CC), justificando así el consentimiento prestado. *Lo mismo sucede si se trata de enajenaciones llevadas a cabo por los padres que ostentan la patria potestad* contraviniendo el artículo 166 del Código Civil que exige autorización judicial, caso contemplado en la STS 9 mayo 1994 (RJ 1994, 3894)”.

Entre las recientes visiones generalistas del problema, ésta es también la impresión que tiene ROVIRA SUEIRO, M. (*Manual de Derecho civil: Derecho de familia*, coordinado por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Bercal, Madrid, 2007, pg. 232) cuando distingue tres grandes líneas doctrinales: “Para unos el negocio será nulo por inexistencia, al ser un negocio incompleto porque el representante excede el ámbito de la representación que la ley le concede (arts. 1259 y 1261 CC), si bien podría ser ratificado. Otros son partidarios de considerarlo nulo de pleno derecho por violación de una ley imperativa o prohibitiva (art. 6.3. CC), y consiguientemente insanable. Por último, otros autores se inclinan a favor de la anulabilidad, y, consecuentemente, por la eficacia claudicante, pero confirmable, del negocio (arts. 1301 y 1311 CC). Esta última es la solución que responde mejor a los intereses objeto de protección. La jurisprudencia se muestra favorable a ella (SSTS 23.12.97 y 9.5.94 –RJA 8902 y 3894)”.

Por su parte, GARCÍA PASTOR, M. (*Jurisprudencia civil comentada*, tomo I, Comares, dirigida por PASQUAU LIAÑO, M, y coordinada por ALBIEZ DOHRMAN, K.J., Y LÓPEZ FRÍAS, A., Granada, 2009, pgs. 662 y 663) cita las SSTS 25 junio 1959 (RJ 1959, 2933), 19 mayo 1985 (RJ 1985, 4082), 22 diciembre 1989 (RJ 1989, 8864) y 23 mayo 1997 (RJ 1997, 4469), que se inclinaron por la nulidad radical, mientras que a favor de la anulabilidad se decantaron las SSTS 21 mayo 1984 (RJ 1984, 2497), 30 marzo 1987 (RJ 1987, 1839) y 9 mayo 1994 (RJ 1994, 3894). Lo que más llamaba la atención a esta autora eran los pronunciamientos que no se decantaban expresamente sobre el carácter nulo o anulable de estos contratos, como sucedía con las SSTS 31 mayo 1912, 20 diciembre 1932 (RJ 1932, 1369), 21 junio 1943 (RJ 1943, 980), 27 marzo 1989 (RJ 1989, 2198), 2 junio 1989 (RJ 1989, 4283), 17 febrero 1995 (RJ 1995, 1105) y 16 diciembre 1996 (RJ 1996, 9001), así como la RGDRN 10 marzo 1944 (RJ 1944, 517).

A la primera etapa de nulidad radical y absoluta por vulnerar preceptos imperativos se refirieron SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA, J.M. y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, F. [“Los actos de disposición de bienes de menores sometidos a la patria potestad en el Código civil (Comentario a una reforma), RDP, 1981, pgs. 851 y ss.; en concreto, pgs. 886 a 888], citando en esa línea las SSTS 1 abril 1931, 9 enero 1958, 22 febrero 1958, 25 junio 1959 y 28 mayo 1965, entre otras, y a los siguientes autores: CASTÁN VÁZQUEZ, CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, BADENES GASSET, CASTÁN TOBEÑAS, LACRUZ BERDEJO y ESPÍN CÁNOVAS,

aunque advirtiendo que este último profesor “resalta que la nulidad radical, absoluta e insanable es criterio que quizás va más allá de lo que exige la protección de los menores”.

Respecto a la tercera etapa de contrato incompleto o nulo en tanto no sea ratificado por el falso representado, SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA, J.M. y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, F. (*ob. cit.*, pg. 886, 888 y 889) citaron en esa línea a la STS 9 febrero 1953, aunque advertían que esa solución no era de nulidad sino la del negocio incompleto, ineficacia relativa o irrelevancia frente al representado.

3. Las distintas posiciones jurisprudenciales sobre los actos de disposición de bienes pertenecientes a la comunidad postganancial efectuados por un partícipe sin el consentimiento de los demás

El motivo sexto del recurso de casación sólo denunciaba la *infracción, por falta de aplicación, del artículo 166 CC*. Decía textualmente el motivo que “el contrato se encuentra viciado de nulidad absoluta y radical por inexistencia de consentimiento de los menores e inexistencia de la autorización judicial a favor del padre de los menores, todo ello en consonancia con las SSTS de 9 diciembre 1953 y 25 junio 1959, entre otras”.

Esa argumentación explica que el TS no haya entrado a tratar el supuesto sometido a enjuiciamiento como un acto de disposición de bienes pertenecientes a la comunidad postganancial efectuados por un partícipe sin el consentimiento de los demás, como hubiera podido hacer si se hubiera esgrimido un motivo de casación sobre esa materia.

3.1. Necesidad de consentimiento unánime de los partícipes

El artículo 397 CC establece para la comunidad ordinaria: “*Ninguno de los condueños podrá, sin consentimiento de los demás, hacer alteraciones en la cosa común, aunque de ellas pudiera resultar ventajas para todos*”.

Salvo en lo que se refiere al retracto de coherederos (art. 1067), el Código civil no regula la *comunidad hereditaria*, que es la figura que más se asemeja a la *comunidad postganancial*, por lo que no existe ningún precepto que establezca la necesidad del consentimiento unánime para disponer de bienes singulares de esas dos comunidades.

Para realizar *actos de disposición* sobre los bienes singulares de la comunidad postganancial, es regla general que se necesite el *consentimiento unánime* de todos los partícipes, *sin necesidad de proceder a una previa partición*.

Para la STS 8 marzo 1965 (RJ 1965, 1438), “resulta evidente la aplicación de lo dispuesto en los artículos 397 y 399, cuando se trata de disponer de alguno de ellos antes de la liquidación de la sociedad, de donde resulta que se infringen en la sentencia recurrida, en cuanto que el primero, prohíbe a los condueños sin consentimiento de los demás, hacer alteración en la cosa común, concepto en el que se comprenden no solamente las alteraciones materiales, sino también las jurídicas, por que hay que considerar el máximo acto de alteración jurídica, la enajenación de la cosa común, es evidente pues, que no puede hacerse esta sin el consentimiento de todos los comuneros”.

Según la STS 10 julio 2005 (RJ 2005, 8991), cuando un partícipe quiere enajenar un bien ganancial y los demás partícipes no están de acuerdo, no cabe acudir al régimen de autorización judicial supletoria previsto en el artículo 1377.II CC, “puesto que una cosa es que se puedan transmitir determinados bienes en la fase de liquidación y otra distinta que cuando así se haga se siga el curso que nuestro derecho previene para estos casos, con adopción en cualquier caso de las cautelas necesarias si uno de estos bienes lo constituye la vivienda conyugal con medida de uso atribuida judicialmente”.

La STS 6 febrero 2007 (RJ 2007,) enjuició un supuesto en que, habiendo fallecido los cónyuges y uno de sus hijos, la viuda de este último y sus hijos demandaron a los demás partícipes de la comunidad postganancial solicitando la *acción de división sobre dos fincas* pertenecientes a la misma. El TS rechazó la pretensión puesto que no se había procedido a la liquidación y partición de las herencias de los cónyuges fallecidos y no se sabía quiénes eran los herederos y en qué proporción, desconociéndose además el destino de la mitad de ganancias perteneciente al fallecido padre y abuelo.

