

Protección legal de la vivienda familiar

SUMARIO: CONSIDERACIONES GENERALES.—ELEMENTOS BASICOS PARA LA PROTECCION: VIVIENDA DE LA FAMILIA.—LA HABITUALIDAD EN SU UTILIZACION.—A QUE DERECHOS SE REFIEREN LAS LIMITACIONES LEGALES.—AMBITO TERRITORIAL DE ESTA NORMACION ESPECIAL: A) TERRITORIALIDAD DE LAS NORMAS DE SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD. B) TERRITORIALIDAD DE LAS NORMAS EN LAS SOCIEDADES DE GANANCIALES. C) TERRITORIALIDAD DE LAS NORMAS APLICABLES A TODOS LOS RÉGIMENES MATRIMONIALES.—CONTENIDO DE LOS DERECHOS PROTECTORES: EN SITUACIONES DE CRISIS MATRIMONIALES TRANSITORIAS.—CONTENIDO EN LAS SITUACIONES DE SEPARACION JUDICIAL Y DIVORCIO: A) CUESTIÓN PREVIA. B) DERECHO QUE PUEDE CONVENIRSE. C) REGISTRACIÓN E IMPUESTO.—CONTENIDO DEL DERECHO EN LOS CASOS DE NULIDAD.—CONTENIDO DE LOS DERECHOS PROTECTORES DURANTE LA VIGENCIA DEL MATRIMONIO: A) NORMA APLICABLE SÓLO EN LAS SOCIEDADES DE GANANCIALES. B) NORMA APLICABLE A TODOS LOS RÉGIMENES MATRIMONIALES.—CONTENIDO DE LOS DERECHOS PROTECTORES AL DISOLVERSE UNA SOCIEDAD DE GANANCIALES.

CONSIDERACIONES GENERALES

Los ordenamientos jurídicos vienen dando cada vez más importancia al domicilio conyugal, por entender que él constituye el aspecto real del principio de conservación de la familia como un ente social.

Esa idea plasmó definitivamente en la Ley de 13 de mayo de 1981, reformadora de un gran conjunto de preceptos de nuestro Código Civil. Lo cual se llevó a efecto mediante tres grupos de normas referentes: unas, a la permanencia de una vivienda como domicilio conyugal en situaciones excepcionales de la familia; otras, dedicadas a evitar que la vivienda habitual de la familia pueda ser despojada de ese hecho, en perjuicio de la misma, por actuaciones sólo queridas por uno de los cónyuges; y otras, dedicadas a conceder un derecho de adquisición preferente, en cuanto al piso que constituya la vivienda habitual de la

familia, al cónyuge sobreviviente, continuador único de la unidad familiar nuclear, cuando este piso forme parte de la masa ganancial partible entre ese cónyuge y los herederos del premuerto.

Salvo algunos atisbos de esa protección a que aludiremos más adelante, los antecedentes básicos de este principio los encontramos en las legislaciones extranjeras, pues no puede tenerse como una muestra de esa protección el pacto de «casamiento en casa» del Derecho aragonés, cuyos postulados miran más al aspecto económico del patrimonio familiar que al ético y de convivencia de ella en sí misma.

LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA (*Elementos de Derecho Civil*, tomo IV, pág. 299) estiman que esa reforma de nuestro Código en este aspecto se basa en normaciones del Derecho anglosajón (*Matrimonial Homes Act.*, de 1967).

Sin embargo, el precedente legislativo más remoto de entre los vigentes y de más directo entronque con nuestra nueva formulación legal en la materia, lo encontramos en las legislaciones danesas y neruegas. En Dinamarca se determinó, por el artículo 18 de su Ley de 18 de marzo de 1925, que cuando se trate de inmuebles que «sirvan de domicilio de la familia o en el que ambos cónyuges o el otro cónyuge ejerce una profesión» se exigirá, para su enajenación por el cónyuge que tenga ese derecho, el consentimiento del otro cónyuge o, en su defecto, la autorización judicial.

En Noruega rige en esta materia la Ley de 20 de mayo de 1927, que en su artículo 14 dispone que el cónyuge que pretenda enajenar o hipotecar el inmueble que sirva de casa familiar o sea necesario para el ejercicio de la profesión de ellos, requerirá el consentimiento del otro cónyuge.

A ello se añade, por el artículo 16 de la misma Ley, que el acto dispositivo otorgado con infracción de esa norma será un acto anulable, lo cual podrá pedirse por el cónyuge no enajenante dentro de los tres meses contados desde que haya tenido conocimiento del acto y, en todo caso, dentro del año siguiente a su publicidad, la cual puede realizarse a través de la inscripción registral, si se tratara de inmuebles, o por la tradición si fueran muebles.

En Holanda, y según los artículos 87 y 88 de su Código Civil, para que el cónyuge aportante o adquirente del inmueble que sirva de habitación a ambos cónyuges pueda disponer de él, se precisa la autorización del otro cónyuge.

Argentina, en el artículo 1.277 de su Código Civil (redactado por Ley 17.711, de 22 de abril de 1968), contiene la misma prohibición, pero permitiendo, como en Dinamarca, que la falta de consentimiento del cónyuge pueda ser suplida por una autorización judicial.

En el mismo sentido se muestran las legislaciones de varios estados de los Estados Unidos de América, como los de Texas, California, Colorado, ambos Dakota, Minesota, Montana, Nebraska, Nueva Hampshire, Vermont y Wyoming.

Y todo ello sin entrar a analizar la legislación de los numerosos países en los que la prohibición se refiere sólo al ajuar doméstico, como ocurre en Alemania (art. 1.369 del BGB).

En nuestra Patria, ambas protecciones han sido recogidas en el Código Civil, después de la reforma de 1981, en su artículo 1.406, en el, al tratar de las adjudicaciones en pago de los derechos del cónyuge en la sociedad de gananciales, concede una preferencia de adjudicación del local donde éste ejerza su profesión, cualquiera que sea la causa originadora de la liquidación de esa sociedad de gananciales, y otra sobre la vivienda habitual de la familia, si la liquidación se debiere a la muerte de uno de los cónyuges.

No obstante, nuestro Código no se ha limitado a esa protección. Ha determinado prohibiciones de enajenar la vivienda habitual de la familia en ciertos supuestos (art. 1.320 CC): ha previsto una inversión de cierta presunción, como es la de ser bien propio el adquirido a plazos antes del matrimonio y pagado después (arts. 1.354 y 1.377 CC). Llegando incluso a establecer —ampliando lo concedido por el mismo Código antes de la reforma de 1981— un legado legal de los bienes constitutivos del ajuar doméstico (art. 1.231 CC), que nosotros no estudiaremos por limitarnos a la vivienda habitual de la familia.

Y esa protección a la vivienda la continúa aún en los casos en que el vínculo matrimonial haya desaparecido o esté en suspenso, como ocurre con la serie de normas que dedica a la materia al desarrollar la separación judicial, el divorcio o la nulidad del matrimonio (arts. 90, 1.º, B); 96 y 103, 2.º, CC).

En resumen, y según los casos, la prohibición o limitación consistirá: En un derecho de preferente adjudicación al abonarse el haber de uno de los cónyuges en la sociedad de gananciales. En una prohibición de realizar actos que atenten a la facultad de usar. En alterar la titularidad de un bien adquirido por compra a plazos. Y en la concesión de un derecho real de disfrute, de carácter personalísimo, en las separaciones, divorcios y nulidades.

ELEMENTOS BASICOS PARA LA PROTECCION: VIVIENDA DE LA FAMILIA

Que la protección legal, en sus varias modalidades, se refiere a la vivienda habitual de la familia, es algo evidente que no requiere demos-

tración. Esa expresión se utiliza literal o conceptualmente por todos los preceptos en la materia. Lo cual requiere precisar previamente qué es lo que debe entenderse por vivienda.

El término vivienda es sinónimo de morada o de habitación. Esta se define como el edificio o parte de él que se destina para ser habitado. Y añadiéndole a ese concepto la connotación de familiar, tendríamos que decir que vivienda familiar es el edificio o parte de él que se destina a ser habitado por una familia.

Para esa definición nos resulta relevante precisar qué debe entenderse por familia. Término que no se encuentra definido por el legislador, quizá por dar por supuesto su concepto, pero que es usado en numerosas normas jurídicas de nuestro ordenamiento.

Fijándonos en la primera de nuestras normas legales, la Constitución, veremos que en ella se dice sólo respecto a la familia en el párrafo 1.º de su artículo 39: «Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia».

Esta orfandad legal en cuanto al concepto, obliga a acudir a la doctrina, en la que hoy predominan las definiciones de tipo restringido.

PÉREZ MARÍN (*Apéndice Diccionario Derecho Privado*, pág. 470) la define diciendo que es la compuesta por personas que conviviendo en la misma casa o vivienda están sometidas a la misma dirección o autoridad familiar, a la vez que están unidas por vínculos matrimoniales (los padres) o por los de consanguinidad muy próxima (ascendientes que sobrevivan, descendientes). Y habiendo quedado algo anticuada esa denominación en virtud de las últimas reformas en el Código Civil, habrá de añadirsele que esa consanguinidad comprenderá tanto la filiación matrimonial como la no matrimonial y la adoptiva (art. 108 CC).

LEHMANN, en definición de gran sencillez y concisión (*Tratado de Derecho Civil*, vol. IV, pág. 11), lo hace diciendo: «Familia, en sentido jurídico, es el conjunto de personas vinculadas por el matrimonio o el parentesco (descendencia)».

LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA (*Elementos de Derecho Civil*, tomo IV, pág. 10) recogen varias otras, diciendo que NIMKOFF define la familia como «una comunidad más o menos duradera de esposo y esposa, con o sin hijos, o de hombre y mujer solos o con hijos», y que para BURGESS y LOCKE es la constituida por «una multiplicidad de personas vinculadas por matrimonio, vínculos de sangre o adopción, que constituyen conjuntamente un solo núcleo de convivencia».

Dichos autores siguen manifestando que la familia nuclear constituye una comunidad total de vida entre padres e hijos: un ámbito vital, cerrado y autónomo frente al Estado y a la sociedad. «Es —dice LECHELER— más que una coordinación de individuos autónomos: sobre el

bien individual y los intereses personales de sus miembros hay un bien y un deber familiar común que requiere la devoción y la capacidad de sacrificio de todos».

Ese nexo citado, sin denominarlo, por LECHER, pudiera inducir a considerar como tal las hoy denominadas eufemísticamente como «uniones sentimentales», dado que, sin atreverse a recoger esa situación de una forma clara en el articulado del Código sobre la adopción, en su última reforma al efecto (Ley de 11 noviembre 1987), ha introducido esa idea en forma subrepticia, como disposición secundaria y casi transitoria, diciendo en la disposición adicional tercera de esa Ley reformadora de la adopción: «Las referencias de esta Ley a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor serán también aplicables al hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relaciones de afectividad análoga a la conyugal».

Pese a lo endeble del precepto, relaciones de «afectividad» análoga a la conyugal y a lo impreciso del mismo, análogas «a las conyugales», es evidente que dos de las situaciones protegidas en orden a la vivienda habitual de la familia son de imposible aplicación a esas particularísimas situaciones, pues nunca podrá darse entre los componentes de esas parejas una sociedad de gananciales. Asimismo, menos podrán plantearse entre los formantes de ellas las situaciones de separación legal, divorcio o nulidad de matrimonio. Ni tampoco podrá serlo la prohibición de enajenar el domicilio habitual de la familia por la sola voluntad del cónyuge titular de él, pues ello se recoge en el artículo 1.320 del Código, que está contenido en las «Disposiciones generales» del título dedicado al régimen económico «matrimonial».

Nosotros entendemos que el término familia tiene un distinto contenido en su utilización por estas normas protectoras de nuestro Código. Para todas esas normas sólo existirá la familia a que ellas se refieren existen unos «cónyuges» como cabezas de ella (arts. 90, 91, 96, 103, 1.320, 1.357, 1.406 y 1.407 CC), no teniendo el carácter de tal, a estos efectos, la formada por un viudo y su descendencia, como puede citarse como ejemplo. A lo sumo, si se pretendiese que el derecho que se concede al cónyuge sobre esa vivienda es personalísimo, habría de entenderse que ese carácter se referirá en cuanto a la familia del mismo, la cual podrá estar formada por su titular, junto con las personas que tienen derecho a los alimentos entre parientes a que se refieren los artículos 142 y siguientes del Código, en su caso, o sea, si viven reunidos.

No podemos terminar este apartado sin recoger lo dicho por J. CASTÁN en su libro sobre *Familia y propiedad* (pág. 13), pues pese a haber

sido publicado en el año 1956, conserva gran frescura en orden ser una información para el derecho constituyente en el futuro.

