

- OBJETO** Venta de bienes de hijos menores por sus padres sin autorización judicial. Venta de bienes comunes por comunero. Venta por usufructuario. Renuncia en perjuicio de terceros.
- PARTES** Los hermanos Dña. M.L.R. y D. J.H.R. (recurrentes) *contra* D. A.T.I. y Dña. R.M.V.G., (compradores) y su padre J.R. (vendedor).
- PONENTE** Exma. Sra. Dña. Encarna Roca Trías.
- ACUERDO** Ha lugar al recurso

*DISPOSICIONES LEGALES APLICADAS:*

*Arts. 166, 399, 1257, 1259, 1301, 6.2 y 6.3 CC.*

*DOCTRINA:*

*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.*

---

*HECHOS:*

En junio de 1985 Dña. Dolores O.A., de vecindad civil común y casada con D. J.R. en régimen de gananciales, adquirió una vivienda en Madrid para su sociedad conyugal. En diciembre de 1985 Dña. Dolores falleció bajo testamento en el que nombraba herederos universales a sus hijos menores (de unos doce años en aquel momento) Dña. M.L.R. y D. J.H.R., gravados con un usufructo universal a favor de su esposo.

En junio de 1986 se firmó una escritura privada en la que D. J.R. vendía

en su nombre y en el de sus hijos el inmueble a D. A.T.I. y Dña. R.M.V.G. por un precio de 6.650.000 ptas. (casi 40.000 €) sin haber solicitado la autorización judicial exigida por el art. 166 CC. Los compradores recibieron la posesión del inmueble y pagaron a cuenta 250.000 ptas.

En septiembre de 1988 se otorgó escritura pública en la que se liquidaban la sociedad de gananciales y la herencia de Dña. Dolores, D. J.R. renunciaba a su mitad de gananciales y a los usufructos legal y testamentario que le correspondían, y se declaraba a los hijos M.L.R. y J.H.R. herederos universales de su madre. La escritura se inscribió en el Registro.

En 2003 los hermanos M.L.R. y J.H.R., ya mayores de edad, demandaron a los compradores y a su padre solicitando la declaración de nulidad de la venta y la restitución de la posesión del inmueble. D. J.R. no compareció y los compradores-demandados se opusieron y reconviniéron que se declarara la nulidad de las renunciaciones de D. J.R. y se les otorgara escritura pública de compraventa.

El JPI de Madrid estimó en parte la demanda (declarando que el inmueble era propiedad de los hermanos) y en parte la reconvención (declarando la validez de la compraventa entre el padre y los compradores y la nulidad de la renuncia). Recurrieron ambas partes.

La AP Madrid estimó el recurso de los demandados-reconvinientes, revocó la sentencia de instancia y declaró la nulidad de la renuncia del padre-vendedor y la validez de la venta por haber quedado convalidada por transcurso del plazo legal de 4 años (art. 1301 CC), por lo que condenó a los demandantes-reconvinidos a otorgar escritura pública de compraventa. Los demandantes recurrieron.

El Pleno del TS estimó el recurso de los demandantes, revocó la instancia y estimó la demanda, declarando la nulidad de la venta y condenando a los demandados a devolver la finca y a los demandantes a devolverles el precio recibido, sin intereses.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**—Resumen de los hechos probados.

1º Los hermanos Dª Flor y D. José María adquirieron por herencia de su madre un piso ganancial. La madre propietaria, Dª Angela, falleció el 29 diciembre 1985. La correspondiente partición tuvo lugar el 21 de septiembre de 1988, se inscribió la totalidad de la finca a nombre de ambos herederos, al haber renunciado su padre a su parte de los bienes gananciales, al le-

gado de usufructo y a la cuota legal usufructuaria, adjudicándose los hijos por mitad el caudal hereditario.

2º El 13 junio 1986, D. José María, es decir, antes de las operaciones descritas en el apartado anterior, procedió a vender en nombre propio y de sus hijos menores de edad, en documento privado a D. Ezequiel y Dª Delia el inmueble objeto del litigio. Los hijos herederos, ahora demandantes, eran menores de edad en aquel momento y no

se había autorizado judicialmente la venta.

3º Dª Flor y D. José María demandaron a D. Ezequiel, Dª Delia, compradores, y D. José María, su padre y vendedor. Pidieron que se declarara la nulidad del citado contrato de compraventa por falta del poder de disposición del vendedor y que se declarara la obligación de los compradores de reintegrar el inmueble al patrimonio hereditario. D. José María no compareció en el procedimiento y fue declarado en rebeldía. Los compradores contestaron a la demanda oponiendo la prescripción de la acción de acuerdo con el art. 1301 CC (LEG 1889, 27), porque entendían que la venta se había convalidado por el transcurso de 4 años desde la mayoría de edad de los herederos, sin que se hubiera impugnado. Consideraron que concurría fraude en la renuncia efectuada por el padre codemandado y formularon reconvención pidiendo que se declarara que eran los legítimos propietarios porque, además, habían pagado el precio.

4º La Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia de Madrid, núm. 45, de 18 febrero 2005, estimó en parte la demanda. Los argumentos son: a) la disposición efectuada por el padre sobre el inmueble recaía sobre un bien que pertenecía a la comunidad hereditaria hasta que no se llevara a cabo la liquidación de la comunidad y por ello era necesario el consentimiento de todos los titulares para la disposición; b) aplica la solución de la venta de cosa ajena, por lo que la validez es forzoso admitirla inter partes, de modo que se desestima la nulidad pretendida; c) estima la acción reivindicatoria ejercida en la demanda por haber procedido el padre a la venta antes de la liquidación de la herencia de la madre; d) respecto de la reconvención, dice que D. José María aceptó tácitamente la herencia de su esposa con la venta que realizó, por lo que la renuncia a los derechos hereditarios fue un acto nulo

porque éstos habían sido ya enajenados.

5º La sentencia de apelación de la Audiencia Provincial Madrid, sección 18, de 3 noviembre 2005 (JUR 2006, 1515), estimó el recurso considerando que había prescrito (sic) la acción y admitiendo la excepción alegada por los demandados. Los argumentos son: a) La enajenación realizada por el padre en nombre y representación de sus hijos sin la preceptiva autorización judicial no es nula, sino que es anulable y susceptible de convalidación; b) Ha transcurrido con exceso el plazo de 4 años del art. 1301 CC desde que los menores alcanzaron la mayoría de edad, por lo que la acción ha prescrito (sic) y se ha convalidado el contrato por el transcurso del tiempo.