Esta sentencia reprodujo la jurisprudencia existente al respecto: “La STS 25 mayo 1992 (RJ 1992, 4378) dice explícitamente que «en tanto no se practique la partición de la herencia no puede hablarse de que tal finca sea objeto de una copropiedad por iguales partes entre los coherederos, sino que la misma forma parte de la comunidad hereditaria» y la STS 6 octubre 1997 (RJ 1997, 7356), en el mismo sentido, dice: «todos los herederos tienen una comunidad hereditaria con derechos indeterminados mientras que no haya partición»; doctrina que es reiterada por la más reciente STS 28 mayo 2004 (RJ 2004, 3551), con cita de las anteriores”.

Aunque no se diga expresamente, también era necesaria la *previa liquidación y partición de la sociedad de gananciales, salvo que, sabiéndose quiénes eran los herederos de los cónyuges, hubiera unanimidad entre los partícipes* a la hora de dividir las fincas, lo que no se produjo en el supuesto enjuiciado.

En este mismo sentido se pronunciaron las SSTS 8 octubre 1990 (RJ 1990, 7482), 28 septiembre 1993 (RJ 1993, 6657), 17 febrero 1995 (RJ 1995, 1105), 31 diciembre 1998 (RJ 1998, 9987) y 23 enero 2003 (RJ 2003, 607), que han sentado la siguiente doctrina: “Tratándose de un patrimonio en principio ganancial,

al disolverse la comunidad por fallecimiento de uno de los cónyuges, el otro carece de capacidad para enajenar los bienes que la integran hasta que, practicada la liquidación, el derecho de cada uno se individualiza. De modo que, hasta entonces, *los bienes concretos de aquel patrimonio en situación de comunidad entre el superviviente y los restantes herederos, no puede ser objeto de disposición si no es concurriendo todos los interesados*".

Igualmente, para la RDGRN 28 noviembre 2000 (RJ 2001, 873), "se puede disponer de bienes singulares y concretos pertenecientes a una comunidad postganancial... sin necesidad de previa liquidación y adjudicación de los bienes que la integran, siempre que el acto dispositivo sea otorgado conjuntamente por todos los interesados que agotan la plena titularidad del bien".

3.2. Nulidad por falta de consentimiento de todos los partícipes

3.2.1. La solución de la nulidad absoluta

Como *no existe ningún precepto* que señale específicamente cuáles serán los efectos de la contravención de lo establecido en el artículo 397 CC, la jurisprudencia aplica la regla general contenida en el artículo 6.3. CC y el acto o contrato dispositivo será nulo de pleno derecho [SSTS 26 febrero 1982 (RJ 1982, 790), 19 diciembre 1985 (RJ 1985, 6603), 8 julio 1988 (RJ 1988, 5587), 11 noviembre 1991 (RJ 1991, 8233), 30 junio 1993 (RJ 1993, 5339), 31 marzo 1997 (RJ 1997, 2480), 10 septiembre 1997 (RJ 1997, 6402), 21 enero 2000 (RJ 2000, 113), 11 mayo 2000 (RJ 2000, 3109), 13 noviembre 2001 (RJ 2001, 9689) y 9 octubre 2008 (RJ 2008, 5684)], *por tratarse de "supuestos en que faltando el consentimiento de los restantes condóminos no cabe escindir el contrato en perjuicio del comprador para obligarle a adquirir sólo una participación indivisa cuando la venta se producía por la totalidad y con fijación de un precio por el valor total del bien"* [STS 3 febrero 2009 (RJ 2009, 266)].

Sin embargo, hay un caso concreto, el de la *concesión de una servidumbre sobre un fundo indiviso*, en el que el artículo 597 CC ofrece la consecuencia de la contravención del artículo 397 CC, cuando establece:

"Para imponer una servidumbre sobre un fundo indiviso se necesita el consentimiento de todos los copropietarios.

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

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

A nuestro juicio, la posición en la que el artículo 597 CC deja a los partícipes que no dispusieron del bien es bastante cómoda: como se exige su consentimiento para completar el de la parte disponente, no tienen que molestarse en impugnar el contrato.

En contra de nuestra opinión se manifestó la STS 26 febrero 2008 (RJ 2008, 2819) al declarar que “*la enajenación de una cuota en el condominio superior a la que corresponda a los vendedores es un caso de enajenación de cosa ajena (respecto a ese plus), y como tal debe ser tratada jurídicamente. La doctrina reiterada de esta Sala (STS 20 abril 2007 y las que cita) es la de que la misma es válida y eficaz como tal compraventa, aunque existirá un incumplimiento de la obligación de entrega por el vendedor al haber recaído sobre cosa respecto a la cual carece de poder de disposición (art. 1160), lo cual legitima la acción del comprador por incumplimiento contractual, o se convierte en un título hábil para usucapir. Por otra parte, el verdadero titular podrá reivindicar del comprador lo que le pertenece, dando lugar ello a la evicción de éste frente al vendedor, aunque no pierde dicho comprador la facultad de alegar contra el reivindicante la prescripción adquisitiva (arts. 1962 y 1963)*”.

Y añadió el TS: “En consecuencia, es erróneo considerar que la venta de cosa ajena es un contrato nulo por falta de alguno de sus elementos esenciales, al no existir norma que exija para su perfección que el vendedor posea capacidad de disposición de lo que vende, y mucho menos un contrato con causa ilícita. Otra cosa es que el comprador pueda, demostrándolo, alegar que ha sufrido un error o que ha sido objeto de dolo. Pero esos son vicios del consentimiento, no ausencia del mismo, que tienen su tratamiento especial en la acción de anulabilidad, incardinada en los preceptos del Código civil dedicados a la nulidad de los contratos (arts. 1300-1315)”.

Frente a la alegación de infracción de la doctrina jurisprudencial, el TS argumentó. “su jurisprudencia puede cambiar siempre de forma razonable, no arbitraria. La razón de la que ahora se mantiene es que no hay diferencia sustancial entre la venta de una cuota ideal sobre una cosa en comunidad mayor que la que le corresponde al enajenante y la venta de cosa ajena, pues ni sobre aquella ni sobre ésta tiene poder de disposición el mismo”.

En parecidos términos, para RIVERA FERNÁNDEZ (*Jurisprudencia civil comentada*, tomo III, dirigida por PASQUAU LIAÑO, M, y coordinada por ALBIEZ DOHRMAN, K.J., Y LÓPEZ FRÍAS, A., Comares, Granada, 2009, pg. 2820), “esta nulidad por contravención del art. 397 es ciertamente especial, ya que el acto dispositivo no es nulo en su origen, sino en cuanto es impugnado por el resto de los partícipes”. De esta opinión se extrae que, para este profesor, el acto de disposición sobre un bien de la comunidad realizado por un solo partícipe sería provisionalmente válido y, para que se declare nulo, es preciso que el resto de los partícipes lo impugnen. Se trata de una solución extremadamente incómoda para las personas que no han actuado antijurídicamente, pues les

obliga a plantear un litigio para resolver el problema que sólo había creado el partícipe disponente.

3.2.2. La solución de la anulabilidad en el régimen de gananciales

Si se acudiese a la regulación del problema en el *régimen de gananciales*, el artículo 1377.I CC ordena: “*Para realizar actos de disposición a título oneroso sobre bienes gananciales se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges*”.

Este precepto exige también que sean todos los partícipes los que consientan en acto de disposición sobre un concreto bien común. Sin embargo, cuando un cónyuge dispone unilateralmente de un bien ganancial contraviniendo lo dispuesto en el artículo 1377.I CC, es aplicable el artículo 1322.I CC, que rige para cualquier régimen económico matrimonial y establece un *efecto distinto al de la nulidad para el caso de contravención*, como permite el artículo 6.3. CC. Su tenor es el siguiente: “*Cuando la ley requiera para un acto de administración o disposición que uno de los cónyuges actúe con el consentimiento del otro, los realizados sin él y que no hayan sido expresa o tácitamente confirmados podrán ser anulados a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido o de sus herederos*”.