Se dice por dicho tratadista: «Desde el punto de vista de los ideales jurídicos, merece ser bien acogida la tesis de la personalidad de la familia. Las ventajas de ella son indudables. El reconocimiento de esa personalidad por el Derecho positivo daría solidez a la institución, familia, frente a los individuos y frente al Estado y prestaría a las normas del Derecho familiar una estructura más orgánica y una técnica más clara y precisa que las que hoy tienen. Las teorías de los regímenes matrimoniales, la de la explotación familiar y del patrimonio familiar, que aquí nos interesa especialmente, podrían desenvolverse muy bien por el cauce que les ofrecería la existencia jurídica autónoma de la familia».

LA HABITUALIDAD EN SU UTILIZACION

Al estudiar la reforma del Código en este extremo, ya podemos apreciar que es de imprecisa terminología. Imprecisión que continúa con el término de habitualidad, que utiliza reiteradamente.

En el apartado B) del artículo 90 del Código Civil se habla de «vivienda» y de «familiar». En el artículo 91 se repite lo de «vivienda familiar», expresión en la que se insiste en el 96 y el 103, 2.^a, y en el 1.357, todos del repetido Código.

Quizá se llegue a mayor precisión en otros preceptos.

En el artículo 1.320 se habla ya de «vivienda habitual» «de la familia».

En el artículo 1.406, 4.º, se refiere a «la vivienda» donde tuviese la residencia habitual.

En el artículo 91 del Reglamento Hipotecario se dice en su párrafo 1.º, «la vivienda habitual de la familia»; en el párrafo 2.º se refiere al «posterior destino a vivienda familiar de la comprada a plazos por uno de los cónyuges», y en el 3.º se refiere a la cuota indivisa «de la vivienda familiar habitual».

El artículo 144, 5, del mismo Reglamento Hipotecario se refiere a «la vivienda habitual de la familia», dándole tal importancia al requisito de la habitualidad, que llega a eximir de la exigencia que por él se establece al supuesto de que resulte del mandamiento judicial «que la vivienda no tiene aquel carácter», o sea, no es la morada «habitual» de la familia.

Por último, no refiriéndose ya a la vivienda habitual de la familia, sino a los bienes que son objeto del legado legal estatuido por el artícu-

lo 1.321 del Código Civil, todos ellos muebles, habla de ropas, mobiliario y enseres que constituyan el ajuar, añadiendo, y esto ya sí nos interesa, «de la vivienda habitual común de los esposos».

Es, pues, evidente que el carácter de habitualidad es determinante en todos los supuestos legales de protección de la vivienda familiar. Muchas viviendas pueden utilizarse por la familia en forma no habitual, como ocurre con los chalés o casas de recreo, las viviendas vacacionales, etc. A ninguna de éstas pueden aplicarse las normas de protección de que tratamos. Y es que esta habitualidad en la utilización de una vivienda por la familia no será otra cosa para el legislador que la concreción del domicilio civil que se regula en el mismo cuerpo legal.

El Código, en su artículo 40, 1.º, es bastante expresivo al efecto: «Para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles, el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual y, en su caso, el que determine la Ley de Enjuiciamiento Civil».

Y cambiando el nombre pero no la idea, antes bien, precisándola, se dice por el artículo 15 de la Ley de Bases de Régimen Local (de 2 abril 1985): Todo español o extranjero que viva en territorio español deberá estar empadronado en el Municipio en el que «resida habitualmente». Quien viva en «varios» Municipios deberá inscribirse «en aquél en que habitara durante más tiempo al año». Los españoles que «circunstancialmente» se hallen viviendo en un Municipio que no sea el de «su residencia habitual» podrán inscribirse como transeúntes. Precepto en el que resultan bastante significativas, a nuestros efectos, las palabras que hemos entrecomillado.

Añadiéndose por el artículo 16 de la misma Ley de Bases que son vecinos los españoles mayores de edad que «residan habitualmente» en el término municipal y figuren inscritos con tal carácter en el Padrón, y que, además, sean mayores de edad. Estos son los verdaderos cabezas de familia; de aquella familia que consiguientemente tiene su residencia habitual en el Municipio. No siendo ya vecinos, sino sólo domiciliados, los españoles menores de edad, y las personas que, aun siendo mayores, vivan «en el domicilio» de un vecino.

Con dificultad, con premiosidad, vamos tratando de extraer de nuestro ordenamiento jurídico un principio general de Derecho que nos resuelva la cuestión. Y por ello, siguiendo en el análisis de esa legislación, debemos pasar al artículo 12 del Texto refundido de Régimen Local (de 18 abril 1986), el que «respecto a los menores o incapacitados», no ya sólo a los menores a los que se refería la Ley de Bases, estatuye que tienen la obligación de empadronar los padres, tutores o residentes mayores de edad «con los que habiten», con clara distinción así entre

el cabeza de familia y los posibles componentes de ella, con la consecuencia de que será domicilio habitual de ella el de aquel cabeza de la misma.

Finalmente, para precisar aún más este concepto de vivienda habitual, hemos de acudir a otra norma que también es de carácter administrativo. Nos referimos al Reglamento de Viviendas de Protección Oficial de 10 de noviembre de 1978, que expresa:

«Art. 1.º *Concepto*.—Se entenderá por vivienda de protección oficial la que destinada a domicilio habitual y permanente tenga...».

A todo lo dicho convendrá añadir, para precisar conceptos, y en concreto el del domicilio familiar, que los cónyuges están obligados a vivir juntos (art. 68 CC), situación que se presume, salvo prueba en contrario (art. 69 CC), y ello lo será en el «domicilio» que fijen de común acuerdo y, por su falta, el determinado por resolución judicial (artículo 70 CC).

Con todo lo dicho, entendemos que queda suficientemente precisada cuál pueda ser la vivienda a la que van encaminadas las normas protectoras de que nos ocupamos.

A QUE DERECHOS SE REFIEREN LAS LIMITACIONES LEGALES

Es principio general de Derecho que ante cualquier limitación de un derecho, su interpretación, tanto legal como jurisprudencial o doctrinal, ha de realizarse restrictivamente.

Es más, en cuanto a las normas restrictivas de que nos ocupamos, la legislación ha omitido, no ya el efectuar una interpretación de ellas, sino incluso el realizar una precisión jurídica en la terminología que utiliza. Todo ello originará dudas y cuestiones que tendrán que ser elaboradas por la jurisprudencia, lo cual ha sido ya iniciado.

Efectivamente, si bien refiriéndose sólo a los preceptos que recogen limitaciones en la facultad dispositiva del titular de la vivienda destinada, durante el matrimonio, a vivienda habitual de la familia, se han dado dos Resoluciones de la Dirección General de los Registros cuyo contenido es de bastante interés.

Se dijo por la Resolución de 26 de octubre de 1987 (BOE de 21 noviembre), en el apartado 10 de sus Fundamentos de Derecho:

«10. El último de los defectos de la nota recurrida plantea la cuestión de si el cónyuge nudo propietario del piso en el que la familia tiene la residencia habitual precisará o no el consentimiento de su consorte para hipotecar ese derecho, habida cuenta

de que no es la nuda propiedad, sino la especial relación jurídica entablada con el usufructuario la que habilita para el goce y disfrute de aquél, aun cuando de la literalidad del artículo 1.320 del Código Civil parece desprenderse la respuesta afirmativa, la finalidad práctica de esta norma, cual es el impedir que los actos unilaterales de uno de los cónyuges puedan provocar el desalojo del hogar familiar, así como su carácter excepcional para el caso de que los derechos pertinentes correspondan privativamente a uno de los esposos, imponen la respuesta negativa.»

El otro fallo, de 10 de noviembre de 1987 (BOE del 26), se dictó respecto a la enajenación de una cuota *pro indiviso* sobre el piso o vivienda habitual de la familia. En él se dice en sus Fundamentos de Derecho:

«1. Con la finalidad de evitar que ingresen en el Registro actos impugnables y, a la vez, con la de contribuir a la realización de los fines pretendidos con la norma sustantiva, el artículo 91 del Reglamento Hipotecario exige —para la inscripción del acto dispositivo que recaiga sobre un inmueble apto para vivienda y en el que no concurra el consentimiento o la autorización prescritos en el artículo 1.320 del Código Civil— bien la justificación de que el inmueble no tiene el carácter de vivienda habitual de la familia, bien que el disponente lo manifieste así.»

«Mas en los supuestos cuestionados, como ocurre en otros órdenes de cuestiones, no deben exagerarse en la calificación registral las exigencias formales. No deben, pues, imaginarse hipotéticos derechos individuales de un comunero sobre el uso o goce de la cosa común, los cuales no derivarían naturalmente del título de comunidad, sino de un eventual acuerdo comunitario posterior, que no consta, y que, por cierto, vendría a entorpecer la extinción de la comunidad.»

El contenido de estos fallos y, por ende, el principio en que parecen inspirarse, nos han de llevar a la conclusión de que las limitaciones estatuidas para la enajenación de la vivienda que constituya la residencia habitual de la familia han de referirse a aquellos derechos que afecten o puedan afectar «a su utilización».

Por ello, cuando el derecho enajenado no afecte a la utilización por la familia de la vivienda de que se trate como morada habitual de ella, la enajenación se regirá por las reglas ordinarias, como ocurrirá si lo enajenado, por limitarse la enajenación a una parte del contenido

del Derecho de que sea titular o por no tenerse más que ese derecho, consistiera en una nuda propiedad, en una servidumbre negativa, en un derecho de elevar nuevas plantas o en otros que, como ellos, no afectan al uso inmediato del piso dedicado a esa vivienda. La enajenación quedará excluida de las normas restrictivas de que tratamos.

Cuando la enajenación dimanase necesaria y jurídicamente de un negocio jurídico anterior a la utilización de la finca como vivienda habitual de la familia, su posterior utilización por ésta con aquella finalidad, vendrá condicionada siempre al derecho que en ese momento tengan sobre ella el cónyuge de que se trate, sufriendo las limitaciones que afecten a ese derecho. Con ello, la posterior enajenación del piso en virtud de alguno de aquellos derechos preexistentes, no puede ser afectada por las limitaciones dispositivas establecidas al tratarse de ser la vivienda habitual de la familia, pues por dedicarse la vivienda a ese uso, no pueden alterarse derechos preexistentes, sólo alterables por el consentimiento de su titular.

Igualmente, y como subcaso del anterior, cuando la enajenación actual sea sólo la ejecución de un negocio anterior en el que iba involucrada y el que debido a esa circunstancia hubo de ser consentido por el cónyuge no propietario del piso vivienda habitual de la familia, no se requerirá ahora el reiterar ese consentimiento, ni menos ser exigido por cualquier funcionario interviniente en la enajenación.

La razón básica para esa afirmación nos parece evidente. Para ello vamos a considerarlo en atención a la constitución de una hipoteca y a la enajenación que de ella pueda derivarse.

Según el artículo 1.320, 1.º, del Código Civil y el 144, 5.º, del Reglamento Hipotecario, el consentimiento del cónyuge no propietario, o la autorización judicial en su caso, serán requisitos necesarios para «disponer de los derechos sobre la vivienda familiar». Y según el artículo 1.857, 2.º, del Código Civil y el 138 de la Ley Hipotecaria, el hipotecante ha de tener la libre disposición de los bienes hipotecados en el momento de constituir la hipoteca.

De otra parte, la enajenación que pueda derivarse de la hipoteca está ya inscrita en forma potencial, en el mismo momento de constituirse la hipoteca.

Por todo ello hemos de concluir que es en el instante de constituirse la hipoteca cuando habrá de exigirse el consentimiento para la enajenación por parte del cónyuge no titular, o la autorización judicial; completándose con ello la capacidad dispositiva de la vivienda, aunque ella no se realice de momento, pero sí posibilitando desde ahora la posible futura enajenación. Hemos así de deducir que no se requerirá un nuevo complemento de la capacidad dispositiva de la vivienda habitual de la

familia, cuando por el impago de la obligación asegurada sea necesario enajenar judicial o notarialmente (en la ejecución ante Notario) la finca hipotecada.

En los otros dos grupos de preceptos protectores de la familia no se requiere precisar a qué derecho del titular se refiere la norma protectora referente a la vivienda familiar.

En el grupo recogido en la regulación de la sociedad de gananciales, es claro el derecho a que se refiere, el de propiedad en todo caso, o el de usufructo si fuera posible: Tanto en el caso de adquisición a plazos de la vivienda y cuya adquisición como finca propia se convierte por la Ley en comunidad en ella entre el cónyuge adquirente y su sociedad de gananciales; como en el derecho de preferente adjudicación al cónyuge sobreviviente, al liquidarse por ello la sociedad de gananciales, de la vivienda habitual de la familia de que aquella sociedad sea propietaria o dueña de un usufructo que no se haya extinguido al morir el cónyuge de que se trate.

Por último, el derecho a que se refiere el primer grupo de normas protectoras, las formantes de todas las dedicadas a las situaciones de separación judicial, divorcio o nulidad, no alude a qué derechos en la vivienda pueda tener alguno de los cónyuges, que es de lo que ahora tratamos, sino a cuál se va a conceder al otro cónyuge, como después veremos.