6º Los demandantes, Dª Flor y D. José María, presentaron recurso de casación en base a lo dispuesto en el art. 477.2, 2 LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892), dividido en nueve motivos, que fue admitido por auto de esta Sala por auto de 8 julio 2008.

#### SEGUNDO.—Defectos formales.

Los primeros motivos del recurso deben rechazarse por defectos formales en su planteamiento. Efectivamente, el motivo segundo cita como infringidos los Arts. "1261 y concordantes del Código Civil (LEG 1889, 27) por falta de aplicación"; el motivo tercero cita la misma infracción en este caso, además, acompañada de la de los Arts. 392, 397, 399, 1392 y concordantes del Código Civil, también por falta de aplicación; el motivo cuarto denuncia la infracción del art. 6.3 CC y concordantes por falta de aplicación, así como por vulneración de los Arts. 1301 y 1311 CC por aplicación indebida y finalmente, el motivo quinto denuncia la infracción de los Arts. 348, 349 y concordantes del CC, por falta de aplicación.

Todos estos motivos se desestiman porque incurrir en el vicio reiterada-

mente denunciado en la jurisprudencia de este Tribunal, de no identificar correctamente las normas infringidas, doctrina que por ser suficientemente conocida, no se repite.

Además, el motivo primero debe ser también desestimado porque lo allí planteado se plantea por primera vez en casación.

**TERCERO.**—*La infracción del art. 166 CC.*

Desestimados los motivos primero al quinto, debe entrarse a examinar el sexto, que se plantea como subsidiario para el caso de que no se hubieran estimado los anteriores. Se denuncia la infracción, por falta de aplicación, del art. 166 CC. Dice textualmente el motivo que se mantiene 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.

El motivo se estima.

**CUARTO.**—*La ineficacia de los actos realizados por el representante legal sin autorización judicial.*

Desde el momento de la entrada en vigor del Código Civil, se empezó a plantear la cuestión del tipo de ineficacia que afectaba a los actos realizados por el titular de la patria potestad sin la autorización judicial. De ello dan fe las antiguas sentencias de 29 abril 1904, que dice textualmente que “*el padre carece de capacidad jurídica para perfeccionar ninguna venta de bienes inmuebles, mientras no haya obtenido la correspondiente autorización judicial*”; la de 31 mayo 1912, que parece inclinarse más por la tesis de la anulabilidad y la de 8 junio 1917, que dice que “*es nulo el contrato otorgado así por el padre (sin autorización judicial) por falta de capaci-*

*dad de éste, lo que no ocurre tratándose de una transacción*”.

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 (RJ 1983, 1475); 17 febrero 1995 (RJ 1995, 1105) y 21 enero 2000 (RJ 2000, 113), 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 (LEG 1889, 27) (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 (RJ 1987, 1839); 9 mayo 1994 (RJ 1994, 3894), 23 diciembre 1997 (RJ 1997, 8902) y 3 marzo 2006 (RJ 2006,

5772); esta última dice que “*No se ha producido infracción porque del artículo 164, hoy 166, no se deriva la nulidad radical que prevía 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 si 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 (LCAT 1998, 422, 521), que establece que los actos efectuados por el representante legal “[s]on anulables si se han hecho sin la autorización judicial[...]”.

**QUINTO.**—*El tipo de ineficacia de los actos del representante legal efectuados sin la correspondiente autorización.*

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 (RCL 1990, 2712), 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 justificada.

das 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 siéndolo 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 ganancias. 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.

**SEXO.**—Casación de la sentencia y estimación de la demanda.

Los argumentos expuestos determinan

la estimación del recurso de casación presentado por la representación procesal de D<sup>a</sup> Flor y D. José María y la casación de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 18<sup>a</sup>, de 3 noviembre 2005 (JUR 2006, 1515).

Habiéndose estimado este motivo, la Sala está excusada de examinar los restantes.

Anulada la sentencia recurrida que a su vez revocó la sentencia dictada por el Juzgado de 1<sup>a</sup> instancia núm. 45 de los de Madrid, en fecha 18 febrero 2005, procede asumir la instancia y dictar sentencia, estimando la demanda presentada por los Sres. José María Flor frente a D. Ezequiel, D<sup>a</sup> Delia, compradores, y D. José María, su padre y vendedor. En consecuencia se declara la nulidad del contrato de compraventa otorgado entre los demandados por falta del poder de disposición del vendedor D. José María con la consiguiente obligación de los recurrentes de devolver el precio pagado por los compradores y se declara la obligación de los compradores de reintegrar el inmueble a los recurrentes.

No se ordena el pago de los intereses legales, porque han quedado compensados por el uso que los compradores recurridos han realizado de la vivienda durante el tiempo en que han estado poseyéndola.

**SÉPTIMO.**—Costas.

No procede imponer las costas del recurso de casación, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 398.1 LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892), que se remite al art. 394 LEC.

Al tratarse de una cuestión debatida en la que no existe una jurisprudencia uniforme, esta Sala considera que no procede imponer las costas de la 1<sup>a</sup> Instancia a ninguna de las partes, ni las del recurso de apelación.

## COMENTARIO:

1— En los últimos años han aumentado las Sentencias dictadas por el Pleno de la Sala 1<sup>a</sup> del Tribunal Supremo. Parece que el Alto Tribunal es consciente de que en muchas materias de su jurisprudencia eso podría considerarse contradictorio y se ha propuesto unificarla decidiendo en Pleno, con lo que ello supone de mayor reflexión y aspiración a la permanencia de la doctrina que sienta. Creo que esta iniciativa merece todas las alabanzas.