Completa este último precepto el artículo 1301 CC, al regular el momento en que se inicia el plazo de cuatro años para ejercitar la acción de anulación, que en su párrafo final dispone: “*Si la acción se dirigiese a invalidar actos o contratos realizados por uno de los cónyuges sin consentimiento del otro, cuando este consentimiento fuere necesario, desde el día de la disolución de la sociedad conyugal o del matrimonio salvo que antes hubiese tenido conocimiento suficiente de dicho acto o contrato*”.

3.2.3. Aplicación de la nulidad del artículo 6.3. CC

En principio, podría pensarse que la sociedad de gananciales es una figura más cercana a la comunidad postganancial que la comunidad ordinaria de bienes. Al fin y al cabo, en los casos en que el régimen de gananciales se disuelve por causas diferentes a la muerte o declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges, los partícipes en la comunidad postganancial serán las mismas personas que ya lo eran en la sociedad de gananciales anterior. La comunidad postganancial y la sociedad de gananciales tienen como partícipes a personas unidas por lazos familiares, mientras que la comunidad ordinaria de bienes está compuesta en muchísimos casos por personas que no mantienen entre sí esos lazos. Por eso es frecuente que, en muchos problemas que acontecen durante la vigencia de la comunidad postganancial, se plantee la doctrina la aplicación analógica de las reglas de la sociedad de gananciales.

Pero también puede pensarse que en la comunidad postganancial las circunstancias han variado sustancialmente respecto de las que confluían durante la sociedad de gananciales. Ya no existe la obligación de informar recíproca y periódicamente sobre la situación y rendimiento de cualquier actividad econó-

mica (art. 1383 CC) porque ya no puede producirse la consecuencia del incumplimiento de esa obligación, que es la disolución del régimen. Es posible que los partícipes sigan siendo los mismos, pero ya no sean cónyuges, o estén separados judicialmente, o se hayan distanciado hasta convertirse prácticamente en extraños e incluso en enemigos, lo que les aproximaría a los lazos que existen entre los partícipes en una comunidad ordinaria de bienes.

Considera la jurisprudencia que son nulos los actos de disposición de bienes de la comunidad hereditaria efectuados por un heredero sin contar con el consentimiento de los demás coherederos [SSTS 11 abril 1953 (RJ 1953, 1262), 24 enero 1963 (RJ 1963, 518), 19 diciembre 1985 (RJ 1985, 6603), 8 julio 1988 (RJ 1988, 5587), 25 mayo 1990 (RJ 1990, 4082), 23 octubre 1990 (RJ 1990, 8036), 16 mayo 1991, 30 junio 1993 (RJ 1993, 5358) y 13 noviembre 2001 (RJ 2001, 9689)].

También se ha acudido al expediente de nulidad por *falta de objeto*, como hizo la STS 24 julio 1998 (RJ 1998, 6446) en su supuesto de donación efectuada por un copartícipe de un bien perteneciente a la comunidad hereditaria, que era “inexistente desde la perspectiva jurídica, por falta de objeto, al carecer el donante de la propiedad del objeto donado (*nemo dat quod non habet*)”.

La jurisprudencia también *ha venido aplicando la solución del artículo 6.3. CC* y, en consecuencia, ha catalogado como *nulos* los actos unilaterales de disposición sobre bienes concretos de la comunidad postganancial, por ausencia de consentimiento unánime de los copartícipes [25 junio 1990 (RJ 1990, 4894), 19 mayo 1995 (RJ 1995, 4082), 31 marzo 1997 (RJ 1997, 2542), 25 noviembre 1999 (RJ 1999, 8434), 14 marzo 2000 (RJ 2000, 1203), 5 junio 2000 (RJ 2001, 3587) y 23 enero 2003 (RJ 2003, 607)].

La STS 29 abril 1986 (RJ 1986, 2065) admitió el recurso de casación y declaró la *nulidad* de la venta de la mitad indivisa de una finca perteneciente a la comunidad postganancial efectuada por la viuda sin el consentimiento de los hijos, por aplicación de las normas de la comunidad ordinaria (art. 399 CC) y de los elementos esenciales de los contratos (art. 1261 CC).

También la STS 27 febrero 2007 (RJ 2007, 1768) declaró *nula* la venta de un piso ganancial efectuada por la viuda a favor de una de sus hijas por tratarse de un acto de disposición efectuado por el fiduciario a favor de una persona que no era adquirente de buena fe. Aunque formalmente el piso figuraba como privativo de la vendedora por haberse otorgado escritura pública a su favor cuando ya era viuda, se trataba realmente de un piso ganancial, comprado durante el matrimonio y pagado en su mayor parte con fondos gananciales. El TS consideró que la viuda era fiduciaria de la comunidad postganancial y que no era aplicable el artículo 1301 CC, referido a la anulabilidad.

Igualmente, la STS 9 mayo 2007 (RJ 2007, 3439) estimó que la venta de un bien perteneciente a la comunidad postganancial efectuada por el marido no

era anulable por falta de consentimiento uxorio (art. 1301 CC), sino *inexistente por falta de consentimiento de uno de los condóminos*.

Del mismo modo, la STS 10 junio 2010 (JUR 2010, 227419) declaró *nulo* el arrendamiento de vivienda de quince años de duración otorgado por el cónyuge viudo declarado pródigo con autorización de su curador, siendo arrendataria una de las hijas del arrendador y heredera de su fallecida esposa. El TS declaró que el arrendamiento enjuiciado debía considerarse como un acto de disposición.

La nulidad se acentúa en el caso de que uno de los partícipes *done un bien ganancial* sin contar con el consentimiento de los demás, como declaró la STS 23 enero 2003 (RJ 2003, 607).

3.2.4. La venta de cosa en parte ajena como manera de salvar la eficacia del acto dispositivo sobre bienes comunes realizado por un solo partícipe

La STS 11 octubre 2006 (RJ 2006, 6693) señaló que la llamada venta de cosa ajena fue admitida, como indudablemente válida, por el Digesto (18.1.28: *rem alienam distrahere quem posse, nulla dubitatio est, nam emptio est et venditio*), aunque el dueño pudiera reivindicarla (*sed res emptori auferri potest*). Y lo propio hizo la quinta Partida (Ley 19, del título 5: *cosa agena vendiendo un ome a otro valdra la vendida*). Aunque el Código civil guarda silencio sobre ella, “esta Sala ha negado reiteradamente la nulidad del contrato por el que el vendedor se obliga a transmitir una cosa que no le pertenece en el momento de celebrarlo [SSTS 5 febrero 1968, 3 julio 1981 (RJ 1981, 3043), 31 diciembre 1981 (RJ 1981, 5358) y 11 mayo 2004 (RJ 2004, 2733)]”.

La STS 5 mayo 2008 (RJ 2008, 5502), siguiendo el precedente de la STS 11 abril 1953 (RJ 1953, 1262), distinguió entre la esfera interna y externa de la venta de cosa ajena al declarar: “La venta de cosa ajena es válida, *en ningún caso se puede tildar de inexistente por falta de objeto*; el objeto existe, es el piso; distinto es la falta de poder disposición (cuestión no atinente al derecho subjetivo, derecho de propiedad en este caso, sino al sujeto disponente) sobre el objeto, que da lugar a la ineficacia y puede dar lugar a la adquisición (entre otros medios, como la usucapción) *a non domino* en virtud del artículo 464 CC en los bienes muebles y del artículo 34 LH en los inmuebles. Precizando más, *la venta de cosa ajena será ineficaz frente al verdadero propietario* que podrá ejercitar acción reclamando la declaración de su ineficacia o acción declarativa de dominio o reivindicatoria sobre el objeto de aquélla. *Pero entre las partes, vendedora y compradora, será eficaz*”.