AMBITO TERRITORIAL DE ESTA NORMACION ESPECIAL

Es esta la última de las cuestiones de carácter general referentes a la figura de que tratamos. Pero tiene la peculiaridad de que no es posible un tratamiento unitario de ella respecto a las diversas modalidades en que se manifiesta en nuestro Derecho la protección a la vivienda familiar. Cada uno de los grupos de preceptos dedicados a esa protección tiene un tratamiento distinto en orden a su ámbito territorial.

No obstante, para precisar después la cuestión en orden a cada uno de esos grupos, conviene tener en cuenta lo que sobre ello se dice en las diversas Compilaciones forales de nuestra Patria.

La Compilación de Cataluña apenas recoge alguna normación en la materia. Sólo dedica al Derecho de Familia en sentido estricto los artículos 4, 5 y 6, redactados los dos primeros por la Ley de 2 de marzo de 1984 y el último por la de 25 de mayo de 1987, o sea, redactados mucho después de la reforma del Código Civil en la materia, que lo fue en el 1981. En todo caso, esos preceptos no se refieren ni siquiera

remotamente a la cuestión de que venimos tratando, como se aprecia con la simple lectura de los mismos.

La Compilación balear no contiene ningún precepto propio referente al Derecho de Familia.

Ni tampoco los contiene la Compilación gallega.

La Compilación aragonesa es, con la de Navarra, la que dedica mayor número de preceptos o modalidades típicas en esa región en orden al Derecho de Familia, pero todos ellos, tanto en su primitiva redacción como en las realizadas por las reformas de 16 de noviembre de 1978 y de 21 de mayo de 1985, reformas que han afectado a los preceptos de ella dedicados a este Derecho y que comprenden los artículos 4 al 22, inclusive, salvo los 11, 13 y 22, que se han conservado inalterables, se refieren a cuestiones muy distintas a las de separación legal, divorcio y nulidad, por lo que las protecciones que se realizan en esas situaciones excepcionales respecto a la vivienda habitual de la familia, quedan inalteradas en orden a su aplicación a todo el territorio nacional, como después precisaremos.

Finalmente, es la Compilación navarra la que dedica un mayor número de preceptos al Derecho de Familia, casi todos ellos reformados, actualizándolos, por la Ley de 1 de abril de 1987; incidiendo incluso en normación paralela a la del Código Civil, respecto de algún supuesto de protección a las viviendas de que nos ocupamos.

Entrando ya en el estudio de la aplicación de las normas protectoras en orden al Derecho interregional, trataremos la cuestión en orden a cada caso de los tres grupos que pueden ser considerados.

A) TERRITORIALIDAD DE LAS NORMAS DE SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD

Las normas protectoras del primer grupo se configuran como uno más de los extremos en el que deberá existir un convenio al efecto entre los cónyuges, o en su defecto decisión judicial, previa o coetáneamente al presentarse la demanda en los procedimientos judiciales de separación judicial (arts. 81, 90 y 103 CC), en los de divorcio (arts. 86, 90 y 103 del CC) o en los de nulidad del matrimonio (arts. 90 y 103 CC).

Todos esos preceptos tienen como característica común la de estar comprendidos entre los que nuestro Código dedica al procedimiento judicial conjunto respecto a esas tres situaciones. Siendo así normas procesales que, como tales, son de orden público y de aplicación general, salvo los escasísimos supuestos en los que por ellas mismas se dispone alguna excepción en orden a la autonomía de la voluntad, como ocurre con la sumisión en relación con la competencia judicial, y aún ello en

un orden limitado (art. 56 LEC), en lo demás, su aplicación es general en todo el territorio nacional.

Para demostrar la generalidad de esas normas, comprendiéndose así entre ellas las protectoras de la vivienda familiar, nos bastaría con transcribir un precepto de nuestro Código Civil.

Se dice por su artículo 13, 1: «Las disposiciones de este título preliminar, en cuanto determinan los efectos de las leyes y las reglas generales para su aplicación, así como las del título VI de libro I, con excepción de las normas de este último relativas al régimen económico matrimonial, tendrán aplicación general y directa en toda España».

No obstante la expresa referencia a la aplicación general de estos preceptos, por estar comprendidos en el título citado, podría propugnarse por alguno que los referentes a la vivienda familiar, al tratarse de una norma dirigida a la economía, si no ya de un matrimonio sí de situaciones derivadas de él, estarían comprendidos en la excepción determinada en ese artículo 13. Por ello vamos a insistir en esta determinación, pero llegando a la misma solución de la aplicación general de los preceptos, aunque por distintas vías jurídicas.

Ha de admitirse que la exigencia de presentar con la demanda de separación, divorcio o nulidad el acuerdo entre los cónyuges sobre la utilización de la vivienda familiar son normas básicamente procesales.

También hemos de considerar que en la misma Ley de 7 de julio 1981, en la que se recogían esta y otras reformas de nuestro Código Civil, se comprendió en sus disposiciones adicionales otras normas procesales en la materia, si bien advirtiéndose que ellas se dictaban: «En tanto no se modifique la Ley de Enjuiciamiento Civil».

Por eso la anunciada reforma no se llevó a cabo. Antes bien, al reformarse la Ley Procesal el 6 de agosto de 1984 se dispone, en un lugar en cierto modo anómalo, dado que lo hace en su disposición derogatoria, una norma muy general sobre materias procesales, sin distinguir entre ellas, diciendo: «Los procesos sobre separación, divorcio y nulidad del matrimonio continuarán rigiéndose por las disposiciones adicionales de la Ley 30/1981, de 7 de julio».

Es más, según resulta del artículo 32 y de las reglas 6.^a y 8.^a del 149, ambos de la vigente Constitución, el contenido de aquellos preceptos del Código son materia de absoluta competencia del Estado, en los que en su aplicación a todo el territorio nacional no se podrá dar ningún conflicto de orden interregional que pudiera exigir la aplicación del artículo 16 del Código Civil.

B) TERRITORIALIDAD DE LAS NORMAS DE LA SOCIEDAD
DE GANANCIALES

Pasando ya a otro grupo de normas protectoras, consideremos a las recogidas por aquel Código en el capítulo IV del título III del libro IV, dedicado a la sociedad de gananciales, cuya sola enunciación ya revelan lo concreto de su aplicación.

En una de ellas, y siempre dentro de una situación de ganancialidad, se atribuye al cónyuge sobreviviente un derecho de preferente adjudicación en pago de su haber en la sociedad, de la vivienda habitual de la familia, cuando ella formara parte del patrimonio ganancial (artículo 1.406, 4.º, CC). Y en la otra norma se considera en parte ganancial la vivienda comprada a plazos antes del matrimonio, pero cuyos plazos, total o parcialmente, se abonan después de celebrado, con dinero ganancial o presuntivamente tal (art. 1.357, en relación con el 1.354 del CC).

Aún hemos de precisar previamente, respecto a este grupo de normas legales, que dentro de nuestro Derecho matrimonial, tanto en el común como en el foral, se perfilan claramente dos grupos: Preceptos de carácter general, aplicables a todos los matrimonios, cualquiera que sea el régimen matrimonial concreto por el que se rijan, y preceptos de carácter particular, dedicados a la regulación de uno u otro régimen concreto matrimonial, tengan éstos o no el carácter de supletorios si faltaren las capitulaciones matrimoniales al efecto.

Y esa dualidad obligará a determinar que los preceptos referentes a sistemas matrimoniales concretos no son generalizables a otros, siendo así de aplicación limitada. Limitación que también alcanza al ámbito territorial del régimen matrimonial de que se trate. Sin que por ello obste a que pueda ampliarse ese ámbito territorial normal, aplicando los preceptos a otra región, común o foral, en los casos en que ello venga determinado por un precepto de una u otra clase.

En consecuencia, los dos preceptos a que antes nos hemos referido (1.406 y 1.357 CC) serán aplicables en todos los territorios no aforados recogidos por el Código Civil. Pero en virtud de lo que apuntamos al final del párrafo anterior, regirán también:

En cuanto a Cataluña, cuando se pacte como régimen económico matrimonial el de gananciales, dado que en ese supuesto se regirá éste, en primer lugar, por las normas convenidas y, en defecto de pacto, por las normas del Código Civil».

Respecto a Navarra, en la regulación del régimen legal de conquistas, con tantas analogías al de gananciales, se ha llegado a transcribir casi literalmente los preceptos protectores de la vivienda familiar que

hemos comprendido en este grupo, lo cual nos llenó de perplejidad, al no comprender el porqué de esa dualidad.

Así, al tratar la Compilación de cuáles sean los bienes privativos de cada cónyuge, dice en el párrafo 2.º del apartado 2 de la ley 83 que, «si se tratara de la vivienda o ajuar familiares, el bien adquirido corresponderá *pro indiviso* a lo sociedad de conquistas y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas». En excepción a lo que dice por el párrafo 1.º de ese mismo número, casi idéntica a la existente entre los dos párrafos del artículo 1.357 del Código Civil y con casi idéntico contenido al de ambos párrafos de ese artículo.

Y al hacerlo de la liquidación de la sociedad de conquista, recoge una normación análoga a la del artículo 1.406 de Código Civil respecto al derecho de preferente adjudicación, diciendo que en los casos de disolución por muerte de uno de los cónyuges tendrá derecho el cónyuge viudo a que se le entregue, en pago de su haber, hasta donde éste alcance, y siempre que tenga el carácter de bien común, «la vivienda que fuere la residencia habitual del matrimonio», pudiendo exigir también que en vez de adjudicársele su propiedad se le adjudique el derecho de habitación sobre aquella vivienda.

Por último, la Compilación vizcaína determina en su artículo 44 que «la comunicación foral, constante matrimonio, no se opondrá a la existencia de bienes gananciales, carácter que tendrán todos los que merezcan esa consideración con arreglo al Código Civil».

C) TERRITORIALIDAD DE LAS NORMAS APLICABLES A TODOS LOS RÉGIMENES MATRIMONIALES

Nos queda por analizar el ámbito interregional del tercer grupo de preceptos protectores. En él sólo se contiene un precepto, por el que se instituye una modalizada prohibición de enajenar la vivienda habitual de la familia durante la vigencia del matrimonio, cuando aquélla pertenezca a uno solo de los cónyuges. Norma muy similar a la contenida en el artículo 96 del mismo Código, pero con la gran diferencia de que en el caso de esta última no existe ya matrimonio, dada la previa separación judicial, divorcio o nulidad, y de que el cónyuge que parece ser favorecido por ella es ya titular de un derecho real, u otro que sea posible, sobre el piso de que hablamos, lo que no ocurre en los supuestos del artículo 1.320 del Código, que es el comprendido en este grupo.

El precepto que ya hemos citado es el artículo 1.320 del Código, el cual está comprendido en el capítulo I del título III del libro IV, dedicado a «Disposiciones generales». Y esa idea de estar ante una

disposición general la refuerza el mismo precepto al decir, en forma genérica, que la limitación en la facultad dispositiva procede siempre que «tales derechos pertenezcan a uno de los cónyuges», lo cual ocurrirá, en todo caso, en los regímenes de separación de bienes, y sólo en el caso de que la vivienda pertenezca a uno solo de los cónyuges, no a la sociedad conyugal, cuando se esté en las comunidades de frutos, ganancias y adquisiciones onerosas, o sea, cuando la vivienda sea, propia de uno u otro cónyuge. En los regímenes de participación, aun siéndoles aplicables esa limitación, parecería algo dudoso si ello procediera por su aspecto de régimen de separación o por el régimen ganancial, cuestión que queda resuelta a nuestro juicio por el artículo 1.413 del referido Código, que aplica a ese régimen, como normas supletorias de los preceptos que a él dedica, las «relativas al de separación de bienes».

Ese carácter de disposición general obligará a sostener lo ineludible de su aplicación a cualquiera de los regímenes matrimoniales en los que existan bienes propios de los cónyuges, tanto en forma absoluta como coetáneos con la existencia de otros comunes. Y dándose esas circunstancias, será indiferente cuál sea la normativa, común o foral, que regule su nacimiento, desarrollo y extinción.

No debiendo olvidarse nunca que el fin único del precepto es ayudar a la permanencia de la familia, así como de su base física, el hogar familiar. Sólo parecen excluidos de ella los regímenes de comunidad universal, pero de hecho no es así, dado que en éstos se exige el consentimiento de ambos cónyuges para enajenar cualquier bien.

La idea básica campea con gran precisión en Navarra. Se establece en su ley 75 que en la interpretación de todos los pactos y disposiciones voluntarias, costumbres y «leyes» se «observará el principio fundamental de la unidad de la casa» y de sus explotaciones agrícolas, ganaderas y forestales, así como el de «su continuidad y conservación en la familia». La aplicación a ella de la norma del artículo 1.320 no sólo es procedente por su carácter general, sino que se ve estimulada por esa ley 75.