La sentencia recae sobre una materia especialmente necesitada de clarificación. El art. 166 CC (164 CC antes de la reforma de 1981) exige autorización judicial para que los padres puedan enajenar bienes inmuebles o especialmente valiosos, propiedad de sus hijos menores, pero no aclara cuál es la consecuencia si se produce la venta sin autorización. Hasta la fecha el TS ha proporcionado varias soluciones contradictorias. Según la lectura ofrecida por esta sentencia, una primera línea considera que la venta es radicalmente nula por contraria a una norma imperativa (art. 6.3 CC), y por tanto no es ratificable y puede ser impugnada sin sometimiento a plazo. Una segunda se basa en la falta de poder para declarar que la venta es nula pero ratificable (art. 1259 CC). La tercera califica al contrato como anulable, impugnable por los hijos en 4 años desde que alcanzan la mayoría de edad y convalidable si no lo hacen (art. 1301 CC). Ampliando un poco el catálogo de las sentencias que cita, y teniendo en cuenta que la división aparece en esos términos expresos, sobre todo desde 1958, podemos decir que mantienen la nulidad las SSTS 29-4-1904, 9-12-1953 RJ 1954, 284, 25-6-1959 RJ 1959, 2933, 28-5-1965 RJ 1965, 3083, 23-6-1976 RJ 1976, 2920, 14-3-1983 RJ 1983, 1475, 27-3-1989 RJ 1989, 2198, 2-6-1989 RJ 1989, 4283, 17-2-1995 RJ 1995, 1105 y 21-1-2000 RJ 2000, 113; defienden la anulabilidad las SSTS 31-5-1912, 8-6-1917, STS 29-11-1958 RJ 1958, 3811, 21-5-1984 RJ 1984, 2497, 30-3-1987 RJ 1987, 1839, 9-5-1994 RJ 1994, 3894, 23-12-1997 RJ 1997, 8902 y 3-3-2006 RJ 2006, 5772; y no se adscriben a ninguno de los dos grupos las SSTS 21-6-1943 RJ 1944, 980, 15-3-1945 RJ 1945, 280, 28-2-1949 RJ 1949, 549, 8-3-1965 RJ 1965, 1438, 19-12-1977 RJ 1977, 4763. La aplicación del art. 1259 CC viene defendida por la STS 9-12-1953 RJ 1954, 284.

La sentencia comentada, descartando la nulidad absoluta y la anulabilidad, considera aplicable el art. 1259 CC y al contrato nulo por incompleto, ratificable e impugnable por los hijos sin sujeción a plazo. Comentar todo esto requiere algo más de detalle.

2— A juzgar por el razonamiento del TS, podría pensarse que el problema se reduce a asignar una consecuencia jurídica al art. 166 CC. Pero al detallar los hechos, la cuestión resulta algo más compleja.

La esposa fallece dejando viudo e hijos menores. Antes de liquidar la sociedad de gananciales y hacer la partición hereditaria, el esposo vende a terceros un inmueble comprendido en el caudal relicto. Cuando los compradores reclaman la elevación a pública de la venta, los hijos opo-

nen su nulidad por falta de la autorización judicial del 166 CC. Dadas las molestias y los costes que supone liquidar sociedad de gananciales y herencia, es comprensible que con frecuencia los herederos prefieran acumular ambas operaciones (o incluso posponerlas hasta el fallecimiento del cónyuge superviviente, como en la STS 27-2-2007, comentada por RODRÍGUEZ GUTIÁN en *RDPat.*, 20, 2008, pp. 308-319). El padre es representante legal de sus hijos y copropietario del inmueble vendido, pero no es fácil saber cuál es exactamente su derecho, porque la comunidad postganancial (que no otorga cuota sobre ninguno de los bienes concretos que forman parte de ella hasta que no se liquide) se superpone a la distribución de las cuotas hereditarias de cada uno de los hijos (que tampoco atribuyen cuotas sobre bienes concretos hasta que no se produzca la partición), y la superposición de cuotas sobre universalidades origina una especie de ovillo difícil de desmadejar. Además, el padre también es usufructuario (en este caso, sobre el total de la herencia por la cautela sociniana testamentaria; en otros, simplemente en la cuota legitimaria).

Por tanto, no se trata (sólo) de una venta por el padre de bienes de sus hijos menores sin autorización judicial, sino de una venta por copartícipe de un bien en sociedad postganancial no liquidada, una venta por miembro de la comunidad hereditaria de un bien común antes de la partición, y una venta de bien realizada por usufructuario. Éste es el tipo de hechos que ha generado el grueso de la jurisprudencia sobre el art. 166 CC, pero también sobre venta por comunero y sobre venta por coheredero. Con algunas posibles variantes: en ocasiones el padre no es copropietario (SSTS, 25-6-1959 y 28-5-1965), la venta se produjo después de que sociedad conyugal y herencia se hubieran liquidado (SSTS 29-4-1904, 28-2-1949, 28-5-1965, 21-5-1984), los hijos no eran menores (p. e., SSTS 15-3-1945, 23-6-1976 y 27-2-2007), o era un contrato distinto de la venta (sociedad civil en STS 31-5-1912 y STS 19-12-1977, transacción en 8-6-1917, opción de compra en 28-2-1949, dación en pago 21-5-1984). Reducirlo todo a una simple interpretación del art. 166 CC es como cortar el nudo Gordiano: un acto comprensible y tal vez conveniente, pero en cualquier caso simplificador.

Si el inmueble vendido fuera el único bien ganancial y el único bien perteneciente al caudal relicto, la superposición de cuotas sobre cuotas recaería directamente sobre el inmueble y la comunidad sería entonces proindiviso ordinaria, lo cual facilitaría las cosas notablemente (LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *Liquidación de sociedad ganancial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 69, cfr. STS 1-7-1991). Curiosamente, este dato, que puede ser tan relevante, falta en los hechos probados la gran mayoría de las veces. En el caso que nos ocupa, sí sabemos por la sentencia de primera instancia que el inmueble objeto de debate era el único bien del patrimonio ganancial, de lo que podemos deducir que también era el único bien importante del caudal relicto en la herencia de la madre fallecida. Esto permite atribuir a cada heredero una cuota proindiviso sobre la vivienda: 1/2 al padre (correspondiente a su mitad ganancial)

y 1/4 a cada hijo heredero universal (correspondiente a la mitad de herencia sobre la mitad ganancial de la madre fallecida). Además, sobre el total recae un usufructo universal en favor del padre.

3- Aclarada en lo posible la titularidad sobre la vivienda vendida, debemos calificar la venta realizada por el padre sin autorización judicial.

Dejémoslo claro desde el principio: la venta no es nula. Los hechos se pueden leer de forma cumulativa y no excluyente al menos como venta con falta de autorización judicial, venta de cosa ajena, venta por condeño sin autorización de los demás, venta con defecto de representación por parte del vendedor, venta por falsus procurator. Todas estas calificaciones coinciden en indicar que la venta era irregular, pero ninguna de ellas basta para afirmar que fuera nula, porque una cosa son los efectos traslativos del contrato y otra muy distinta su validez. La falta de legitimación del vendedor no anula el contrato, sino que le priva de efectos reales respecto a la parte del bien de la que el vendedor carecía de capacidad dispositiva. La venta de cosa ajena es válida aunque no transmita el bien vendido, y todas las categorías mencionadas no son, en cierto modo, más que modalidades de venta de cosa ajena.