En algún pronunciamiento, el TS ha dado a entender que *la venta de cosa ajena en sentido propio es la que se realiza sin engaño ni desconocimiento de la ajenidad*. Así, por ejemplo, la STS 9 octubre 2008 (RJ 2008, 5684), en un supuesto de venta de cosa común realizada por un comunero que no tenía la representación

del otro, afirmó que “está prohibida por el artículo 397 CC y *no cabe incardinarla en el supuesto de venta de cosa ajena, sino que se hace como propia* y en perjuicio directo de los copropietarios, con sanción de nulidad absoluta como han afirmado sentencias de esta Sala, como la STS 26 febrero 1982 (RJ 1982, 790) y 13 noviembre 2001 (RJ 2001, 9689), que cita otras muchas anteriores”.

El copartícipe que dispuso de la cosa en parte ajena sin engaño no puede impugnar el contrato. La STS 3 febrero 2009 (RJ 2009, 266) se apoyó en el artículo 597 CC para sostener que “la concesión hecha por uno separadamente de los otros obliga al concedente y a sus sucesores a no impedir el ejercicio del derecho concedido” y desestimar por este motivo la demanda de nulidad interpuesta por la hija y heredera del vendedor. Esta sentencia dejó a salvo la validez de la venta de cosa perteneciente a la comunidad postganancial efectuada por un partícipe sin el consentimiento de los demás. El vendedor del 98,072 % de una finca se había comprometido en un documento privado de compraventa a adquirir las restantes participaciones de sus titulares y a inscribir a su favor la titularidad de ellas, momento en que se otorgaría la correspondiente escritura pública y se pagaría por la compradora la parte de precio pendiente que quedaba aplazada. Para el TS, no cabe aplicar la nulidad a una situación en que las propias partes establecieron sus obligaciones sobre la base de la inexistencia de consentimiento por el resto de los partícipes.

Por el contrario, existen en los últimos años otros pronunciamientos en los que, a pesar de que el partícipe disponente manifestaba que no era el único propietario de la cosa, los tribunales declararon la ineficacia de la venta.

En el caso de la STS 19 junio 2002 (RJ 2002, 5225), la viuda manifestó que actuaba en la compraventa en su nombre y en el nombre y como mandataria de sus hijos, “sin perjuicio del refrendo” por parte de éstos, que firmarían el contrato en diligencia posterior. Al no haber prestado su consentimiento los hijos, que tenían una participación de un tercio sobre los bienes gananciales, la Audiencia Provincial declaró que la compraventa efectuada por la viuda era ineficaz, solución que ratificó el TS.

Aunque referida a un caso de venta de cosa en parte ajena con engaño, la STS 23 junio 2009 (RJ 2009, 4233) argumentó e este respecto: “al no haber sido posible tal inscripción, ni por tanto la entrega y el otorgamiento de escritura pública, *la acción que habría podido ejercitar el comprador era la de resolución del contrato*, como contrato válido, por incumplimiento de los vendedores, *no la de su cumplimiento*, por más que en abstracto el artículo 1124 CC reconozca al contratante cumplidor la opción por una u otra acción e incluso faculte a pedir la resolución después de haber optado por el cumplimiento, pues precisamente esta alternativa es la contemplada para cuando el cumplimiento resulte imposible, *imposibilidad sobradamente conocida* por el hoy recurrente al interponer su demanda en el año 2002 si se recuerda que la fecha límite para la entrega de la finca y el otorgamiento de escritura pública, previa inscripción registral del ple-

no dominio sobre la finca a favor de los vendedores, era el 31 de diciembre de 2000”.

4. El criterio adoptado por el TS en la sentencia objeto de comentario y nuestra crítica

4.1. Los argumentos utilizados y la ratio decidendi de la sentencia

La inclinación del TS por la solución de la inexistencia se muestra desde la primera frase del Fundamento de Derecho Primero, cuando se da por hecho probado que “Los hermanos D^a Lourdes Sofía y D. John Henry Riggotte adquirieron por herencia de su madre un piso ganancial”.

Es muy sintomático que el TS *dé por probado un hecho que contradice frontalmente lo que la Audiencia Provincial había dejado sentado*, pues este tribunal había estimado íntegramente la reconvencción interpuesta por dos de los demandados y, en consecuencia, había declarado nula la renuncia realizada por el padre demandado respecto a su parte del patrimonio ganancial, al legado del usufructo universal dejado por su esposa fallecida, y a su cuota legal usufructuaria, declarando también nula la liquidación de la sociedad de gananciales de su matrimonio y de la escritura de aprobación y protocolización de la herencia de la fallecida, *dando efectividad y plena vigencia al contrato privado de compraventa sobre la vivienda objeto del litigio*. Para la Audiencia Provincial, en suma, *los hijos no habían adquirido por herencia de su madre un piso ganancial* ya que ese inmueble había sido vendido dos años antes de la liquidación y partición de la sociedad de gananciales y de la herencia mediante contrato de compraventa efectivo y con plena vigencia. Al afirmar que los hijos habían adquirido el piso por herencia de su madre, el TS estaba ya dejando sin efecto la decisión de fondo de la Audiencia Provincial y los hechos que ésta había dado por probados.

Subraya también la decisión que va a adoptar después la sentencia comentada la indicación de que los hijos habían solicitado la declaración de “nulidad del contrato de compraventa *por falta del poder de disposición del vendedor*”. Esta frase, que hemos reproducido en cursiva, no venía expresada en el suplico de la demanda, aunque es posible que se hiciera constar en sus fundamentos jurídicos, que no se han reproducido en la sentencia comentada.

A continuación, el TS señala: “La Sentencia del Juzgado de 1^a Instancia de Madrid, n^o 45, de 18 febrero 2005, estimó en parte la demanda”. Pero no se indica que el juez también acogió parcialmente la reconvencción y, en consecuencia, *declaró la validez del contrato de compraventa* de 1986, celebrado entre el padre y los demandados reconvinentes. Esta omisión queda salvada al admitir el TS que el juez aplicó la solución de la venta de cosa ajena, lo que implica que se trataba de una venta válida.

En el Quinto Fundamento de Derecho, que lleva como encabezamiento “*El tipo de ineficacia de los actos del representante legal efectuados sin la correspondiente autorización*”, razona su decisión el TS de esta manera:

“La falta de concreción del art. 166 CC acerca del tipo de ineficacia que debe atribuirse a los actos realizados por el representante legal sin la autorización judicial exigida en el propio artículo, obliga a plantear cuál es el fin de protección que busca el ordenamiento jurídico cuando exige dicha autorización. En definitiva, se trata de integrar el art. 166 CC, con lo que dispone el artículo 1259.1 CC, cuando dice que “ninguno puede contratar a nombre de otro [...] sin que tenga por la ley su representación legal”. De donde surgen los siguientes argumentos favorables a la ineficacia del acto en el sentido que luego se explicitará: a) el artículo 166 CC es una norma imperativa, que coincide con lo dispuesto en el artículo 1259 CC y a salvo la ratificación, su incumplimiento lleva a la aplicación del Art. 6.3 CC, es decir, la nulidad del acto; b) el fin de protección de la norma contenida en el art. 166 CC es la salvaguardia del interés de los menores, que no pueden actuar por sí mismos y que pueden encontrarse en situaciones de desprotección cuando alguien contrata en su nombre y obliga sus patrimonios sin el preceptivo control, ya que deberán asumir las correspondientes deudas; c) la actuación de los padres siempre debe tener como finalidad el interés del menor, tal como dispone el Art. 154.2 CC. La representación legal no es un derecho de los padres, sino de los hijos, que les permite exigir que se actúe en beneficio de sus intereses. A favor, la Convención de los derechos del niño, aunque no contemple directamente este supuesto; d) el propio Art. 1259 CC se añade a esta argumentación según la doctrina y alguna jurisprudencia, ya citada, porque va a permitir que el contrato pueda ser objeto de ratificación por el propio interesado cuando sea favorable a sus intereses.