En Vizcaya no hay cuestión, pues ese doble consentimiento conyugal es la regla general: El artículo 43 de su Compilación determina que a virtud de la comunicación foral se harán comunes por mitad entre marido y mujer todos los bienes muebles o raíces, tanto aportados como adquiridos. Añadiéndose por el artículo 45 que la enajenación o gravamen de los bienes raíces comunicados, constante matrimonio, «necesitará del consentimiento de ambos consortes».

En la Compilación aragonesa, la reforma llevada a cabo por la Ley de 21 de mayo de 1985 dio una nueva redacción a su artículo 51, al

decir: «Corresponde a cada cónyuge la administración y disposición de sus propios bienes. Pero necesitará el consentimiento del otro o, en su defecto, autorización judicial, para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual o el mobiliario ordinario de la misma, o para sustraerlos al uso común».

Se observa fácilmente que en Aragón no sólo se transcribe el precepto del Código, sino que se amplía la prohibición recogida por éste, al exigir también el consentimiento del cónyuge no disponente o la autorización judicial sustitutoria, no ya sólo para los actos de disposición de esa vivienda, sino incluso para los que provoquen el que tanto esa vivienda como su mobiliario puedan ser sustraídos del uso común.

En Cataluña se da idéntica situación a la que ya expusimos para Vizcaya, cuando exista en la comarca de Tortosa capítulos en los que se pacte el *agermanament*; según resulta del artículo 59 de la Compilación después de la reforma de 20 de marzo de 1984. Conforme a ese precepto, convenido aquel régimen, se ponen en común los bienes aportados y los adquiridos por cualquier título, así como las ganancias o lucros, y la existencia de esa comunidad obligará a la codisposición.

Si se tratara del campo de Tarragona y se hubiera pactado la asociación a compras y mejoras, habrá de tenerse en cuenta que el párrafo 2.º del artículo 53 de la Compilación considera como derecho supletorio, después de los pactos y de los artículos de esa sección, a «las disposiciones del Código Civil en cuanto lo permita su naturaleza específica»; lo cual ha de predicarse respecto al artículo 1.320 de él, pues el precepto tiene un carácter excepcional, el cual conserva en su aplicación al campo de Tarragona, sin que ello haya sido desvirtuado por la reforma llevada a cabo en otros preceptos de la referida sección, la cual, dado el que su fecha (de 20 marzo 1984) es posterior a la reforma del Código en este extremo, ha conocido y podido desvirtuar el carácter de excepción del precepto del Código, si así lo hubiere estimado.

Respecto a las demás comarcas catalanas, así como respecto a Baleares, no se contiene nada en sus respectivas Compilaciones en orden a disposiciones generales que sean aplicables a todos los regímenes matrimoniales, que más o menos detalladamente se regulan en el articulado de aquéllas, y en las cuales se desvirtuase directa o tácitamente la prohibición recogida como norma de excepción por el citado artículo 1.320 del Código.

Habrà de concluirse que el referido precepto será aplicable a todas las regiones forales donde no esté sustituido por otro de idéntico contenido, de conformidad con el artículo 1, 1.º, de la Compilación de Cataluña, el 1.º de la de Baleares, sin aludirse a las otras regiones forales, pues allí es indiscutible la aplicación de su contenido; y según

también el párrafo 3.º del artículo 149 de la vigente Constitución, especialmente en su inciso final, al decir: «El Derecho estatal será en todo caso supletorio del Derecho de las Comunidades Autónomas».

Y no se diga que aquel artículo 1.320 está en contraposición con otros reguladores de éste o aquél régimen económico matrimonial concreto, pues ello ocurre también entre él y los preceptos del mismo Código Civil referentes a los distintos regímenes que por él se regulan detalladamente. Ello es necesario, pues esa contraposición existirá siempre entre una regla general y su excepción, como ocurre con ese precepto. Son precisamente las excepciones, o sea, los supuestos concretos contrarios a las reglas generales, los que confirman a éstos, según ya un antiguo principio de Derecho, al decir: «exceptio firmat regulam, in casibus nom exceptis» (la excepción confirma la regla general en los casos no exceptuados), o más concisamente, «exceptio denotat regulam» (la excepción confirma la regla).

CONTENIDO DE LOS DERECHOS PROTECTORES: EN SITUACIONES DE CRISIS MATRIMONIALES TRANSITORIAS

Aparentemente, nuestro Código sólo parece considerar como situaciones de crisis matrimoniales los supuestos de separación judicial, divorcio y nulidad. Pero frente a esos supuestos que denominaríamos de crisis definitivas, admite más o menos veladamente otros de carácter transitorio, como son los de separaciones de hecho, abandono de la familia, imposibilidad de prestar consentimiento e incapacidad o ausencia de uno de los cónyuges.

Todas ellas implican una situación de crisis en el matrimonio; pero sólo hasta ahí se extiende la analogía. En lo demás, las reglas legales aplicables a unas y otras son distintas, y obligan a considerar los dos grupos con que hemos iniciado el presente apartado, de crisis transitorias y crisis matrimoniales definitivas.

El Código contempla situaciones en las que, sin llegarse a la ruptura total en las personas y bienes, existen hechos que impiden la marcha normal del matrimonio, especialmente en el orden económico.

Inicia esa serie de situaciones el artículo 1.387, al decir: «La administración y disposición de los bienes de la sociedad de gananciales se transferirá por ministerio de la ley al cónyuge que sea el tutor o representante legal de su consorte».

Y se completa esa afirmación en orden a los supuestos en que pueden plantearse esas situaciones, con lo dispuesto por el siguiente artícu-

lo 1.388: «Los Tribunales podrán conferir la administración a uno solo de los cónyuges cuando el otro se encontrare en imposibilidad de prestar consentimiento o hubiere abandonado la familia o existiere separación de hecho».

Determinándose a su vez como norma reguladora de las facultades del cónyuge administrador, según el artículo 1.389: «El cónyuge en quien recaiga la administración en virtud de lo dispuesto en los dos artículos anteriores tendrán para ello plenas facultades, salvo que el Juez, cuando lo considere de interés para la familia y previa información sumaria, establezca cautelas o limitaciones».

«En todo caso, para realizar actos de disposición sobre inmuebles, establecimientos mercantiles, objetos preciosos o valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente, necesitará autorización judicial».

Como aclaración debe decirse:

a) La facultad de administrar comprende la de disponer, pues de otro modo no tendría sentido el párrafo 2.º del precepto. Y porque así lo presupone el artículo 1.390, al hablar de actos dispositivos por uno solo de los cónyuges.

b) La referencia al derecho de suscripción preferente no lo es a un acto de disposición. El que lleva a efecto ese derecho de suscripción preferente sólo está realizando una inversión de frutos, rentas o metálico de bienes que él administra, o sea, en definitiva, una adquisición, acto completamente opuesto al de alguna disposición o enajenación de ciertos bienes.

A la vista de esos preceptos y con base en su contenido, podemos pasar ya a considerar el extremo específico de que venimos tratando: la protección de la vivienda habitual de la familia. En cuyo punto hemos de sentar previamente algunas cuestiones básicas.

De las otras cuatro series de normas en que ha cristalizado esa protección, las primeras en orden a la numeración de su articulado, son evidentemente inaplicables. Ellas se refieren a convenios previos, o a situaciones posteriores, a lo que hemos llamado crisis definitivas. A matrimonios que van a extinguirse en virtud de proclamarse mediante el correspondiente fallo judicial, que se está ante una separación judicial, ante un divorcio o ante una nulabilidad de matrimonio; algo completamente opuesto en su idea básica a las crisis de que ahora tratamos, o sea, a situaciones de matrimonios que, con más o menos dificultades, se trata de hacerlos subsistir.

Tampoco debemos de tener en consideración el último grupo (numeral) de esas protecciones. Este se contrae a un derecho de preferente

adjudicación de la vivienda habitual de la familia, cuando tenga el carácter de bien ganancial, pero sólo si la liquidación de esa sociedad conyugal se debe al fallecimiento de uno de los cónyuges. Situación completamente opuesta a las aquí consideradas, que tienen por base un matrimonio que subsiste.

Nos quedan así dos grupos de normas protectoras respecto a las cuales considerar su aplicación o no en estos casos de crisis matrimoniales transitorias: La que exige un complemento de capacidad para que el cónyuge titular de la vivienda habitual de la familia pueda enajenarla válidamente, y la que cambia a titularidad privativa de la vivienda adquirida a plazos por uno de los cónyuges, cuando, pagándose aún esos plazos, se destinase aquélla a ser ocupada por la familia.

Respecto a ambos supuestos, y si estuviéramos en los casos a que se refiere el antes transcrito artículo 1.387, resultará que, «por ministerio de la Ley», se habrán reunido en uno de los dos cónyuges las siguientes facultades en el orden patrimonial: la administración y plena disposición de sus bienes propios, incluidos los inmuebles; la administración de los bienes del otro cónyuge, junto con la facultad de disponer de sus inmuebles si obtiene al efecto la autorización judicial complementaria (arts. 186, 3.º, y 271 CC); y la administración y disposición de los bienes gananciales, que cuando se trate de los actos dispositivos sobre los inmuebles, requerirá también esa autorización judicial complementaria (art. 1.389, 2.º, CC).

En virtud de esa situación, si la vivienda habitual de la familia que se enajene fuere propia del cónyuge a quien se han atribuido esas administraciones, bastaría su solo consentimiento para la validez de la enajenación, pues en virtud de aquella representatividad, en su consentimiento va ínsita la aprobación al efecto del otro cónyuge, dado que este último consentimiento del cónyuge que no sea el titular dominical de la vivienda, al que se refiere el artículo 1.320 del Código, no constituye en sí mismo una enajenación, pues él no tiene ningún derecho que enajenar, sino una simple manifestación de que, con la enajenación pretendida, no se produce un perjuicio para la familia, o que se admite la realidad de éste por circunstancias que no han de indicarse. Parecerá que con ello se está atribuyendo a uno de los cónyuges una posibilidad de perjudicar por sí solo a la familia, por ello aquella unidad de administración se basa en la presunción de buena fe, que informa asimismo el contenido del artículo 156, 4.º, del mismo Código, que en estos mismos supuestos, o sea, en los de falta, ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, determina que «la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro», sin que por ello se le haya ocurrido designar un vigilante o censor de la actuación por uno solo de los

cónyuges, en materia en la que se debe actuar también en defensa de la familia.

Y si la vivienda de la familia que se pretenda enajenar perteneciera al cónyuge tutelado o ausente, dado que en esos casos se requeriría que el cónyuge tutor obtuviese la autorización judicial para ello (arts. 186, 3.º, y 271, 2.º, CC), resultaría que la simple petición de esa autorización implicaría el asentimiento del cónyuge solicitante a la enajenación de la vivienda, por aplicación en toda su plenitud del principio de los actos propios, reconocido reiteradamente por la jurisprudencia desde la Sentencia de 27 de diciembre de 1873 hasta ahora, y expresada antes en el *Digesto* (libro I, tít. XVII, reg. 155), al decir: «Factum cuique suum, nom adversario nocere debet» (a cada uno le debe perjudicar su propio hecho, y no a la parte contraria). A mayor abundamiento, existe también una autorización judicial, incluso más rigurosa si cabe en sus postulados que la expresada en el artículo 1.320 del Código.

Cuando el supuesto protector fuese el de conceder una presunción de ganancialidad de ciertas adquisiciones de viviendas, la solución antes apuntada no puede aplicarse.

La protección opera de la siguiente forma: *a)* Una persona no casada adquiere por compra por precio aplazado una vivienda, la cual será así de su propiedad particular. *b)* Con posterioridad y sin que se hayan terminado de abonar los plazos, el adquirente contrae matrimonio, bajo el régimen de ganancialidad, y dedica esa vivienda a ser la habitual de la familia. *c)* Desde ese instante, si los sucesivos plazos se abonan con dinero ganancial, alterando la presunción normal de que la adquisición no cambia de carácter, y sin perjuicio del reembolso procedente a la sociedad de gananciales, se establece una copropiedad entre el cónyuge adquirente y su sociedad de gananciales, aún imprecisa hasta que se ultime el pago (art. 1.354, en relación con el 1.357 CC). *d)* En cada uno de los asientos expresivos de los pagos de los sucesivos plazos, en los cuales se dé ya esa alteración de la cualidad del titular, se expresará el carácter ganancial del plazo (arts. 58, 1.º, y 91, 2.º, RH). *e)* Ultimado el pago, la vivienda corresponderá en *pro indiviso* al cónyuge adquirente y a la sociedad de gananciales, en proporción al valor de las aportaciones respectivas (art. 1.354 CC), para cuya determinación «se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges», lo cual se recogerá en el Registro de la Propiedad mediante la oportuna nota marginal (art. 91, 3.º, RH).