Es cierto que con base en el art. 397 CC, el TS mantuvo durante una época la nulidad de la venta del bien común por condeño sin autorización de los otros comuneros (SSTS 11-4-1953 RJ 1953, 1262, 9-2-1954 RJ 1954, 332, 6-5-1958 RJ 1958, 1719, STS 23-6-1976, RJ 1976, 2920), pero hoy esa doctrina debe considerarse desfasada (con contundencia y autoridad, MIGUEL GONZÁLEZ, «Comentario a STS 5-5-1983», *CCJC*, 3, 1983, 719-728; y *Comentario del CC*, I, pp. 1091-1093). Algo parecido puede decirse sobre los otros casos en que el TS llama «nula» a una venta en la que el vendedor carecía en mayor o menor medida de legitimidad para transmitir.

La venta realizada por el padre no encaja en la nulidad contractual. No es «nula absolutamente» por falta de los elementos del 1261 CC, pues los elementos concurren. No es «inexistente» (STS 25-6-1959), pues apariencia hay (si entendemos inexistencia como carencia de apariencia de regularidad, que no es la única definición posible, pero sí la más útil, cfr. PASQUAU LIAÑO, *Nulidad y anulabilidad del contrato*, Civitas, 1997, p. 172). Tampoco es «nula de pleno derecho» por contraria a normas imperativas y prohibitivas (6.3 CC), pues esta sanción se refiere no a todas las normas imperativas, sino a las que protegen intereses públicos o defieren la institución, más que a las protectoras de intereses particulares (SSTS 9-5-1994, 23-12-1997, 3-3-2006, y los comentarios de GORDILLO CAÑAS a la primera en *CCJC*, 36, 1994, pp. 1029-1041 y a la segunda en *CCJC*, 47, 1998, pp. 587-600). La autorización judicial puede ser, como dice la sentencia comentada, «un elemento del acto de disposición», pero no es un requisito de validez de la venta. Es una formalidad externa necesaria para complementar una limitación a la facultad representativa de los padres, y su ausencia no impide que el contrato sea válido, sino que se produzca el efecto representativo por el que el contrato incidiría directa

e inmediatamente en la esfera jurídica de los hijos (vid. SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA/MARTÍNEZ MARTÍNEZ, «Los actos de disposición de los bienes de menores sometidos a patria potestad en el CC», *RDP*, 1981, pp. 886-891; MARTÍNEZ SANCHÍZ, «Influencia del Derecho público sobre el Derecho de familia», *RDN*, 132, 1986, pp. 140-143).

La sentencia comentada, sin embargo, dice que por aplicación del art. 1259 CC la venta es «incompleta» y por tanto «nula» (FJ 5º III y V), y su fallo consiste precisamente en conceder la nulidad solicitada en la demanda (FJ 6º). Me parece que esto no es acertado. El art. 1259 CC no regula un supuesto de nulidad contractual. Es verdad que el contrato celebrado con extralimitación del mandato o sin mandato en absoluto es «incompleto», pero eso no significa «nulo», sino «todavía no vinculante para quien todavía no lo ha consentido». Cuando sólo una parte ha consentido, no hay un contrato válido, pero tampoco un contrato nulo, sino algo que todavía no es un contrato (p. e., una oferta, una negociación en curso) y que puede llegar a serlo o no. Pero si, como ocurre en el caso que nos ocupa, hay dos partes que ya han consentido (el padre vendedor y los compradores), el contrato es «incompleto» sólo en cuanto a la posible participación de los hijos, pero perfectamente «completo» respecto a quienes han lo consentido. La falta o el defecto de representación no anula el consentimiento, sino que limita sus efectos a quien consintió.

4— Por tanto, la venta realizada por el padre no es nula, sino una venta de cosa (parcialmente) ajena, válida, vinculante con efectos obligatorios para el padre vendedor. Veamos cuál es su régimen.

Naturalmente, la venta careció de efectos traslativos respecto a las cuotas de los hijos, pues la unanimidad necesaria (art. 399 CC) no podía haberse alcanzado sin la autorización judicial. Los hijos tampoco quedaron vinculados por un contrato del que no formaron parte. Cuando los compradores les reclamaron la entrega de la cosa (no en este caso, pues ya se había entregado) o la elevación a público de la venta ellos podrían negarse a hacerlo (arts. 1257 y 1259 CC). Pero la venta sí vinculó con efectos obligacionales a quienes la celebraron: el padre vendedor y los compradores. El vendedor quedó obligado a entregar la vivienda (cosa que cumplió) y a mantener a los compradores en su posesión pacífica, y los compradores se obligaron a pagar el precio acordado.

La venta de cosa por el padre condueño acompañada de traspaso posesorio también tuvo el efecto real de transmitir a los compradores la cuota de la mitad proindiviso del inmueble titularidad del padre vendedor (cfr. 399 CC). Por tanto, los compradores se convirtieron en dueños de la mitad proindiviso del inmueble. Por su parte, los hijos comuneros podrían ejercer su derecho a retraer (art. 1522 CC) o exigir la división de la cosa común (art. 400 CC), pero por lo demás deberían aceptar la cualidad de copropietarios de los compradores.

Respecto a la mitad indivisa de la que no eran dueños, los compradores

eran poseedores ad usucapionem, como cualquier comprador de cosa ajena que ha recibido el bien vendido y lo posee en concepto de dueño. Además, tenían justo título, ya que la venta era válida aunque el tradens careciera parcialmente de legitimidad para transmitir. Pero sabían que compraban al padre bienes de los hijos y que faltaba la autorización judicial, por lo que carecían de buena fe. Por eso, en los más de diez años que duró su posesión no llegaron a usucapir, y sólo lo habrían conseguido al completar los 30 años del período extraordinario (art. 1959 CC). Aunque también es cierto que la solución podría haber sido distinta si el derecho de los hijos no hubiera constado registralmente y los compradores hubieran vendido a su vez a un tercero de buena fe. Entonces el tercero no habría podido gozar de la protección registral, pero sí del plazo reducido de 10 años para la usucapión ordinaria (art. 1957 CC). En cualquier caso, no parece sencillo que esto ocurra, y todas las sentencias sobre venta de bienes de hijos sin autorización judicial en las que el comprador invocó haber usucapido desestimaron su pretensión (cfr. SSTS 8-3-1965, 28-5-1965, 14-3-1983).