De aquí que deba aplicarse lo dispuesto en el art. 1259 CC, porque la autorización judicial para la realización del acto por el representante legal cuando la ley lo requiera tiene naturaleza imperativa en el Código civil y no es un simple complemento del acto a realizar. De acuerdo con el Art. 166 CC, la representación de los padres como representantes legales, no alcanza los actos enumerados en el Art. 166 CC. Los actos de disposición deben tener causas de utilidad justificadas y se deben realizar previa autorización judicial con audiencia del Ministerio Fiscal. La autorización judicial no es un complemento de capacidad como ocurre en la emancipación o en la curatela, sino que es un elemento del acto de disposición, puesto que los padres solos no pueden efectuarlo. Y todo ello, para obtener la protección de los intereses del menor.

El acto realizado con falta de poder, es decir, sin los requisitos exigidos en el artículo 166 CC constituye un contrato o un negocio jurídico incompleto, que mantiene una eficacia provisional, estando pendiente de la eficacia definitiva que se produzca la ratificación del afectado, que puede ser expresa o tácita. Por tanto, no se trata de un supuesto de nulidad absoluta, que no podría ser objeto de convalidación, sino de un contrato que aun no ha logrado su carácter

definitivo al faltarle la condición de la autorización judicial exigida legalmente, que deberá ser suplida por la ratificación del propio interesado, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1259.2 CC, de modo que no siendo ratificado, el acto será inexistente.

Este es el supuesto planteado en este recurso de casación: efectivamente, el padre vendedor no pidió la autorización judicial para la venta de uno de los bienes que formaban la herencia de su esposa y que fueron adquiridos por sus hijos como herederos de la misma y cesionarios del padre que renunció a su favor su cuota de gananciales. No consta probado ningún acto de ratificación efectuado por los hijos desde el momento en que alcanzaron la mayoría de edad y es por todo ello que el contrato no reúne los requisitos antes explicitados, por lo que incurre en la sanción de nulidad”.

4.2. Acierto de la sentencia objeto de comentario

Así, pues, el TS se decanta por la segunda de las soluciones jurisprudenciales expuestas en la sentencia comentada.

A nuestro juicio, la *ratio decidendi* de la sentencia es la *incardinación del supuesto en el ámbito del artículo 1259 CC: los padres no tienen la representación de sus hijos en los supuestos mencionados en el artículo 166 CC mientras no hayan obtenido la autorización judicial*. Son *falsos representantes* en ese supuesto concreto. En consecuencia, los actos realizados por los padres sin contar con esa autorización judicial serán *nulos*, en el sentido de *incompletos*, pues sólo la ratificación por parte de los hijos podría convalidar la actuación de sus progenitores. Y en el caso enjuiciado, en lugar de ratificar, los hijos impugnaron la eficacia del acto que les estaba perjudicando, pues aparte de estar privados de la posesión, estaba cercana la fecha de la adquisición de la finca por usucapión extraordinaria por parte de los compradores.

Obsérvese que, a pesar de referirse enfáticamente a la protección del interés del menor, la sentencia objeto de comentario no aplica la declaración de nulidad radical del artículo 6.3. CC, lo que hubiera impedido cualquier ratificación posterior por parte de los partícipes cuyo consentimiento había sido omitido.

La solución nos parece plenamente acertada porque coincide con la que proponíamos hace una década, en contra de la jurisprudencia entonces imperante (RAGEL SÁNCHEZ, L.F., *Estudio legislativo... Familia*, cit., pg. 563). En relación con el acto llevado a cabo por el representante legal, sin la preceptiva autorización judicial o del menor, nos pronunciábamos en estos términos: “A nuestro juicio, se trataría de un acto incompleto, *inexistente en tanto no sea ratificado* por el propietario, una vez que alcance la plena capacidad (art. 1259 CC), solución que permite aprovechar la gestión útil del representante, pero que no obliga a impugnar a los hijos, lo que tendrá una gran importancia en caso de que el acto se haya

efectuado a título gratuito. En parecidos términos se pronuncian De Castro, Díez-Picazo, Reverte y Marín García de Leonardo”. Igualmente, esa era la solución propuesta anteriormente por SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA, J.M. y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, F. (*ob. cit.*, pg. 890 y 891).

Sin embargo, no vamos a contentarnos con aplaudir la decisión, que es acertada, porque la sentencia comentada también ofrece algunos aspectos criticables o, al menos, que requieren algunas precisiones.

4.3. Equiparación de la inexistencia y la nulidad absoluta

Podría criticarse que la sentencia *utilice las categorías de nulidad e inexistencia intercambiándolas, como si fueran sinónimas*. Mas no se trata de una novedad absoluta de este pronunciamiento, puesto que el TS ya venía equiparando esas categorías, en algún caso de manera un tanto enojosa; así, la STS 25 noviembre 1999 (RJ 1999, 8434) aludía a “la deletérea distinción existente entre actos jurídicos inexistentes y nulos”.

La STS 16 octubre 2006 (RJ 2006, 6629), en un supuesto de simulación absoluta, realizada para poner un bien embargado ese mismo día fuera del alcance del acreedor embargante, declaró que “cuando además de producirse el intento fraudatorio, se hayan dado otras circunstancias, como es en el caso la inexistencia de causa, la falta de precio, puede decirse que, además de fraude, *no hay contrato*”. Para el TS, “cuando, como han dicho las sentencias de instancia, se ejercita una acción de nulidad por simulación o, en todo caso, se estaría ante la impugnación de la eficacia del contrato por fraude de los derechos del Banco actor, baste decir que una reiteradísima y unánime jurisprudencia, con la que se muestra de acuerdo la doctrina usual, señala la amplia legitimación para ejercer la acción de *nulidad por inexistencia y la nulidad radical o de pleno derecho*, de los terceros, aún cuando no hayan sido parte del contrato [entre muchas otras, SSTS 10 abril 2001 (RJ 2001, 6675), 17 febrero 2000 (RJ 2000, 1338), 21 noviembre 1997 (RJ 1997, 8095), 24 mayo 2002, 14 junio 2002 y 24 julio 2002 (RJ 2002, 6936), 5 noviembre 1990 (RJ 1990, 8464) –que la califica de «constante doctrina» y la remonta a la STS 23 septiembre 1895– 15 marzo 1994, 7 marzo 1996 (RJ 1996, 1942), etc., etc.]. Y no se duda, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, de la legitimación de un acreedor para ejercitar la acción revocatoria o pauliana, como puede comprobarse, entre muchas otras, en las SSTS 13 octubre 1911, 27 marzo 1962, 15 noviembre 1995, 30 julio 1999 [RJ 1999, 5724], 28 diciembre 2001, con una línea consolidada que estima la posibilidad de ejercicio de la acción incluso para la defensa o protección de créditos cuya exigibilidad o incluso nacimiento pueda ser posterior a la enajenación, siempre en base a un estudio concreto [SSTS 18 marzo 1929, 14 junio 1958, 2 marzo 1981 (RJ 1981, 882), 17 febrero 1986 (RJ 1986, 684), 28 noviembre 1997 (RJ 1997, 8430), 18 junio 1999, 29 marzo 2001 (RJ 2001, 4774) y 11 octubre 2001 (RJ 2001, 8629), etc.]”.