La simple lectura de esas circunstancias pone de relieve que si bien el cónyuge administrador puede pedir por sí solo la nota marginal de pago de los sucesivos plazos, incluso con confesión de su ganancialidad (artículo 1.324 CC) o la presunción legal de ella (art. 1.361 CC); no

ocurre lo mismo con el «convenio» que determine que proporción de la vivienda es propia y cuál ganancial. Estamos ante un conflicto de intereses, previsto y resuelto por el artículo 299 del Código, el cual ordena el nombramiento de un defensor judicial que represente al incapacitado (incapaz o ausente) que tenga un conflicto de intereses con su representante legal.

En el otro grupo de situaciones matrimoniales anormales, o sea, imposibilidad de prestar consentimiento, abandono de familia o separación de hecho, no existe ya esa unidad plena de administración, y la más o menos modalizada de disposición, en cuanto a los tres patrimonios involucrados: el propio del cónyuge actuante, el ganancial y el del cónyuge tutelado. Aquí este último patrimonio permanece en administración y disposición de su titular, cuyas facultades en ese orden no han sido alteradas; la unidad sólo se produce entre el ganancial y el del otro cónyuge.

Esa independencia obliga a determinar que tanto para el asentimiento del cónyuge no titular, en orden a la enajenación de la vivienda habitual de la familia, como para el convenio determinante de cuál participación es ganancial y cuál propia en la vivienda comprada a plazos, en las circunstancias y con los requisitos antes expresados, se requerirán las declaraciones al efecto de ambos cónyuges, cada una con su respectivo contenido, y la de asentimiento a la básica emitida por el otro cónyuge, sustituible por la autorización judicial en su caso.

La última cuestión a considerar respecto a este grupo de situaciones es la referente a las formas: documental y registral.

En los casos del artículo 1.387 parece claro que, al transferirse por ministerio de la Ley la administración de los bienes gananciales al cónyuge nombrado tutor o representante legal, bastará acreditar este extremo mediante certificación del Registro Civil, o de las del Registro de la Propiedad si esas situaciones se hubieren hecho constar en los folios de las fincas del incapaz o del ausente, para poder aplicarse las situaciones y exigencias antes expuestas.

Sólo hemos de aclarar, que desdobladas y precisadas las situaciones de incapacidad en las dos figuras de la tutela y de la curatela por la reforma del Código de 1983, esa dualidad no pudo ser tenida en cuenta por el referido artículo 1.387, el cual procede de la anterior reforma del mismo Código en 1981. Por ello, la incapacidad más o menos amplia, debida a «las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma» (artículo 200 CC), puede dar lugar, según el contenido de la sentencia, bien a una tutela (art. 222, 2.º, CC) o bien a una curatela (art. 287 CC),

ambas incluidas en la antigua terminología de tutela única admitida en aquella fecha para ambas situaciones.

En el orden registral la cuestión es más simple. El asentimiento para la enajenación por uno de los cónyuges de la vivienda habitual de la familia se recogerá en el asiento de transmisión de ella como un requisito más de los necesarios para poderse extender aquél. Y si se tratare del convenio sobre las respectivas participaciones del comprador a plazos de la vivienda dedicada con posterioridad a residencia habitual de la familia y de la sociedad de gananciales, ello originaría una nota marginal principal, o sea, sustitutoria de un asiento de esta última clase (artículo 91, 3, RH).

En los casos del artículo 1.388, la cuestión es más compleja. En primer lugar, hay que aclarar que esa situación de «imposibilidad de prestar consentimiento», frase con origen en la reforma de 1981, es demasiado imprecisa y no tiene entidad jurídica *per se*, sino que dará lugar a una tutela o una curatela, apreciada por el correspondiente Tribunal, ello a la vista de la reforma del Código de 1983, tutela que nos llevará al artículo 1.387.

De otra parte, tanto el abandono como la separación de hecho no constituyen actos jurídicos, ni siquiera hechos queridos por las partes por los efectos jurídicos inherentes a ellos, sino simples hechos que dan lugar a ciertas situaciones jurídicas.

Finalmente, esas situaciones jurídicas no llevan como secuela necesaria el atribuir a uno solo de los cónyuges la administración y la disposición modalizada, de los bienes gananciales, sino el que a su vista puede o no el Tribunal «conferir» esa facultad al otro cónyuge.

La prueba de ese abandono o separación de hecho no puede ser alegada y apreciada por el Notario o el Registrador, sino sólo por el Juez. Es la posible decisión de éste la que tendrá que ser tenida en cuenta por aquellos funcionarios, así como por cualquiera otros ante quien se ejerciten derechos involucrados en las transferencias de facultades antes indicadas.

Todo ello no obsta a que en virtud de la facultad de modificar el régimen matrimonial durante la vigencia del matrimonio que recoge el artículo 1.317 del Código, puedan los cónyuges hacerlo en la forma que pacten, dentro de los llamados convenios de las separaciones de hecho, en las cuales serían también posibles otros acuerdos sobre el ejercicio, no sobre la tenencia de la patria potestad, según determina el artículo 156, 1.º, del Código, e incluso pueden pactar sobre la facultad de obligar uno de los dos cónyuges a los bienes del otro, en el ejercicio de lo que la doctrina alemana denomina «la potestad de la llave»; todos

los cuales podrán pactarse a la vista de los artículos 1.318 y 1.319 del repetido Código.

CONTENIDO DE LOS DERECHOS PROTECTORES EN LAS SITUACIONES DE SEPARACION Y DIVORCIO

A) CUESTIÓN PREVIA

No nos interesa, a efectos del presente, el aspecto procesal de esas situaciones, incluso tampoco nos interesa el aspecto civil, salvo lo que se refiera a la vivienda habitual de la familia. Respecto a ella, hemos de precisar que habrá de distinguirse entre estados provisionales de esas situaciones, correspondientes al período de la litis, y estados definitivos, surgidos ya con ese carácter al dictarse la oportuna sentencia.

No puede negarse esa dualidad de situaciones, manteniendo la tesis de la inmutabilidad del acuerdo previo a la demanda de separación o divorcio.

La misma Ley de 7 de julio de 1981, reformadora de todos estos preceptos del Código Civil, al regular el procedimiento judicial de las separaciones, divorcios y nulidades, en regulación que se preveía como transitoria hasta que se reformase la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero que se ha transformado en definitiva al realizarse esa reforma de la Ley Procesal (por Ley de 6 agosto 1984), como lo ha expresado así ella misma en su disposición derogatoria, parte de la base de esa dualidad de situaciones, provisional y definitiva. Para la primera prevé su anotación, en su caso, en el Registro de la Propiedad, en tanto que para la segunda predica ya su inscripción.

En el párrafo 2.º de la disposición adicional novena de la citada Ley de 7 de julio de 1981, dice: «A petición de parte, podrán ser anotadas o inscritas las demandas y sentencias de separación, nulidad y divorcio». Norma procesal que, como hemos dicho, subsiste después de la reforma citada de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley de 6 agosto 1984), pues se expresa por el párrafo 3.º de la disposición derogatoria de ésta: «Los procesos sobre separación, divorcio y nulidad del matrimonio continuarán rigiéndose por las disposiciones adicionales de la Ley de 7 de julio de 1981».

Esa dualidad era, por otra parte, indispensable. Pese a que el acuerdo entre los cónyuges regulador de la situación familiar y económica se le configure como «necesario» para interponer las demandas de separación o divorcio (arts. 81, 1.º, y 86, párrafo final, CC). Esa necesidad sólo resulta como tal en escasos supuestos, y aún en ellos, como en

todos los restantes, ese convenio expresivo de cierta autonomía de la voluntad en estas materias no es definitivo, pues está sometido a la aprobación o al rechazo por el Juez (art. 90, párrafo 2.º, CC). Aparte de ello, ese convenio podrá ser afectado considerablemente por las decisiones judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos (art. 92, 2.º, del CC), como así mismo por la determinación de cómo han de contribuir los padres a las necesidades de aquéllos (art. 93 CC) y las referentes a la tenencia de esos hijos (art. 96 CC), en todos cuyos casos tendrá que adecuarse aquel convenio a estas nuevas situaciones.

En definitiva, la situación que se aplique durante la sustanciación de esos litigios, sólo puede predicarse como provisional y anotable en el Registro.

Por ello se precisa con carácter general por el artículo 106 del Código Civil: «Los efectos y medidas previstas en este capítulo terminan, en todo caso, cuando sean sustituidos por los de la sentencia estimatoria o se ponga fin al procedimiento de otro modo».

En tanto que la que se predique por la respectiva sentencia tiene ya el carácter de definitiva e inscribible en el Registro, o de ser convertida la anotación en inscripción si no se alterase el contenido al pasar de una o otro de esas situaciones. No obstante a este carácter definitivo el que al alterarse fundamentalmente en el futuro las circunstancias tenidas en cuenta por el fallo judicial, se modifique éste, judicialmente o por nuevo convenio (art. 90, párrafo 3.º, CC), con la correspondiente inscripción registral que recoja esas modificaciones.

Hay que hacer una última observación. Venimos hablando y dando por sentado que la actuación registral consistirá en una anotación o una inscripción. Parece que hemos olvidado que el artículo 96, 2, del Reglamento Hipotecario dispone: «Las resoluciones judiciales que afecten a la administración o disposición de los bienes de los cónyuges se harán constar por nota marginal». Pero no ha habido tal olvido, sino sólo en cuanto a explicar que ese precepto no es aplicable a estos supuestos.

Si hubiere antinomia entre el precepto de la Ley Procesal y el del Reglamento Hipotecario, habría de solucionarse aquélla aplicando con preferencia aquél. El Código Civil dispone en su artículo 1.º, 2.º: «carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior». Pero realmente no existe contraposición.

La posible inscripción de las sentencias de separación y divorcio originan «la disolución del régimen económico matrimonial» (art. 95 CC), y, además, la de separación, «produce la separación» de los casados y hace cesar la posibilidad «de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica» (art. 83 CC) y la de divorcio provoca «la

disolución del matrimonio» en virtud de la «sentencia que así lo declare» (artículo 89 CC).

Se aprecia así que, una vez dada la separación o divorcio, no existe posibilidad de que una resolución judicial pueda afectar a la administración o disposición de bienes de los cónyuges, al no existir ya éstos, sino en tiempo pasado. A mayor abundamiento, y siendo ello aplicable también a las anotaciones extendidas durante la litis pendencia de estas dos situaciones, los cónyuges que ya no son tales, y cuyos patrimonios están ya separados, al realizar actos de administración o disposición de los bienes, no pueden ser de los de un cónyuge por el otro, que ya no se permiten al plantear éstos demandas (art. 102 CC), se estará ante las enajenaciones, hipotecas, etc., de los bienes del cónyuge de que se trate, con sus efectos propios, sin atenderse registralmente a las personas que los realicen, aparte de que para calificar sus capacidades, subjetiva y objetiva, haya de apreciarse su situación matrimonial.

B) DERECHO QUE PUEDE CONVERTIRSE

Pese a la situación de provisionalidad que tenga el acuerdo o la decisión judicial respecto a la vivienda habitual de la familia durante la sustanciación del proceso, o a que la situación predicada en la sentencia con el carácter de definitiva, sea susceptible de modificación posterior, como ya hemos dicho, el derecho a que unas u otras se refieran no es modificable en su naturaleza, aunque pueda serlo en cuanto al tiempo de duración o a ser sustituido por otro.

El legislador, al tratar de este derecho en el Código, no ha precisado de cuál se trate. Se ha limitado a decir al efecto las siguientes frases, en uno u otro de sus preceptos.

En el apartado B) del párrafo 1, del artículo 90 habla de «atribución del uso de la vivienda».

En el párrafo 1.º del artículo 96 vuelve a insistir en la frase «uso de la vivienda familiar» y el párrafo 3.º lo hace al «uso de tales bienes».

En la circunstancia segunda de las estatuidas por el artículo 103 se dice que habrá de determinarse «cuál de los cónyuges ha de continuar el uso de la vivienda familiar», así como qué medidas cautelares se hayan adoptado «para conservar el derecho de cada uno».

Quizá por tener ideas preconcebidas, no nos hayamos fijado con claridad en el significado de la palabra. Ni la hayamos relacionado con la obligación impuesta por el artículo 91 del Código, de que en las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o en la ejecución de las mismas —no hay que olvidar que ellas se referirán también a aquel uso— se determine «las cautelas y garantías respectivas, estableciendo

las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiere adoptado ninguna».

El legislador, al utilizar el término «uso», no lo hace en el sentido de denominación de un derecho, y menos del derecho real de uso que, al referirse sólo a inmuebles fructíferos, se aplica únicamente a las fincas rústicas y, a lo sumo y en raros supuestos, a los edificios y empresas industriales. Derecho real lo suficientemente notorio, como para no incurrirse en equívocos en cuanto al mismo por el legislador.