El defecto de titularidad del padre puede corregirse de muchos modos. Puede haber una autorización judicial posterior, con el efecto de convalidar la venta ex post facto con efectos retroactivos (la DGRN exige que se haya producido la autorización judicial como requisito para la inscripción de la venta, pero no para su validez, RDGR 10-3-1944). Si la comunidad termina liquidándose con adjudicación del bien al vendedor, el derecho de los compradores se convalida (cfr. art. 399 CC). Una vez alcanzada la mayoría de edad los hijos pueden ratificar la venta realizada por su padre (art. 1259 II CC). La ratificación puede ser incluso tácita (cfr. arts. 1311, 1068 y 399 CC), completará ex post facto el defecto de capacidad transmisiva del padre, convertirá al comprador en dueño de todas las cuotas del inmueble con efectos retroactivos (arts. 450, 1960.1º y 1892 CC) y le permitirá regularizar su situación, elevar a público el contrato de compra y acceder al Registro. Y desde 1981 el menor puede ratificar antes de alcanzar la mayoría de edad y sin necesidad de ser emancipado si tiene 16 años y consiente la venta en escritura pública (art. 166 III CC).

Entiendo que esta calificación (venta de cosa parcialmente ajena, válida y ratificable) no cambia por el hecho de que, como ocurre en este caso, el condueño vendedor haya contratado actuando en nombre de sus hijos además de en el suyo propio. Es verdad que esta afirmación no es pacífica (p. e., MIGUEL GONZÁLEZ considera que el contrato es nulo por falta de voluntad contractual, pues el comprador no quería vincularse al vendedor sino al representado, *Comentario del CC*, I, p. 1092). Pero entiendo que el contrato entre el tercero y el comunero se ha producido y es vinculante, porque ha habido consentimiento contractual, que es lo único necesario. Si los mencionados como representados no consienten, lo que falta es la representación, no el contrato: simplemente, los efectos de éste sólo recaen sobre las partes que lo celebraron, sin llegar a vincular a otros. Incluso aunque el vendedor haya actuado haciendo creer a

los compradores que disponía de la plena legitimación para actuar en nombre de sus hijos, el supuesto no es muy distinto de la venta por condeño en nombre propio. Simplemente, los compradores tendrán más fácil anular la venta por error (arts. 1266 y 1301 III CC).

Aparte de su condición de copropietarios, los compradores tenían derecho a poseer la vivienda por haberla adquirido del usufructuario, pues cuando éste vende la cosa usufructuada, aunque no transmita la propiedad de la cosa (que no tiene), sí transmite el derecho a poseerla (que tiene) (p. e., STS 10-3-1994, comentada por MORENO MARTÍNEZ en *CCJC*, 35, 1994, pp. 717-735; en contra, STS 2-6-1989). La duración de este derecho a poseer estaba limitada a la duración del usufructo (art. 480 CC), es decir, hasta el fallecimiento del padre usufructuario vendedor (art. 513.1ª CC), un fallecimiento que en el caso no parece que se haya producido. Cuando esto ocurra surgirá un problema respecto al uso del inmueble, pues los compradores son dueños de la mitad proindiviso y los hijos dueños de la otra mitad, la decisión sobre el uso es un acto de administración sometido a mayoría de cuotas (cfr. 398 II CC), todos los condeños tienen derecho a poseer la cosa (394 CC), un acuerdo que priva a uno de ellos del uso podría considerarse lesivo (398 III CC), y la cesión exclusiva, indefinida y gratuita a uno o varios requiere unanimidad (STS 30-9-1996, RJ 1996, 7512).

En conclusión, parece que el contrato realizado por el padre es válido, y que la venta de cosa ajena en su modalidad de venta por condeño le proporciona un régimen coherente y satisfactorio, que no es, desde luego, el de un contrato nulo.

5- Casi todo lo dicho hasta ahora apenas hace referencia al art. 166 CC. ¿Sugiero acaso que es un artículo vacío de contenido, superfluo, o que no añade nada a las reglas sobre venta por comunero? En absoluto. El art. 166 CC no sólo es pertinente, sino muy conveniente, porque añade al régimen descrito dos importantes efectos: impide que la venta realizada por el padre llegue a regularizarse, y permite que los hijos puedan impugnarla.

En efecto, gracias al art. 166 CC la venta realizada por el padre y no ratificada posteriormente por los hijos, aun siendo válida, tiene ya desde el primer momento un «aire de irregularidad» del que no será fácil que llegue a desprenderse nunca. Este «aire de irregularidad» situará a la venta en una especie de «limbo jurídico» que protegerá indirectamente a los menores. Sin el art. 166 CC tal vez alguien podría pensar que la disposición de bienes inmuebles o valiosos de los hijos menores entra en el ámbito normal de la representación legal de los padres (arts. 162 I y 164 I CC), pero con su existencia nadie puede tener esa duda. La venta realizada por el padre va a tener muy difícil el acceso a la escritura pública y al Registro porque ningún notario estará dispuesto a autorizarla ni, llegado el caso, ningún registrador lo estará a inscribirla. De hecho, en la práctica totalidad de las sentencias la venta cuestionada estaba documentada en escritura privada y no llegó a elevarse a pública

ni a acceder al Registro (salvo a través del fallo en las sentencias que consideraron la venta anulable y la acción de impugnación caducada). La falta de acceso al Registro facilitará que los hijos puedan ejercitar el retracto de comuneros al retrasarse el día a quo del plazo en que pueden retraer (arts. 1522 y 1524 CC). La regla del 166 CC está tan incorporada al conocimiento popular que es muy frecuente que estas ventas estén sometidas a la condición de que la autorización se produzca posteriormente (p. e., SSTs 29-4-1904, 9-12-1953, 2-6-1959), y será muy difícil que el comprador pueda tener buena fe a efectos de usucapión (otra cosa serán los sucesivos adquirentes del primer comprador). Y es muy improbable que puedan llegar a producirse en contra de los hijos los supuestos de los arts. 34 o 35 LH.