La STS 9 octubre 2008 (RJ 2008, 5684) tampoco aclaró demasiado sobre la distinción, al señalar que la venta hecha por falso representante “es, pues, un negocio jurídico *inexistente*, terminología o incluso concepto que *se confunde con nulidad* y también se identifica una y otra o se incluye la primera en la segunda”.

Por nuestra parte, hemos manifestado hace años (RAGEL SÁNCHEZ, L.F., *Manual de Derecho civil: Derecho de obligaciones y contratos*, Librería Técnica Universitaria Figueroa 2, Cáceres, 1997, pgs. 218 a 223; y *Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho civil: Obligaciones y contratos*, Dykinson, Madrid, 2000, pgs. 339 a 346) que el concepto de inexistencia se diferencia del de nulidad en su caracterización (no tiene apariencia jurídica de validez) y en sus efectos (no requiere impugnación judicial). La inexistencia sirve perfectamente como encuadre jurídico para todos los casos en que no se completa el supuesto de hecho contractual, como sucede con los llamados *contratos incompletos*, que carecen de efectos hasta que acontezca el acto jurídico exigido por el Derecho para que se produzca su eficacia. Si la inexistencia careciera de los rasgos diferenciales que respecto de la nulidad hemos propuesto, no tendría ningún sentido la distinción entre ambas figuras. Bastarían con distinguir entre nulidad por falta de alguno de los requisitos exigidos en el artículo 1261 CC y nulidad por contravención de normas imperativas o prohibitivas.

Sin embargo, hemos de reconocer que los términos que se utilizan dan lugar a la confusión. Al decir *contrato incompleto* estamos admitiendo en cierto modo que *hay contrato*, lo que no es verdad. Por eso, quizás sería mejor hablar de *suspensión de validez y eficacia*. *No hay contrato* mientras no preste su consentimiento la persona que tiene que prestarlo para que nazca la relación contractual y es muy posible que eso no llegue a suceder nunca.

Cuando el artículo 1261.1º CC establece que no hay contrato sin consentimiento de los contratantes, habría que averiguar quiénes son los *contratantes* a que se refiere el precepto.

Si se refiere a *los contratantes que efectivamente han suscrito el contrato*, la ausencia de consentimiento sólo podría referirse a los supuestos de *incapacidad natural*, *error obstativo*, *simulación* e incluso al supuesto de contrato celebrado bajo *violencia*, aunque la mayoría de los autores consideran que este último supuesto es de anulabilidad. En todos los casos enumerados, a pesar de que un contratante dice que quiere contratar y aparenta que lo hace, en realidad no quiere hacerlo o no quiere hacerlo en los términos en que se ha pronunciado, caso del error obstativo o de la simulación relativa. Pero como *se ha creado una apariencia de contrato* al haber sido parte del mismo el contratante que tenía poder de disposición, esa apariencia podría hacer confiar a los terceros de buena fe, que tendrían protección jurídica en caso de que adquirieran derechos del titular aparente. Por esa razón se necesita atacar la eficacia del contrato por parte de la persona que resulte perjudicada por él.

Si el artículo 1261.1° CC se refiere también a las *personas que deberían haber suscrito el contrato pero no lo han hecho*, se diría que no hay consentimiento de los contratantes porque los que han contratado no tenían todo o parte del poder de disposición que se necesitaba para contratar válidamente. Entrarían aquí los supuestos del *falsus procurador* y todos los que guardan semejanza con él, como sería el acto de disposición sobre la cosa común realizado sin que todos los partícipes hayan emitido su consentimiento. En todos estos casos, *no se ha creado una apariencia de contrato* porque *no han sido parte del mismo todas las personas que deberían haber intervenido*. Es cierto que *este juicio sobre la apariencia jurídica requiere tener un conocimiento técnico sobre la validez de los contratos* y una persona que ignore por completo el Derecho puede resultar engañada sobre el contenido del poder de disposición que tiene la otra parte contratante, pero aún es más cierto que el Derecho no protege a los que ignoran las normas (art. 6.1 CC) y ese contenido insuficiente del poder de disposición o una falta absoluta de dicho poder podrían haber quedado de manifiesto si la otra parte contratante hubiera diligente al ejercitar sus derechos y hubiera contado con un asesoramiento jurídico eficaz.

A nuestro juicio, el artículo 1261.1° CC se refiere al consentimiento *de los contratantes*, es decir, de las *personas que aparentemente lo prestaron* pero en realidad carecían de consentimiento sobre aquello que decían querer. Cuando la falta de consentimiento se refiere a los no contratantes, a los terceros, estaríamos en el supuesto de hecho regulado en el artículo 1259 CC y en otros casos semejantes, como el previsto en el artículo 597 CC, anteriormente mencionado.

Después de todo lo que hemos manifestado acerca de la falta de claridad de las normas y de la jurisprudencia que las interpreta, hemos llegado finalmente al convencimiento de que, con base en el Derecho vigente, *de lege data*, *no se puede establecer una nítida diferencia entre la inexistencia y la nulidad* porque las normas positivas no apoyarían esa distinción. Lo único que se puede hacer es *separar los casos de nulidad insanable y del contrato incompleto*, ya que éste puede perfeccionarse cuando se añada el elemento esencial que le falta.

Por esa razón, no vamos a criticar que la sentencia objeto de nuestro comentario incurra en cierta confusión entre las figuras de la nulidad y de la inexistencia, porque lo contrarresta al realizar un esfuerzo encomiable para deslindar lo que llama *nulidad absoluta*, que no es convalidable, y el contrato *incompleto*, que se completaría cuando se produjera la ratificación de la persona afectada.

4.4. *Distinción entre falta de poder, extralimitación del poder y falso poder*

La sentencia que estamos comentando se refiere al supuesto de hecho contemplado por el artículo 1259 CC utilizando unas veces la expresión *extralimita-*

ción de poder y otras la de *falta de poder*. En cierto sentido podría entenderse que son expresiones sinónimas, pues el representante que tiene poder para ciertas cosas y no lo tiene para otras, cuando realiza lo que no tiene permitido (falta de poder) estaría actuando fuera de los límites del poder (extralimitación). Pero también podría entenderse en otro sentido y hablarse de extralimitación del poder cuando, teniendo facultades para realizar ciertos actos (*v.gr.*, para comprar), el representante se excede del límite (*v.gr.*, por valor no superior a 300.000 euros); mientras que la falta de poder consistiría precisamente en no tener concedida esa facultad (*v.gr.*, no la tiene para comprar).

La sentencia comentada no utiliza la expresión falso representante o *falsus procurator*, que es como tradicionalmente se viene identificando el supuesto de hecho regulado en el artículo 1259 CC, que establece:

“Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado o sin que tenga por la ley su representación legal.

El contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante”.

Falsus procurator sería la persona que, manifestando en un contrato que representa a otra, es decir, que tiene facultades suficientes para que el contrato surta plenos efectos en la esfera de esa persona representada, *no es en verdad su representante* o, en caso de que lo fuera, *no tiene facultades concretas para representarlo en el acto que realiza*.

La conocida STS 25 junio 1946 (RJ 1946, 838) señaló que el supuesto del artículo 1259 CC *es de inexistencia*, y aclaró: “*No existe contrato, por falta del concurso del consentimiento, hasta tanto que la misma ratificación no aporte el de la persona a cuyo nombre se contrató*”. De esta frase parece inferirse que, para el TS, el supuesto del artículo 1259 CC encaja en el artículo 1261.1º CC (“*No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1º Consentimiento de los contratantes...*”).