Con esa genérica referencia se ha tratado de conseguir que el cónyuge que conserve, o al que se le atribuya, «la facultad de usar», la tenga en todo caso y en todas las situaciones posibles, siempre en atención a cuál sea el derecho que tenga sobre la vivienda el cónyuge titular de ella, que va a ser privado de aquella facultad de uso. Y dado el que esta capacidad objetiva puede ser muy varia en su duración, amplitud, etc., la referencia a cuál sea lo que se pretende conceder al cónyuge que vaya a usar la vivienda, no puede sintetizarse *a priori* en un derecho determinado, sino que habrá de dejarse a las partes, o al Juez, la facultad de configurar en cada caso concreto el derecho que faculte para ese uso, que se conceda por el cónyuge titular al que no tenga ninguna titularidad sobre el piso, o convenio entre ambos si el piso perteneciere a la sociedad conyugal.

Resulta así que serán los cónyuges o el Juez, en su caso, los encargados de configurar jurídicamente el derecho que se transmita al otro cónyuge, de entre los regulados por nuestra legislación, para lo cual tanto los unos como los otros tendrán en cuenta los requisitos básicos siguientes, los cuales no afectarán en lo demás al derecho que se acuerde:

1.º No es indispensable el conceder ese uso a través de un derecho real, aunque éste se encuentre comprendido dentro del que tenga el concedente sobre la vivienda objeto de él.

2.º El derecho que se conceda tendrá siempre una duración limitada, no pudiendo serlo con carácter indefinido; duración que unas veces será un plazo a día cierto, como resulta del supuesto del párrafo 3.º del artículo 96, y en los demás lo serán a día incierto. Debiendo entenderse que ese «no haber hijos» a que se refiere aquel precepto no es una referencia absoluta, sino sólo a no existir hijos sometidos a la llamada familia nuclear, no teniendo este carácter los que vivan fuera de ella con plena independencia.

3.º Se precisará el carácter de inalienabilidad e inembargabilidad del derecho de que se trate, así como el de personalísimo; todo ello como medida «cautelar» para conservar la finalidad prevista por el legislador respecto a ese derecho (art. 103, 2.º, CC).

4.º Se expresará, al efecto de su constancia registral para su validez contra terceros que el derecho que tenía el cónyuge concedente, el cual ha quedado limitado o minorado por el que se haya transmitido al otro cónyuge, quedará mermado en orden a sus facultades dispositivas, mientras subsista el derecho concedido, en cuanto a no ser posible la enajenación por su titular sin el consentimiento del otro cónyuge, o sea, de aquel de ellos a quien se haya transmitido el derecho que comprenda la facultad de uso de la vivienda familiar (art. 96, párrafo final, CC). En definitiva, la plena venta del piso requerirá el que se enajenen conjuntamente por ambos cónyuges, los derechos concedidos y los que subsistan en el cónyuge concedente.

Respecto a este extremo, conviene precisar que esta prohibición limitada de enajenar se encuentra entre las permitidas por el artículo 26 de la Ley Hipotecaria, pero no como una de las establecidas por la Ley, ya que no resulta evidente en cuanto a cuáles sean los supuestos de que se trate, sino como constituida a título gratuito por imperativo legal. Si bien entendemos que, pese a la generalidad con que se expresa el citado artículo 96, esta garantía sólo procederá cuando el derecho concedido al cónyuge, comprensivo del uso de la vivienda, pueda verse perjudicado por la enajenación del derecho del concedente, no en los demás casos, en los que por inoperancia a este efecto, constituiría un verdadero «abuso del derecho», y éste, cometido por el mismo legislador, si bien susceptible en parte de ser paliado por la autorización judicial, la cual se configura como supletoria de la del otro cónyuge.

Esta prohibición peculiar deberá ser registrada, como propugna LUNA SERRANO y parecen aceptar LACRUZ Y SANCHO (*Elementos de Derecho Civil*, t. IV, pág. 260). Registración de una limitación que, al estar dotada de permanencia, se realizará mediante un asiento de esta característica, o sea, por una inscripción, y no por uno tan transitorio como la anotación que se propugna, por parte de la doctrina. No obstante, en la generalidad de los supuestos, ella estará recogida en forma especial como un elemento del derecho transmitido, en la inscripción que origine el derecho que se transmita al cónyuge no titular de la vivienda familiar.

También conviene aclarar, antes de pasar más adelante en el estudio de ese impreciso derecho que se transmite al cónyuge no titular, que el hecho de que el legislador no permita en este caso la enajenación con la sola afirmación de que no se está enajenando la vivienda habitual de la familia, como el que se prevé por el párrafo 2.º del artículo 1.320 del Código, no es ningún olvido ni puede originar ninguna laguna a completar con una interpretación analógica, como se ha dicho por algunos.

Pese a lo dicho por VENTOSO (*Actos conmemorativos del cincuentenario del...*, ed. 1986, Centro de Estudios Hipotecario, págs. 136 y ss.) y por lo que él cita, dado que la Ley hay que interpretarla por lo que ella dice y no por lo que pensaran decir sus redactores, no es posible aplicar a este supuesto la posibilidad de enajenar la vivienda por declarar el disponente que no es la habitual de la familia, pues si desaparece el matrimonio por el divorcio, mal podrá sostenerse que existe una familia, o sea, una situación superior a la mera existencia de vínculos familiares, la cual, con la utilización habitual de la vivienda, impida su enajenación como libre, pues lo que ya existe es un sujeto de derecho, que ostenta uno que implica ese uso, sin que así tenga ya interés para nada cuál sea el derecho que se haya concedido al resolver judicialmente una de esas situaciones matrimoniales.

Ahora bien, esta discusión nos parece algo bizantina. El párrafo final del artículo 96 del Código dice textualmente: «Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial». Y ello da lugar a unas derivaciones de carácter necesario.

Para que pueda surgir la prohibición habrá tenido que existir un convenio aprobado por el Juez o una decisión judicial sustitutoria, en la que se precise qué es lo que el cónyuge titular de la vivienda transmite al que va a ocuparla con la familiar.

Si lo transmitido fuere algún derecho real limitativo, su sola inscripción impedirá toda actuación jurídica en perjuicio del cónyuge adquirente del mismo, por parte del anterior titular, el cual sólo conservará una titularidad limitada por el derecho que transmitió. La plena enajenación de la vivienda después de esa división de titularidades requerirá el que ambos cónyuges, conjunta o separadamente, enajenen cada uno su derecho, y, en junto, la plena titularidad, como hemos dicho antes.

Si lo transmitido al otro cónyuge fuera sólo el derecho de uso, estaremos en casi idéntica situación, pues lo transmitido será un derecho de comodato, como con más detalle veremos en otro apartado del presente, que ha de respetar el transmitente.

Y si se entendiese que la prohibición de enajenar va encaminada sólo al cónyuge adquirente del uso, estaremos en un reforzamiento del punto 3.º de los que antes hemos expuesto.

En principio, y salvo que el derecho que se le transmita al cónyuge que tiene derecho al uso de la vivienda familiar sea uno de los llamados derechos reales innominados, éste será un derecho real de usufructo, con las peculiaridades que hemos recogido en los cuatro puntos anteriores, o un derecho real de habitación, en el que además de recoger todas las peculiaridades expresadas en aquellos cuatro números, se pacte como

conditio juris de él que la ocupación por el habitacionista se extiende a toda la vivienda.

De otra parte, no siendo indispensable el que ese uso habitual que se va a transmitir al otro cónyuge adopte la forma de algún derecho real concreto, tampoco lo es siquiera el que adopte la forma de derecho real genérico.

A ese efecto no estimamos posible el que ese uso se conceda a través de un arrendamiento, pues la falta de toda posible renta desvirtuaría en su totalidad aquel contrato. Pero sí lo será mediante otro contrato que, sin originar un derecho real, permita un uso gratuito de la vivienda. Contrato que nuestro Código denomina y regula como de préstamo de uso de cosa no fungible (como lo es la vivienda), o sea, como un comodato. En el cual predomina el carácter de gratuidad para el comodatario (art. 1.740 CC), que es un requisito ineludible para la transmisión de ese uso al cónyuge no titular de la vivienda familiar por parte del que lo sea.

Parecerá un poco forzado un derecho de comodato recayente sobre un inmueble, pero esto ya está superado. La ley 539 de la Compilación navarra lo admite expresamente, y la doctrina y la jurisprudencia también lo han hecho, incluso esta última, al considerar el precario como una variedad de comodato y admitir con reiteración la posible situación de precarista en las tenencias de inmuebles.

Muchos juristas opinarán que ese contrato está ya obsoleto, pero fuere ello o no cierto, es apropiadísimo para el supuesto que estudiamos, con el cual podrá así recobrar su virtualidad.

Sea cual fuere el derecho real o el obligacional pactado, los gastos ordinarios de conservación y uso, y las contribuciones que procedan como gravamen de la utilización de la cosa, serán de cargo del cónyuge usufructuario (arts. 500 y 504 CC), del habitacionista (art. 527 CC) o del comodatario (art. 1.743 CC).

Finalmente, los estudios hechos hasta ahora sobre esta cuestión de que venimos tratando, ponían mucho hincapié en los supuestos de que el único derecho que se tuviera por uno u otro de los cónyuges fuese el de arrendamiento de la vivienda habitual de la familia, el cual pasaría al cónyuge a quien se le atribuya su uso, bien por pacto o bien por decisión judicial.

La posibilidad de la cesión del contrato de arrendamiento al otro cónyuge que se autoriza por el artículo 24, 1.º, de la Ley de Arrendamientos Urbanos, y el hecho de que esa facultad de cesión se atribuya al Juez en sustitución del cónyuge obligado a ella, resolvían el problema. Pero ello era así en una situación arrendaticia en la que, como las existentes antes del 30 de abril de 1985, la prórroga de los arrenda-

mientos originaría el que la posible cesión de ellos tuviese un apreciable valor jurídico. Sin embargo, desaparecida por el Real Decreto-ley de esa fecha la prórroga forzosa, estableciéndose la duración de ellos sólo por el plazo estipulado libremente, la cesión de esos arrendamientos tendrá tan menguado contenido que apenas serán tenidos en cuenta en los convenios entre los cónyuges o en la decisión judicial sustitutoria.

C) REGISTRACIÓN E IMPUESTO

Pasando al problema de la registración del derecho que haya sido concedido y cuya registración es casi obligatoria como la más apropiada medida cautelar o de garantía de aquel derecho, garantía que en general se propugna como indispensable por el artículo 91 del Código; resultará evidente que es plenamente posible la registración de los derechos reales de usufructo o de habitación, no sólo ya por tratarse de derechos reales, sino por disponerse expresamente en cuanto a ellos esa inscripción por el número 2.º del artículo 2.º de la Ley Hipotecaria.

El problema surge cuando el negocio realizado se refiera a un comodato. Este es un derecho personal y, por tanto, no inscribible. Pero a pesar de esa evidencia, no debe ella de hacernos olvidar que hay que garantizar al cónyuge al cual se le conceda ese derecho que no va a ser perturbado en su ejercicio en el futuro; para lo cual se nos dirá que para ello puede acudir a cualquiera de las formas de garantía admitidas por la Ley.

No obstante, la disposición adicional novena de la Ley de 7 de julio de 1981, sin distinguir cuál pueda ser el contenido de la sentencia de separación, divorcio o nulidad, contenido que deberá recoger lo procedente sobre esta cuestión, ordena el que a petición de parte se inscriba aquélla. Y si bien no es posible materialmente el inscribirlas cuando no se refieran a inmuebles, si así se hiciese pese a que no contenga un derecho real, cuando se trate de inmuebles, esa inscripción tendrá que hacerse constar en el folio de la vivienda dada en comodato, puesto que es esa registración del contrato la única forma de garantizar, frente a terceros, el que pasen las obligaciones y derechos del comodato a los herederos de los contratantes, como dispone el artículo 1.742 del Código Civil, ya que ese respeto del contrato por los herederos «modifica desde luego» «algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles», como exige para toda registración el artículo 7 del Reglamento Hipotecario.

Nos queda por tratar el aspecto fiscal de la cuestión, materia generalmente olvidada por el legislador civil, pero de tanta importancia en la realidad, que ella puede hacer inoperante una institución nueva, como

ha ocurrido con la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento, y en mayor medida aún con las unidades mínimas de cultivo.

Para el problema que nos ocupa nos bastará con transcribir el número 3.º del apartado B) del artículo 48 del Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (de 30 diciembre 1980), que considera como exentas de este impuesto:

«3. Las aportaciones de bienes y derechos verificados por los cónyuges a la sociedad conyugal, las adjudicaciones que a su favor y en pago de las mismas se verifiquen a su disolución y las transmisiones que por tal causa se hagan a los cónyuges en pago de su haber de gananciales». Exención de evidente aplicación, dado que estamos ante una adjudicación «ordenada por la Ley», hecha a un cónyuge como pago de los derechos que a él y a sus hijos competen respecto del órgano societario matrimonial, todo ello dentro del principio de protección a la familia que luego aplica el mismo precepto al declarar exentas «las garantías que presten los tutores».

CONTENIDO DEL DERECHO EN LOS CASOS DE NULIDAD

Todo lo dicho en el supuesto anterior para las separaciones y divorcios, es aplicable íntegramente al presente de nulidad del matrimonio.