El segundo efecto del art. 166 CC es permitir que los hijos puedan impugnar la venta realizada por su padre, cosa que probablemente no podrían hacer aplicando simplemente las reglas de la venta de cosa común por comunero. En efecto, cuando un comunero vende la cosa común sin autorización, los demás comuneros pueden negarse a que la venta les afecte, pero no está claro que puedan impugnarla (las SSTs 8-3-1965 y 27-3-1989 dicen que sí, pero no son un argumento concluyente, porque eran casos como el que estamos analizando). Pero cuando es el padre quien vende bienes de los hijos sin autorización judicial, la jurisprudencia es unánime en que los hijos sí tienen derecho a impugnar esa venta, aunque el Código no lo diga expresamente. Aquí es donde se muestra el carácter imperativo del art. 166 CC.

6- Si se ha admitido lo anterior, resulta que la venta por el padre sin autorización es válida, pero también irregular, incompleta e impugnabile. Pero esto tampoco significa admitir que es anulable.

Es verdad que existen algunas razones en favor de la anulabilidad. Tanto la jurisprudencia como la doctrina han advertido que el interés protegido por el art. 166 CC es privado, no público ni de defensa de la institución, y esto debería llevar a un régimen de anulabilidad (SSTs 9-5-1994, 23-12-1997, 3-3-2006, y los comentarios de GORDILLO CAÑAS a la primera en *CCJC*, 36, 1994, pp. 1029-1041 y a la segunda en *CCJC*, 47, 1998, pp. 587-600). La STS 3-3-2006 lo defiende de un modo particularmente articulado: «[D]ébase entender que se trata de anulabilidad, por asimilación del acto que realiza una persona —como el representante legal— sin la capacidad necesaria para ello, por faltarle el complemento de capacidad consistente en la autorización judicial, con la situación semejante, que produce igualmente la anulabilidad, del incapacitado parcial sujeto a curatela que realiza un negocio jurídico que precisa la intervención del curador sin ella (artículo 293 del Código civil) o al que realiza el tutor sin autorización judicial (artículo 271, que tampoco concreta la sanción). Es decir, aunque las semejanzas nunca son idénticas, el representante legal no actúa sin representación, ya que la tiene por Ley; actúa sin autorización judicial, complemento de su actuación jurídica que le falta;

esta ausencia produce que el negocio jurídico que realiza esté falto de la capacidad completa; lo cual da lugar a la anulabilidad».

Pero aunque el supuesto de hecho del art. 166 CC recuerde a los de la anulabilidad, la venta de sus bienes realizada por el menor es muy distinta de la venta por el padre de bienes de sus hijos menores. No se olvide que la anulabilidad es un supuesto un poco especial de impugnación que protege al que tiene limitada su capacidad de obrar... *ma non troppo*. Desde su nacimiento en Roma hasta hoy, su objetivo principal es la seguridad del tráfico más que la protección del menor. Quiere impedir que el menor contrate, pero, sobre todo, quiere evitar que por culpa de una protección exagerada no pueda contratar en absoluto. Por eso es tan fácil complementar su capacidad, confirmar la venta o que caduque la acción impugnatoria. Pero cuando es el padre quien vende bienes de sus hijos menores sin autorización la cosa cambia. Ya no se trata de favorecer el tráfico, sino de proteger a los hijos. Por eso si la venta por el padre no está incluida en el art. 1301, tal vez sea porque la anulabilidad no es el régimen que le conviene.

Creo que en el fondo de la discusión sobre nulidad y anulabilidad se encuentra una premisa falsa: que esas dos posibilidades de impugnar el contrato son las únicas posibles, por lo que basta descartar una para demostrar la otra. No hay duda de que este modo de pensar está muy arraigado y tiene sus ventajas, pero no viene exigido por nuestro Derecho ni por la lógica. Debemos pensar que nuestro sistema regula otras posibilidades de impugnación que no están agotadas en esas dos (tesis que desarrolla convincentemente PASQUAU LLAÑO en *Nulidad y anulabilidad del contrato*, Civitas, 1997).

La impugnación propia de los contratos válidos e impugnables por falta de representación regulada en artículos como el 166 y el 1259 CC no es ni la nulidad ni la anulabilidad, sino otra distinta. El contrato es válido, puede ser ratificado, y si no lo es también puede ser impugnado, pero sin sujeción a plazo. Con la diferencia, tal vez, de que en el ámbito del 1259 CC puede no quedar más remedio que proteger al tercero que confió en una apariencia imputable al representado, cosa que es más difícil que pueda ocurrir en el del 166 CC. Al contrario que en la anulabilidad, aquí la protección a los (falsamente) representados o hijos prevalece sobre un tráfico que (en este caso) no hay interés en incentivar.

7- Entiendo que nada de esto es una ruptura total con la jurisprudencia anterior sobre el art. 166 CC, siempre y cuando seamos capaces de elevarnos sobre la polémica nulidad-anulabilidad, que en ocasiones confunde más que ayuda.

Las sentencias que defienden la nulidad de la venta lo hacen para justificar una afirmación bastante sensata: que lo más adecuado para la protección de los hijos es que la impugnación no esté sujeta a caducidad. Por ejemplo, pensemos en la STS 25-6-1959. Mientras su hija menor de edad estaba emigrada en Argentina, su padre, viudo y casado en segundas

nupcias, vendió varias fincas que ella acababa de recibir por herencia de sus abuelos maternos. Años después la hija, ya mayor de edad y casada, volvió a España e impugnó la venta, y el TS reconoció su derecho a hacerlo. Si no hay motivos para proteger la venta realizada por el padre ni apariencia que ampare a la compradora, ¿por qué íbamos a limitar la posibilidad de impugnar de la hija? Bastaba únicamente que los compradores no hubieran completado el plazo de usucapión extraordinaria. Pero para ello no debería haber sido necesario afirmar la nulidad de la venta. Por eso no hay que tomarse demasiado en serio que las sentencias afirmen (obiter dicta) que la venta es radicalmente nula, sin posibilidad de subsanación, confirmación ni ratificación (STS 9-12-1953, 25-6-1959, 28-5-1965, 23-6-1976, 14-3-1983). Lo único que pretendían era reconocer la impugnabilidad más allá del plazo de los contratos anulables, pero para hacerlo emplearon el argumento de la nulidad absoluta de la venta.