El TS añadió en esa ocasión otra característica del supuesto: “la parte que contrata en su propio nombre, tiene la posibilidad de separarse del convenio, revocando su consentimiento antes de que se produzca la ratificación por lo mismo que, hasta ese instante al no haberse producido la concurrencia de las dos voluntades, *no existe vínculo obligatorio alguno*”; lo que completa así: “refleja negocios jurídicos que, *frente al ratificante, nunca han existido*”.

Esta última frase es importantísima y destaca, a nuestro juicio, la característica fundamental de la inexistencia: *el falso representado puede quedarse tranquilo; para él, el contrato no existe*, ni desde el punto de vista de la eficacia directa (no le vincula), ni desde el punto de vista de la eficacia indirecta (no le puede afectar o perjudicar). Por esa razón, el falso representado *no necesita ejercitar una acción*

para que se declare que el contrato es inexistente, y esta es la diferencia fundamental que existe respecto de la nulidad propiamente dicha, en la que el contrato tiene una apariencia de validez, que dura hasta que el juez declare su invalidez.

5. Distinción entre supuestos

La venta de un bien que parcialmente pertenece a los hijos menores de edad, necesita la autorización judicial o la ratificación de los hijos cuando alcancen la mayoría de edad para que el contrato quede perfeccionado. Cuando no se verifiquen estos requisitos de validez y eficacia, la calificación del acto dependerá del supuesto que realmente haya acaecido, puesto que cabe distinguir entre los siguientes:

5.1. Venta con engaño o fingimiento sobre la cualidad de dueño del vendedor

Se trataría de un contrato *nulo por ilicitud de la causa*, al castigar el Código penal por delito de estafa a “*quien, atribuyéndose falsamente sobre una cosa mueble o inmueble facultad de disposición de la que carece, bien por no haberla tenido nunca, bien por haberla ya ejercitado, la enajenar, gravar o arrendar a otro, en perjuicio de éste o de tercero*” (art. 251.1º CP).

La *estafa inmobiliaria o de fingimiento de venta* ha estado tipificada en todos los Código Penales, desde el de 1848. Para que la contratación sea punible desde el punto de vista penal habrá que *acreditar la existencia de un perjuicio* por parte del comprador o de un tercero. Hay casos en que el *perjuicio recae sobre el dueño* de la cosa, como sucede cuando el comprador se convierte en titular registral o en poseedor; así ocurrió cuando se gestionó una declaración notarial de herederos abintestato a favor de un solo heredero con el propósito de enajenar bienes hereditarios, a pesar de que ya existía una anterior declaración judicial a favor de cuatro herederos (STS 19 diciembre 1999, Sala 2ª). En otros supuestos, por el contrario, el *perjuicio recae sobre el comprador* porque el dueño está bien protegido por su titularidad registral y su posesión; así sucedió cuando se vendió un aprovechamiento por turnos que no pertenecía al vendedor (STS 16 marzo 2010, Sala 2ª).

Al ser un *contrato con causa ilícita*, se aplicaría el artículo 1275 CC y estaríamos ante un contrato que *no produce efecto alguno, ni siquiera la adquisición a non domino* a la que se refiere el artículo 34 LH. Sería un supuesto de *nulidad radical o absoluta*. Cuando sólo hay delito de parte de uno de los contratantes, *el no culpado podrá reclamar lo que hubiere dado y no estará obligado a cumplir lo que hubiera prometido* (art. 1305.II CC).

Esta calificación tiene el inconveniente de que, al estar basada en un tipo penal, necesita que se acredite el *perjuicio del contratante o del dueño, lo que no siem-*

pre se podrá probar. Así, por ejemplo, cuando la venta no ponga en peligro la posición del dueño por no haberse entregado la cosa y no ser titular registral el vendedor, y el comprador no haya efectuado desembolso alguno, no se habrá producido perjuicio del contratante o del dueño y no existirá delito. En tales casos, el acto realizado con engaño o fingimiento que no crea apariencia de validez es *completamente inocuo, por lo que el dueño no tendrá que molestarse en solicitar la declaración de nulidad o inexistencia.*

5.2. *Venta con engaño o fingimiento sobre la cualidad de representante del contratante*

Entramos de lleno en la órbita del artículo 1259 CC, que es ley especial. Aunque este precepto establezca que el contrato será nulo, *no se trata de un verdadero supuesto de nulidad absoluta o radical.* Si fuera nulo de raíz, no podría convalidarse, sanarse, confirmarse o ratificarse.

Se trata en realidad de un *contrato incompleto*, como señaló la STS 7 julio 1944 (RJ 1944, 908), que tiene *suspendida la validez y eficacia*, que es *inexistente* hasta que se produzca, si es que se produce, la ratificación del *verus dominus*. Estamos ante la misma situación que se da cuando una persona hace una *oferta de contrato: no existe contrato* mientras no se produzca la aceptación por parte de destinatario de la oferta. En ambos supuestos, la parte que ha anticipado su consentimiento puede revocarlo antes de que la otra parte emita el suyo.

Con la solución de la inexistencia del contrato en caso de que el contratante haya falseado su condición de representante, sólo hay dos salidas:

1ª. Que *el verdadero dueño ratifique* la actuación del contratante antes de ser revocado por la otra parte contratante, en cuyo caso se perfeccionará la compra-venta,

2ª. Que *niegue la ratificación*, en cuyo caso el comprador podrá *revocar* el contrato y pedir al otro contratante la restitución del precio y, en su caso, la *indemnización* por los daños y perjuicios que haya sufrido.

Teóricamente, al haber sido engañado por el contratante sobre su cualidad de representante del dueño, el comprador podría *anular el contrato por dolo*, pero será más práctico que se limite a *revocar su consentimiento* para desligarse de la relación que le une con el falso representante.

En la sentencia objeto de nuestro comentario, el TS consideró que la venta hecha por el viudo era nula o inexistente, por encajar en el supuesto regulado en el artículo 1259 CC. Como el vendedor *dio indebidamente ejecución al contrato* al entregar la cosa vendida a los compradores, ocasionó un *perjuicio a sus hijos, puesto que se vieron privados de utilizarla*, lo que les obligó a ejercitar una acción reivindicatoria en la que solicitaron que se declarase la ineficacia de la venta efectuada, única manera de evitar que se produjera la usucapión a favor de los

compradores. Hay que tener en cuenta que la STS 26 febrero 2008 (RJ 2008, 2819), en un supuesto de venta de una cosa en parte ajena, estimó que se trataba de un supuesto de usucapión ordinaria, cuyo plazo de prescripción es de diez años.

5.3. Ventas judiciales y administrativas

Cuando la cosa que pertenece en parte a los hijos menores figurase inscrita en el Registro de la Propiedad como adquirida por el padre para la sociedad de gananciales y fuera embargada en un procedimiento judicial o una vía de apremio administrativa dirigidos contra el titular registral y seguidas de una enajenación forzosa que concluyera con una adquisición por un mejor postor de buena fe, hay que plantearse si la venta es válida.

En las *ventas judiciales y administrativas no hay engaño*, fingimiento o falsa atribución del poder de disposición sobre la cosa. Aunque la autoridad judicial o administrativa sustituye en la venta al titular registral, no se trata del mismo supuesto. Al trabar embargo sobre una finca que está inscrita a nombre del deudor, no está incurriendo en engaño ni en delito de estafa porque *dispone sin conocer que la finca es de persona diferente al titular registral*, creyendo que la finca pertenece a éste.

La importante STS 5 marzo 2007 (RJ 2007, 723), del Pleno de la Sala 1ª, fue dictada en un caso frecuente, en que la Administración tributaria había embargado una finca que ya no pertenecía al titular registral, pues la había transmitido previamente en escritura pública no inscrita en el Registro de la Propiedad. La subasta administrativa que siguió al embargo era, por lo tanto, una venta de cosa ajena.