La única especialidad radica en que si la vivienda habitual de la familia hubiera sido adquirida a título oneroso por uno de los cónyuges, durante el matrimonio declarado nulo, si en la sentencia de nulidad se hubiese declarado la mala fe de uno solo de los cónyuges, podrá el otro, según dispone el artículo 95, 2.º, del Código, optar por no aplicar a la liquidación del régimen económico matrimonial las normas propias de aquel de que se trate, sino las determinadas por el Código Civil para el «régimen de participación y el (cónyuge) de mala fe no tendrá derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte».

Con ello, al adjudicar al cónyuge de buena fe la vivienda familiar que se había adquirido a título oneroso durante el matrimonio, no surgirá ninguna necesidad de convenio ni de restricción en el dominio en cuanto a ella.

CONTENIDO DE LOS DERECHOS PROTECTORES DURANTE LA VIGENCIA DEL MATRIMONIO

Durante la vigencia del matrimonio son únicamente dos los preceptos determinantes de una protección del uso habitual de la vivienda por la familia. Uno, dado para todos los matrimonios, sea cualquiera el régimen económicos de ellos, como expresamos en el apartado que dedicamos al ámbito territorial de esta especial normación, y que es el básico y casi único, en las legislaciones extranjeras; y otro, dado sólo para los supuestos de existir una sociedad de gananciales. Empecemos por este último.

A) NORMA APLICABLE SÓLO EN LAS SOCIEDADES DE GANANCIALES

El artículo 1.357 del Código Civil sienta una presunción tajante sobre el carácter de privativos de los bienes adquiridos antes del matrimonio, aunque por haber sido comprados a plazo resultara que algunos de esos plazos se abonaron ya durante el matrimonio, con dinero ganancial. Esto último sólo obligaría a reembolsar a la sociedad de gananciales el importe de los plazos cuyo metálico fuese ganancial (art. 1.358 del CC).

A este principio general sólo se le señala una excepción resultante de aquel artículo 1.358, en relación con el contenido del 1.354, que declara que es aplicable a ella.

A la vista de todo ello, puede concretarse la excepción diciendo: Si lo comprado a plazos antes del matrimonio fuere una vivienda; si después de contraídas las nupcias se destinare la vivienda a residencia habitual de la familia; si dándose esas circunstancias el importe de los plazos entregados fuere dinero ganancial; la titularidad jurídica de la vivienda no será ya la de un bien propio del cónyuge adquirente, sino que se configurará un condominio entre él y su sociedad de gananciales, en el cual las cuotas respectivas se fijarán en proporción a la parte que en el precio de la vivienda correspondan a los pagos gananciales y a los privativos.

No estamos ante una norma dispositiva, sino ante una interpretativa o accesoria de otra. Siendo en ésta en la que se modaliza la interpretación, aplicándole el principio general de derecho informador de todo lo que aquí tratamos, de que ha de mantenerse en cuanto sea posible a la familia en la utilización de la vivienda familiar.

Fijada la conclusión, se notaba la falta de disposiciones reguladoras del modo de llegarse a la pretendida por el legislador. Ello se suplió,

en cuanto a las viviendas inscritas en el Registro de la Propiedad, por la reforma en el Reglamento Hipotecario por el Real Decreto de 12 de noviembre de 1982, al estatuir en los párrafos 2.º y 3.º de su artículo 91:

«2. El posterior destino a vivienda familiar de la comprada a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad no alterará la inscripción a favor de éste, si bien en las notas marginales en las que se haga constar con posterioridad, los pagos a cuenta del precio aplazado se especificará el carácter ganancial o privativo del dinero entregado.»

«3. La determinación de la cuota indivisa de la vivienda familiar habitual que haya de tener carácter ganancial, en aplicación del artículo 1.357, 2, del Código Civil, requerirá el consentimiento de ambos cónyuges y se practicará mediante nota marginal.»

El precepto adolece de un defecto bastante común en las reformas parciales de leyes de cierta extensión. Redactan con precisión el precepto que recoge el principio que se va a introducir, pero descuidan bastante su entronque con el resto del cuerpo legal en el que va a insertarse.

La nota marginal de haberse realizado el pago de alguno de los plazos convenidos se lleva a efecto en virtud del «consentimiento» del acreedor. Véase para ello el párrafo 2.º del artículo 58 del citado Reglamento. A los interesados en que se extienda esa nota sólo se les reconoce el derecho a instarla. El pago de una deuda puede realizarse legalmente, a veces, por persona distinta al deudor, como puede verse, por ejemplo, en el artículo 1.210 del Código Civil. Pero no sin el consentimiento del acreedor, ya que el único caso en que se autoriza otra cosa es en los supuestos de ofrecimiento de pago y consignación (artículos 1.176 y 1.181 CC), en los que el Juez «sustituye» la voluntad del acreedor renuente, por una causa u otra, a cumplir un deber que tiene derecho a exigir el deudor, pero siempre existiendo previo conocimiento de la voluntad del deudor de cumplir su obligación.

Es plenamente voluntario por parte del deudor comparecer en el documento de pago otorgado por el vendedor y manifestar, no sólo que el metálico del pago es ganancial o presuntivamente tal, sino también el que la vivienda ha pasado a ser habitual de la familia. Ni el Notario que recoge la declaración del acreedor de haber cobrado puede saber, y menos expresar por su propia decisión esas cuestiones, ni el Registrador puede exigirlo, pues al desconocer si se da esa situación, tendría

que exigirla en todos los casos, y a esta interpretación extensiva del precepto es imposible llegar.

Respecto a la determinación de la existencia de una cotitularidad entre el cónyuge comprador y la sociedad de gananciales, así como respecto de la de las cuotas de uno y otra, de la lectura del precepto resulta que este es un acto voluntario de los cónyuges, si bien entendemos que alguno de éstos puede compeler al otro a ese efecto, requiriendo la intervención judicial en caso de negativa, por estarse ante una actuación a que la Ley obliga a los cónyuges.

Hemos de insistir aún en esta falta de adecuación de la nueva norma, o sea, del actual artículo 91 del Reglamento Hipotecario a las restantes del mismo.

El artículo 58 de aquél, referente a la forma de hacer constar en el Registro el pago de los plazos en las compraventas de ese orden; sólo PREVE, como es lógico, la declaración del acreedor de haberlo cobrado, para, a la vista de ella, originar la nota marginal a efecto.

Pero esa declaración de voluntad, que como tal y según el párrafo 2.º del artículo 144 del Reglamento Notarial, tendría que recogerse en una «escritura pública», era susceptible de prestarse en forma predeterminada, como podría ser el pacto en la misma escritura de venta en el que se materializasen los plazos en unas letras de cambio lo suficientemente identificadas, conviniéndose que para acreditar los sucesivos pagos bastaría un acta notarial de estar satisfechas y poder del deudor la letra o letras de que se trate.

Hemos de insistir aún en esta falta de adecuación de la nueva norma, o sea, el actual artículo 91 del Reglamento Hipotecario, a las restantes de ese cuerpo legal.

Hemos visto que el artículo 58 del mismo sólo prevé, como es lógico, la declaración del acreedor de haber cobrado, para con ella originar la nota marginal al efecto. Pero esta declaración de voluntad, que como tal y según el párrafo 2.º del artículo 144 del Reglamento Notarial tendría que recogerse en una «escritura pública», era susceptible de estar predeterminada en cuanto a su forma.

Podría pactarse en la escritura de venta que los diferentes plazos se concretaran en letras de cambio, cuya identificación se recogiese, y que bastaría entonces para originar la nota marginal de pago, el «acta notarial» de estar satisfecha y en poder del deudor la letra o letras de cambio de que se trate.

Ahora bien, el artículo 91 obliga a otra declaración, la de que el pago del plazo de que se trate lo es con dinero privativo o con dinero ganancial; declaración que, como no pudo estar prevista en una compraventa realizada siendo soltero el comprador, constituirá hoy una de-

claración de voluntad, que como tal habrá de adoptar la forma de escritura pública. Declaración que puede hacerse conjuntamente por ambos cónyuges, conforme al párrafo 1.º del artículo 93 del Reglamento Hipotecario, o sólo por el cónyuge comprador, conforme a lo dispuesto por el número 4.º del mismo precepto; pero que en todo caso requerirá la previa de que el piso o vivienda adquirido a plazos, siendo soltero el adquirente, ha sido destinada «a vivienda familiar», lo cual no puede hacerse ya por uno solo de los cónyuges, pues es bastante taxativo al respecto el artículo 70 del Código Civil, al decir que «los cónyuges fijarán de común acuerdo el domicilio conyugal y, en caso de discrepancia, resolverá el Juez teniendo en cuenta el interés de la familia».

Y continuando con esa idea, observaremos que también faltan preceptos intermedios para adecuar el otro párrafo del artículo 91 del citado Reglamento, a los restantes del mismo, en concreto al artículo 54.

El artículo 91, 3, se limita a exigir que mediante la declaración conjunta de ambos cónyuges se lleve a efecto la determinación de «la cuota indivisa de la vivienda familiar habitual que haya de tener carácter de ganancial». Con ello resultará que la cuota indivisa que tenga el carácter de bien privativo, no figurará en forma precisa en el folio registral, sino de forma indirecta, como resto de un todo al que se le ha sustraído la específica cuota ganancial.

Frente a esa imprecisión nos encontramos con un precepto hipotecario de carácter netamente imperativo, el artículo 54 de dicho Reglamento, que aun permitiendo la proindivisión en finca perteneciente a un mismo titular, pero con porciones que «tengan distinto carácter o distinto régimen», exige en todo caso y en forma ineludible que se precise la porción ideal de cada condueño. Debiendo también sobreentenderse, aunque no se diga por el precepto, que esta declaración de comunidad no podrá realizarse hasta que, por ultimación del pago del precio, pueda saberse qué parte de él y de la finca es propia y cuál ganancial.

No hay duda de que pueden armonizarse todos esos preceptos mediante labor de los juristas, no exenta de opiniones contrapuestas, que se refrende al final por la jurisprudencia. ¿Pero por qué no pudieron redactarse los preceptos en forma que resultara aquélla innecesaria?

B) NORMA APLICABLE A TODOS LOS RÉGIMENES MATRIMONIALES

Esta se encuentra recogida en el artículo 1.320 del Código Civil, incluido en el capítulo dedicado a las disposiciones generales aplicables a todos los regímenes económicos matrimoniales. Transcribimos su contenido, pues es necesario analizar su terminología para comprender el precepto, así como su contenido y alcance.

«Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial.»

«La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe.»

El artículo es, en muchas de sus expresiones, una copia de los correspondientes daneses y noruegos, como dijimos en el primer apartado del presente.

Su contenido ha sido recogido expresamente en el artículo 51 de la *Compilación aragonesa* (reformada por Ley de 21 mayo 1985; *BOA* del 23) al decir: «Corresponde a cada cónyuge la administración y disposición de sus propios bienes. Pero necesitará el consentimiento del otro o, en su defecto, autorización judicial para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual o el mobiliario ordinario de la misma, o para sustraerlos al uso común».

Se advierte que estamos ante una prohibición de enajenar. Y de entre las tres recogidas en el artículo 26 de la Ley Hipotecaria en atención a su origen, único precepto en que se recoge esa trilogía y casi único en la normación de estas prohibiciones, como son: las prohibiciones de disponer legales, las judiciales o administrativas y las voluntarias, es obvio que estamos ante una prohibición del grupo de las legales.

Pero las prohibiciones han de clasificarse también, en atención a su contenido, en absolutas y relativas.

En las primeras, la prohibición de enajenar involucra el hecho de que entre las facultades atribuidas normalmente al derecho de dominio, al estar éste sometido a una prohibición de enajenar absoluta, falta la facultad de disponer. No es que ésta pertenezca a otro, o que esté condicionada, sino que no existe, y por eso se dijo por la Resolución de 20 de diciembre de 1929 que estas prohibiciones limitan las facultades del titular de un derecho, sin atribuir por ello un correlativo derecho a otra persona.

En consecuencia, esta prohibición no puede ser eludida mediante una autorización judicial para la venta de bienes de menores (RR de 13 julio 1905, 28 agosto 1907, 23 julio 1924 y 22 junio 1943), ni por una subasta, aunque sea judicial (R de 21 abril 1949), ni incluso por una venta de este orden, pues el Juez, si obra en representación del deudor, aunque lo haga en virtud del imperio que la Ley le atribuye, no puede transmitir más derechos de los que tenía el demandado a quien representa (R de 13 julio 1933), ni siquiera pueden vulnerarse por la

conurrencia de quienes pueden beneficiarse indirectamente de la prohibición (R de 23 marzo 1926). En definitiva, y como dijo el Supremo en Sentencia de 27 de mayo de 1959, estas prohibiciones restringen siempre la capacidad de Derecho, y su violación provoca «la nulidad de pleno derecho del acto o negocio celebrado».