Por su parte, las sentencias que desestiman la impugnación de la venta argumentando que el contrato era anulable y el plazo había caducado, tienen la virtud de reconocer que la impugnación también debe estar sometida a límites. En todas ellas había detrás un motivo fundado en la buena fe y actos propios: los hijos menores no lo eran tanto y habían autorizado la venta en su momento (SSTS 29-11-1958 —el hijo tenía 17 años—, 21-5-1984 —tenía 19 años—), el hijo menor había consentido la venta y luego intentó aprovecharse de la circunstancia para vender a un tercero (STS 29-11-1958), quien impugnaba la venta era la misma madre vendedora, que ahora quería desvincularse del contrato por otros motivos (STS 9-5-1994), los hijos impugnaron después de haberla conocido y no haberse opuesto a ella durante 35 años (STS 3-3-2006). En otros casos lo que se cuestionaba no era propiamente una venta realizada por el padre, sino un contrato realizado por menores y confirmado posteriormente (STS 19-12-1977), una donación por un declarado pródigo (STS 23-12-1997), una venta por madre impugnada por la defensora judicial (STS 10-3-1994), la validez del arrendamiento realizado por la madre como acto de administración que es (STS 30-3-1987). Parece que en todos estos casos la decisión de inadmitir la impugnación era correcta, pero estaba fundada en otros motivos. La tesis de la anulabilidad era más bien un mecanismo empleado por el tribunal para justificar su decisión.

Admitiendo que no debe permitirse a los hijos el comportamiento especulativo de amenazar indefinidamente con impugnarla o ratificarla, tal vez habría un modo de conseguirlo mejor que defender la anulabilidad de la venta: utilizar convenientemente la figura de la ratificación tácita. En efecto, aunque la impugnación no esté sometida a plazo, los hijos pueden realizar con facilidad una conducta que sea de por sí tácitamente ratificatoria (cfr. arts. 1311 I, 1710 III, 1727 II CC). En concreto, debe considerarse que ratifican tácitamente los hijos que se aprovechan de las ventajas que les supone la venta (cfr. 1893 I y 304 CC), concepto en el que habría que considerar incluido recibir e incorporar al propio patrimonio el precio de la venta (cfr. MARTÍNEZ SANCHÍZ, «Influencia del



Derecho Público sobre el derecho de Familia», *RDP*, 132, 1986, pp. 140-143).

También hay sentencias que, sin adscribirse a ninguna de las dos líneas anteriores, argumentan de un modo cercano al que sugiero, como las que desestiman la demanda de los compradores con base en que la falta de autorización impidió que vinculara a los hijos sin declararla nula (p. e., SSTS 28-2-1949, 27-3-1989), o, aun adscribiéndose, deciden de un modo coherente con el que aquí se defiende, como las que declaran una «nulidad» de la venta que no obligaba al hijo pero sí al padre vendedor (p. e., STS 9-12-1953, 17-2-1995).

Por otro lado, no hay que olvidar que las sentencias se han planteado la cuestión únicamente para obtener la respuesta a una pregunta importante, pero muy concreta: si la impugnación debe estar sometida a un plazo de caducidad o no. En muchas de ellas, aunque el TS tomara partido, la cuestión nulidad-anulabilidad era secundaria, porque la impugnación se pedía «dentro de plazo» (SSTS STS 31-5-1912, 2-6-1989), la autorización judicial se había concedido posteriormente (STS 21-6-1943) o había sido denegada expresamente por el juez (RDGRN 10-3-1944), la venta era nula por simulada (STS 8-3-1965) o el problema se entiende mejor desde el punto de vista del incumplimiento, dado que el comprador no había pagado (SSTS 29-4-1904, 21-1-2000 y, como veremos, la misma 22-4-2010 aquí comentada).

Si leemos así la jurisprudencia, la discrepancia entre las dos líneas principales queda relativizada. Todas han coincidido en reconocer el derecho de los hijos a impugnar la venta realizada por el padre. Las que argumentan desde la anulabilidad demuestran la validez de la venta, reconocen que es ratificable incluso tácitamente y restringen las posibilidades de comportamiento especulativo de los hijos. Las que argumentan desde la nulidad admiten la impugnabilidad sin someterla al plazo de caducidad propio de los contratos anulables. Podemos defender como coherente con ellas que la venta es válida pero impugnabile sin sujeción a plazo (para otro análisis muy distinto de la misma jurisprudencia, GUILARTE ZAPATERO, «De nuevo sobre la ineficacia de los actos dispositivos de bienes de menores e incapaces realizados por sus representantes legales», *ADC*, 1992-2, pp. 443-496).

8- En conclusión, la venta por el padre de bienes inmuebles o valiosos de sus hijos que tiene lugar sin autorización judicial contra lo establecido en el art. 166 CC puede calificarse como una venta de cosa parcialmente ajena, incompleta, irregular. Su régimen coincide con el del art. 1259 CC: es una venta válida, ratificable e impugnabile sin sujeción a plazo. Decir esto es coherente con nuestro sistema y no es una ruptura con la jurisprudencia anterior leída en su conjunto. Tampoco es tan distinto de lo que en el fondo decide la sentencia comentada. Pero el hecho de que llame a la impugnación «nulidad» me parece un error que previsiblemente no ayudará a clarificar su doctrina.

9- Volviendo al caso comentado, ¿hubo aquí algún tipo de ratificación? Los hechos nos indican que los hijos impugnaron la venta al interponer la demanda de nulidad en 2003, once años después de alcanzar la mayoría de edad. Desde la teoría de la anulabilidad defendida por los demandados y admitida por la Audiencia, el plazo para impugnar habría caducado en 1996. Desde el punto de vista defendido por el Supremo (y, con otros argumentos, en este comentario), como la impugnación no está sujeta a plazo, cuando demandaron todavía estaban a tiempo de hacerlo. El Alto tribunal dice que no se ha probado ninguna ratificación. Pero recordemos que para la ratificación tácita puede bastar un mero «aprovechar las ventajas» de la venta (art. 1892 I CC). En este caso parece que no hubo ni eso. La venta tuvo lugar en 1986 a un precio de 6.650.000 ptas. (casi 40.000 €), pero no consta que en todos esos años se pagara más que lo entregado a cuenta: 250.000 ptas. (1.500 €), cantidad que recibió el padre vendedor, que ha permanecido en rebeldía a lo largo de todo el proceso. Desde entonces los compradores han poseído la vivienda sin pagar el resto de su precio. No puede decirse que los hijos se hayan beneficiado de ningún modo de la venta.