El TS protegió al adjudicatario de la finca en la subasta y que inscribió su adquisición en el Registro de la Propiedad, al “fijar como doctrina que la circunstancia de no pertenecer ya al ejecutado la finca embargada, por habérsela transmitido a otro pero sin constancia registral de la transmisión, *no determina la nulidad del acto adquisitivo del tercero por venta judicial o administrativa*, pues precisamente por tratarse de una circunstancia relativa al domino y carecer de constancia registral no puede impedir la adquisición del dominio por quien confió en el Registro y a su vez inscribió. Se trata, en definitiva, de un *efecto combinado de los principios de inoponibilidad y de fe pública registral que sacrifican el derecho real de quien no inscribió, pudiendo haberlo hecho*, en beneficio de quien sí lo hizo después de haber confiado en el Registro”.

Para el Pleno de la Sala 1ª del TS, “no pudiendo tacharse de nulo el acto adquisitivo de la sociedad adjudicataria en procedimiento de apremio por la sola circunstancia de haberse embargado la finca cuando ya no pertenecía al titular registral, *la posterior inscripción salvó la falta de poder de disposición de dicho titular*. Se trató de una *segunda enajenación hecha por el mismo transmitente*, puesto que la

escritura pública se otorgó por la autoridad administrativa competente en sustitución del mismo; enajenación que determinó, merced a su posterior inscripción, el mantenimiento de la propiedad del segundo adquirente por aplicación del artículo 34 LH, ya que adquirió la finca de quien registralmente aparecía facultado para transmitir su dominio y el procedimiento administrativo de apremio, con independencia del embargo trabado sobre la finca después de su enajenación al Banco demandante, *no adoleció de irregularidad alguna que pudiera determinar la nulidad del acto adquisitivo en el sentido contemplado por el artículo 33 LH*, cual hubiera sido la omisión del algún trámite esencial de dicho procedimiento; a todo lo cual, en fin, se une que en ninguna de sus dos demandas acumuladas pidió el Banco actor la nulidad de aquel embargo ni de ninguna otra fase del procedimiento administrativo de apremio, sino única y exclusivamente la de la venta misma”.

Esta doctrina ha sido reiterada por las SSTS 20 marzo 2007 (RJ 2007, 1849), 5 mayo 2008 (RJ 2008, 5502), 8 octubre 2008 (RJ 2008 5778), 3 noviembre 2008 (RJ 2008, 5885), 18 diciembre 2008 (RJ 2009, 532) y 6 marzo 2009 (RJ 2009, 1635), en algún caso de manera incorrecta, a nuestro entender, pues no existía la identidad de supuestos que se requiere para aplicar la doctrina jurisprudencial.

Somos conscientes de que los tribunales son reacios a declarar la nulidad de las ventas forzosas en que intervienen ellos o los órganos administrativos autorizados pues, además de suponer un reproche a la actuación pública que nunca gusta realizar, ello representaría una *merma de las garantías que para el cobro de las deudas supone la intervención de la autoridad judicial o administrativa*, algo que es muy importante en un sistema de protección al acreedor como es el nuestro.

Es cierto que el artículo 594 LECiv presta a los jueces un importante servicio y parece apoyar la tesis de la validez de la adquisición al titular registral no propietario, al permitir la posterior transmisión de bienes embargados no pertenecientes al ejecutado en los casos en que el verdadero titular no hiciese valer sus derechos por medio de la tercería de dominio. Sin embargo, aún es más cierto que el precepto *deja a salvo la posible acción de nulidad de la enajenación, cuyo triunfo haría aplicable el artículo 33 LH*. Un supuesto sería el caso de mala fe del adjudicatario, el conocimiento de la ajenidad por parte de éste y su connivencia con el fingido vendedor. Otro supuesto sería el *desconocimiento de la ajenidad de la cosa subastada por parte de vendedor y comprador*. Según la STS 7 junio 1996 (RJ 1996, 4827), además del engaño, el otro supuesto en que no sería válida la venta de cosa ajena es cuando exista *ignorancia de ambas partes respecto a la ajenidad de la cosa*.

La solución acertada, a nuestro juicio, consiste en *aplicar la solución que el artículo 1259 CC ofrece para el supuesto del falso representante*. Si es nula la venta de cosa ajena con ignorancia de la realidad sobre la cualidad de representante,

la misma razón justifica que sea nula cuando la ignorancia recae sobre la cualidad de dueño por parte del vendedor.

Las ventas judiciales no gozan de patente de validez. El artículo 1489 CC establece: “*En las ventas judiciales nunca habrá lugar a la responsabilidad por daños y perjuicios, pero sí a todo lo demás dispuesto en los artículos anteriores*”. La única diferencia entre la venta judicial y la venta voluntaria consiste en que la primera no desencadena la responsabilidad por daños y perjuicios por la existencia de gravámenes ocultos, pero no impide que se pueda producir la *evicción*, lo que significa que *el título del comprador de cosa ajena puede ser anulado por haber vencido en juicio la persona que tiene la propiedad sobre ella.*

5.4. *Venta de cosa con aceptación de que está sujeta a derechos o pretensiones de un tercero o venta de cosa en parte ajena en sentido propio*

La venta de cosa con aceptación de que está sujeta a derechos o pretensiones de un tercero es un contrato que recoge con claridad la declaración del vendedor de afirmar que *la cosa vendida no le pertenece, en todo o en parte, que no está actuando en representación del dueño y que se compromete a conseguir que éste preste su consentimiento para conseguir la transmisión del dominio al comprador.* Es un contrato válido porque el comprador sabe que el vendedor no puede transmitirle la propiedad.

La venta de cosa en parte ajena permite, además, una posibilidad que no puede darse en la venta de cosa ajena. El que dispone de una cosa de la comunidad en la que está integrado como partícipe puede tener la *esperanza*, más o menos fundada, *de adjudicarse el bien en la partición* de la comunidad que tendrá que celebrarse. En algunos casos, la comunidad tiene bienes suficientes como para albergar la esperanza de adjudicarse el bien vendido; en los demás casos también será posible adjudicarse el bien compensando en dinero a los demás partícipes.

Por esa razón, el vendedor de cosa en parte ajena puede *condicionar suspensivamente la transmisión del bien de la comunidad a que se le adjudique en la futura partición de la comunidad*, por analogía con el supuesto contemplado en el artículo 1380 CC: la transmisión puede ser válida, si se estima que se trata de un acto sujeto a condición suspensiva.

6. Bibliografía

GARCÍA PASTOR, M., *Jurisprudencia civil comentada*, tomo I, dirigida por PASQUAU LIAÑO, M, y coordinada por ALBIEZ DOHRMAN, K.J., Y LÓPEZ FRÍAS, A., Comares, Granada, 2009

- RAGEL SÁNCHEZ, L.F., *Manual de Derecho civil: Derecho de obligaciones y contratos*, Librería Técnica Universitaria Figueroa 2, Cáceres, 1997
- RAGEL SÁNCHEZ, L.F., *Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho civil: Obligaciones y contratos*, Dykinson, Madrid, 2000,
- RAGEL SÁNCHEZ, L.F., *Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho civil: Familia*, Dykinson, Madrid, 2001
- RIVERA FERNÁNDEZ, M., *Jurisprudencia civil comentada*, tomo III, dirigida por PASQUAU LIANO, M, y coordinada por ALBIEZ DOHRMAN, K.J., Y LÓPEZ FRÍAS, A., Comares, Granada, 2009
- ROVIRA SUEIRO, M., *Manual de Derecho civil: Derecho de familia*, coordinado por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Bercal, Madrid, 2007
- SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA, J.M. y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, F., “Los actos de disposición de bienes de menores sometidos a la patria potestad en el Código civil (Comentario a una reforma)”, RDP, 1981, pgs. 851 y ss.