Pero no es sólo que los hijos no hayan ratificado la venta porque no se han beneficiado de ella: es que los compradores ni siquiera han cumplido con su obligación de pagar. En la impugnación hay un aire de resolución por impago que también puede apreciarse en otras sentencias que estimaron la impugnación invocando la nulidad (p. e., en las SSTS 29-4-1904 y 21-1-2000). Pero los hijos hacen bien en impugnar ex 166 CC en lugar de resolver por incumplimiento, porque entonces sí estarían dando a los compradores una última oportunidad para pagar. Es verdad que éstos muestran en la contestación a la demanda su disposición a hacerlo. Si lo hubieran hecho años antes y los hijos hubieran recibido el precio, podría haberse entendido que ratificaban la venta. Como eso no ha ocurrido, ahora los hijos pueden negarse a recibir el resto del precio e impugnar la venta.

10- Dos años después de la venta, el padre renunció en escritura pública a sus derechos gananciales y hereditarios, incluido el derecho al usufructo. No parece que fuera un acto de generosidad hacia sus hijos (ya había vendido y entregado la posesión del inmueble), sino más bien una simulación destinada a simplificar la venta para facilitar su regularización. En efecto, aparte de los problemas provocados por la superposición de cuotas sobre universalidades, los hijos no podían aceptar la herencia por sí solos (art. 992 I CC), y aunque el padre sí podía hacerlo por ellos como su representante legal sin necesidad de autorización judicial (arts. 162, 164, 166 II, cfr. 271.4<sup>ª</sup> CC), la cláusula de opción compensatoria o cautela sociniana que gravaba la legítima estricta podría haber planteado la necesidad de un defensor judicial (arts. 163 I y 299 CC), y en cualquier caso su constancia en el Registro habría sido una rémora para la enajenación de la vivienda. Renunciando a sus derechos, el padre vendedor simplificaba la declaración de herederos, evitaba el nombramiento de defensor judicial y eliminaba obstáculos para el otorgamiento de escri-

tura pública y su inscripción. Por eso no es extraño que en este contexto sea frecuente encontrar renunciaciones simuladas y fiduciarias, que pueden ser admisibles cuando pretendan un acto lícito acordado por todos los implicados (p. e., STS 27-2-2007), pero no en caso contrario (p. e., STS 8-3-1965).

En este caso la renuncia del padre es nula se mire por donde se mire. La existencia de la venta previa con entrega posesoria y efectos reales deja claro que era un acto simulado, y por tanto nulo por falta de voluntad negocial (art. 1261.1 CC). Nada nos permite pensar que fuera un acto fiduciario o simulado merecedor de protección. Al vender el inmueble el padre estaba aceptando la herencia de su mujer (art. 1000.1<sup>o</sup> CC) y no podía revocarla luego (art. 997 CC). La renuncia era nula o en fraude de ley como dirigida directa e inmediatamente a infringir una norma imperativa (el art. 166 CC, arts. 6.3 y 6.4 CC), y además se realizó en perjuicio de terceros (los compradores), por lo que era ineficaz respecto a ellos (art. 6.2 CC). Por todo esto, el Juez de primera instancia, estimando la solicitud de los compradores-demandados, declaró la nulidad de la renuncia y de las operaciones que traían causa de ella (liquidación de gananciales, partición de herencia e inscripciones registrales correspondientes), nulidades que fueron confirmadas por la Audiencia y no fueron recurridas en casación.

11- Otra de las peculiaridades de este caso es que la venta terminara accediendo al Registro. La escritura privada se celebró en 1986, cuando los hijos tenían unos doce años. En 1988 se inscribieron las renunciaciones del padre y la declaración de herederos que atribuía la totalidad del inmueble a los hijos. De forma paralela, parece que en 1997 los compradores también accedieron al Registro, no sabemos con qué título ni por qué vía. Puede que esto tuviera que ver con entender que la venta era anulable. En efecto, si se entiende que la venta es anulable, una vez transcurridos cuatro años desde la mayoría de edad de los hijos, su derecho a impugnar ha caducado y decaen los obstáculos existentes para reconocer que los compradores eran dueños plenos de la vivienda. Basándose en las sentencias de la línea jurisprudencial que defendía la anulabilidad del contrato (p. e., SSTs 9-5-1994 y 3-3-2006) tal vez podía defenderse un razonamiento de este tipo. Después de la sentencia que ahora comentamos, parece que esto ya no es posible. Para poder acceder al Registro los compradores tendrán que conseguir algún tipo de ratificación expresa de los hijos o esperar a usucapir.

*Javier Fajardo Fernández*

- OBJETO** Fideicomiso de residuo. Amplitud de las facultades dispositivas de la heredera fiduciaria. Autorización expresa para disponer por actos inter vivos. No incluye la donación selectiva a algunos de los fideicomisarios. Burla del llamamiento realizado por el testador fideicomitente. Interpretación del testamento.
- PARTES** Doña Raquel, en calidad de heredera fideicomisaria del (recurrente) *contra* Doña Tarsila y Don Salvador, también fideicomisarios especialmente favorecidos por las donaciones de la fiduciaria.
- PONENTE** Excmo. Sr. D. FRANCISCO MARÍN CASTÁN.
- FALLO** Ha lugar al recurso.

*DISPOSICIONES LEGALES APLICADAS:*

*Artículos 675, 765, 781 y 783 del Código civil.*

*DOCTRINA:*

*Las facultades del fiduciario han de interpretarse con criterio restrictivo, especialmente, porque lo normal es la sustitución fideicomisaria con deber de conservar, y aunque la figura del fideicomiso no encaje de manera plena en el marco de las sustituciones comprendidas en el artículo 781 del Código Civil, ofrece notas comunes con ellas y permite la aplicación, en aspectos concretos, de sus preceptos reguladores (S. 22 julio 1994).*

*En el poder de disposición del fiduciario en el fideicomiso de residuo no se comprenden los actos dispositivos a título gratuito, a no ser que se haya previsto expresamente por el fideicomitente (S. 12 febrero 2002).*

*HECHOS:*

La cláusula (cuarta) inserta en los respectivos testamentos de Don Alfredo y Doña Marcelina, padres de la fiduciaria, que se eleva a referente y determinante del conflicto judicial entre herederos fideicomisarios, se reproduce en el primer fundamento de derecho: «Sin perjuicio de lo dispuesto en la cláusula anterior [relativa al usufructo a favor del cónyuge del testador si le sobreviviese], instituye universal heredera a su hija