No se requiere más para determinar que la prohibición que se estatuye por el artículo 1.320 del Código es sólo una prohibición relativa. Debiendo entrarse a precisar el alcance de esa relatividad en todos sus extremos.

En primer lugar sólo procederá cuando la vivienda pertenezca a uno solo de los cónyuges, pues a pesar de la defectuosa redacción del precepto, no puede entenderse incluido en el 1.322 sobre capacidad de los cónyuges, como sostiene LACRUZ Y SANCHO REBULLIDA (*Elementos de Derecho Civil*, t. IV, pág. 31). Es atrayente la idea de que al referirse el 1.322 a los supuestos en que «la Ley requiera para un acto de administración o disposición que uno de los cónyuges actúe con el consentimiento del otro», comprenda también el supuesto del 1.320; pero ello lo estimamos improcedente.

El consentimiento, diríamos mejor asentimiento, del otro cónyuge, previsto en el artículo 1.320, puede ser «suplido» por la autorización judicial, el del 1.322 no puede ser suplido sino mediante la confirmación expresa o tácita, salvo que la cosa sea ganancial, en que se permite la autorización judicial supletoria (art. 1.377 CC).

El consentimiento del cónyuge no disponente del 1.322 puede ser impugnado por el otro cónyuge o por «sus herederos», en tanto que al 1.320 difícilmente podría aplicársele esto, ni siquiera por analogía, pues si falleciese el cónyuge que debe asentir, no podrían hacerlo los herederos, dado que faltaría ya la base para aplicarlo, pues ya no se estaría ante una vivienda habitual de la familia, al no existir una de éstas con esa dualidad de cónyuges cabeza de familia.

Finalmente, el 1.322 no contempla el supuesto de convalidación a favor del adquirente de buena fe, en base a la manifestación errónea o falsa que se le hizo por el cónyuge enajenante.

En segundo lugar hemos de destacar de nuevo la posibilidad de que el asentimiento a prestarse por el cónyuge no titular es susceptible de ser sustituido por una autorización judicial.

El incumplimiento de esa prestación del asentimiento o autorización judicial, no subsanado por su prestación con posterioridad, al originar sólo una anulabilidad del acto o contrato dispositivo, permitirá el que pueda tener lugar la caducidad de la acción de anulación dentro de los cuatro años siguientes al momento en que el cónyuge de que se trate hubiere tenido conocimiento suficiente de dicho acto, lo que difi-

cilmente podrá dejar de suceder aun sin existir ese consentimiento, dada la posesión real por la familia de la vivienda y del pase de ella al adquirente que la consumación de la enajenación provocaría, o bien contados esos mismos cuatro años desde el día de la disolución de la sociedad conyugal o del matrimonio (art. 1.301, en relación con el 1.300 CC).

Por último, estamos quizá ante el único precepto sanador de una transmisión por la existencia de buena fe en el adquirente, en que así se reconoce, pues dice que «la manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe». Y ante esa expresión, hay que destacar que ese tercer adquirente de buena fe a que se refiere el precepto lo es tanto el civil como el hipotecario. Este, si cabe, reforzada su adquisición como plenamente válida, si después de ser tercer adquirente civil adquiere la cualidad de tercer adquirente hipotecario.

Complemento de esta normación civil, y para el supuesto de que todo ello se mueva dentro del aspecto hipotecario, por estar inscrita la vivienda y pretenderse inscribir también su enajenación, tenemos el artículo 91 del Reglamento Hipotecario en la redacción dada al mismo por el Real Decreto de 10 de octubre de 1984, por el que se dice:

«Cuando la ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda familiar». Fase inicial que ya requiere un comentario por su desacertada redacción.

Lo correcto, dado el contenido del precepto, sería el haberse expresado en esta o parecida forma: Para disponer de la vivienda habitual de la familia, el cónyuge titular de ella... Con ello no habría duda de que ese párrafo del artículo 91 del citado Reglamento se refería al supuesto excepcional del artículo 1.320 del Código.

Pero con la redacción actual, el consentimiento de ambos cónyuges para la enajenación de la vivienda habitual de la familia, se exige: No sólo en forma excepcional, y con suplencia peculiar del que deba ser prestado por el cónyuge del vendedor, a que se refiere el artículo 1.320 citado; sino también cuando la vivienda habitual de la familia perteneciere a la masa de bienes de la comunidad conyugal, tanto si ésta es universal como si lo es de frutos y ganancias, e igualmente tanto si esas dos comunidades lo son de Derecho común del foral. Conclusión imposible, pues en ninguna de ellas es posible sustituir el consentimiento del cónyuge no enajenante, por algo tan poco demostrativo como es la manifestación de no ser la vivienda habitual de la familia, según continúa diciendo el precepto antes transcrito.

La procedencia o no de aplicarse la exigencia del consentimiento enajenador o del asentimiento a éste o la autorización judicial sustituto-

ria la expusimos ya en el apartado anterior del presente que dedicamos al: Ambito territorial de esta especial normación.

Continúa diciendo aquel precepto hipotecario: «Será necesario para la inscripción de actos dispositivos sobre una vivienda perteneciente a uno solo de los cónyuges, que el disponente manifieste en la escritura que la vivienda no tiene aquel carácter».

Resto del párrafo que, si cabe, es aún más desafortunado. En primer lugar ha olvidado que también puede realizarse la inscripción si en vez de esa exigencia se acompaña el asentimiento por el cónyuge no titular o la autorización judicial en su defecto, e incluso, excepcionalmente, si se acredita que se ha producido la caducidad de la acción de impugnación del acto anulable.

Por último, la expresión «actos dispositivos», que son los de enajenación limitada, es muy vaga; pero ello ya no es culpa del precepto hipotecario, sino del civil.

De ellos hemos tratado en el apartado: A qué derecho se refieren las limitaciones legales, en conclusiones que resumidas podríamos precisar diciendo: la limitación dispositiva afecta sólo a las enajenaciones que total o parcialmente afecten a impedir el uso normal de una vivienda.

Hemos de recordar que en el subapartado B), Derechos que pueden convenirse, del apartado Contenido de los derechos protectores en las situaciones de separación y divorcio, tratamos de la inexistencia de cualquier similitud entre la prohibición del artículo 1.320 de que ahora hemos tratado, y la del párrafo final del 96, también del Código Civil.

No queremos acabar el presente sin recordar que, al declararse que la vivienda enajenada constituye la habitual de la familia, y consentir en esa enajenación el cónyuge no titular, no se requerirá el que el transmitente declare que el piso o vivienda no está arrendado como exige el artículo 55 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, puesto que el ocuparlo la familia, si la ocupación es total, resulta incompatible con un arrendamiento, y, si es parcial, ella podría, a lo sumo, coexistir con un arrendamiento también parcial, que, al tener este carácter, no puede dar lugar a un retracto arrendaticio, conforme a lo dicho por el artículo 47 de aquella Ley, y, al no existir posibilidad de que surja un derecho de retracto arrendaticio, no será posible aplicar aquel otro artículo 55 que recoge la exigencia de la aludida declaración (o la notificación que él prevee en su caso).

E igualmente, dado que en la casi totalidad de los casos que se planteen, la vivienda habitual de la familia será un piso de un edificio en propiedad horizontal, habrá de estarse a lo dispuesto en el nuevo párrafo 2.º de la obligación quinta del artículo 9.º de la Ley de Propiedad

Horizontal (de 21 julio 1960), añadido por la Ley de 23 de febrero de 1988, reformadora de aquella otra, por el que se dispone: «En la escritura por la que se transmite el piso o local a título oneroso deberá el transmitente declarar hallarse al corriente en el pago de los gastos, o, en su caso, expresar los que adeudare; el transmitente a título oneroso quedará sujeto a la obligación legal de saneamiento o por la carga no aparente de los gastos a cuyo pago esté afecto el piso o local».

El contenido de ese nuevo párrafo y, a la vista del anterior a él, no modificado por la reforma, nos parece de Derecho necesario. Pero de todas formas, siguiendo la misma tónica que manifestamos antes, hemos de decir que se realizan las reformas legales, sin preocuparse apenas de su entronque con el resto de la legislación, y así, en ésta ha quedado sin precisar si procederá o no aplicar ese nuevo párrafo a las enajenaciones forzosas, tanto judiciales como por apremios fiscales, etc., y, en caso afirmativo, quien cumplirá esa obligación, dado que difícilmente podría serlo el titular del piso transmitido, pues generalmente se encontrará en situación de rebeldía judicial o de no presencia en el expediente administrativo. Cuestiones en las que no debemos entrar ahora, por no encajar plenamente en la estudiada en este trabajo, teniéndonos así que limitar a esta breve alusión.

Una última cuestión relativa a estos dos preceptos, el artículo 1.320 del Código y el 91 del Reglamento Hipotecario, es la resuelta por la Resolución de 17 de diciembre de 1987 (BOE de 2 febrero 1988).

Abordó la misma la cuestión de si la declaración exigida por el artículo 91 citado en los casos de venta por apoderado se entenderían conferidas implícitamente a éste o requerirían manifestación expresa del poderdante en el poder o en otro documento al efecto. La acertada postura de la resolución quedó sintetizada en el párrafo que transcribimos:

«2. Debe entenderse, si no se quiere dificultar el tráfico injustificadamente, que quien tiene poder por Ley —y lo mismo debe concluirse respecto al apoderado voluntario— para vender una finca tiene, también, poder para realizar, por el representado, las declaraciones que ordinariamente han de realizar los vendedores, conforme al Código y a la legislación notarial o registral, a fin de que el acto de la venta sea debidamente escriturado e inscrito. Entre estas declaraciones puede estar la expresión de la casa que constituye la residencia habitual del representado (cfr. artículos 156, 4.º y 6.º, y 1, 62 RN), y otras relativas a la finca misma, entre las que debe destacarse ahora 'la designación de las cargas o gravámenes y, en general, la de toda clase de responsabilidad a que puedan estar afectos los bienes objeto del contrato' (cfr. ar-

título 175 RN). Por lo mismo deben también incluirse otras declaraciones, como la que prevé el artículo 91 del Reglamento Hipotecario, pues se refiere a una situación que, por su naturaleza, no debe tener, para el acto de la venta y para los terceros, mayor relevancia que las cargas reales; como habría de incluir incluso las relativas a la situación arrendaticia de la finca vendida (cfr. artículos 55 LAU y 91 LAR), a pesar de la posible mayor trascendencia que para el adquirente tendría la falsedad de la declaración.»

CONTENIDO DE LOS DERECHOS PROTECTORES AL DISOLVERSE UNA SOCIEDAD DE GANANCIALES

La protección al cónyuge supérstite es antigua, aunque es ahora cuando ha alcanzado más importancia y extensión.

Nuestro Código, antes de la reforma de 13 de mayo de 1981, concedía a la viuda, con cargo al caudal hereditario o al de la herencia del marido, los vestidos de luto (arts. 1.379 y 1.427 CC en su anterior redacción). Y al cónyuge sobreviviente, fuese el marido o la mujer, le atribuía el derecho a recibir, sin incluirse en el inventario de los bienes gananciales, el lecho, las ropas y los vestidos de uso ordinario (artículo 1.420 CC en su anterior redacción).

Hoy, la protección al cónyuge viudo, sea cual fuere y, por ende, a la familia, es más amplia.

En orden al patrimonio mobiliario y sin tener en consideración la clase de régimen económico matrimonial que regía entre los cónyuges, ordena que al fallecer uno de los cónyuges, «las ropas, el mobiliario y enseres que constituyan el ajuar de la vivienda habitual común de los esposos se entregará al que sobreviva sin computárselo en su haber», y entendiéndose legalmente que no se comprenderán en ese ajuar «las alhajas, objetos artísticos, históricos y otros de extraordinario valor» (artículo 1.321 CC, redacción de la Ley de 1981).

Sin entrar más a fondo en el contenido del precepto, pues nos venimos ocupando únicamente de los inmuebles, sólo diremos que nos parece estar ante un legado legal.

La otra protección involucra ya la existencia de una sociedad de gananciales, en cuya liquidación actúa. Y de cuyas medidas de protección excluimos tratar aquí del local en que se ejercite la profesión (artículo 1.406, 3.º, CC), por no referirse el mismo a la vivienda familiar de que tratamos.

La protección de la vivienda la recoge el Código en la siguiente forma:

«Art. 1.406. Cada cónyuge tendrá derecho a que se incluyan con preferencia en su haber, hasta donde éste alcance:

4.º En caso de muerte del otro cónyuge, la vivienda donde tuviese la residencia habitual.»

Sobrentendiéndose en ese precepto lo que se dice por la Compilación navarra de que la vivienda de que se trate y respecto a la que se ejercite el derecho de preferente adjudicación, fuere ganancial, pues es obvio que, en otro caso, no entrará en el haber liquidable de esa sociedad.

Esta disposición a la que al principio del presente denominados derecho de preferente adjudicación, no se le configura como obligatoria para el cónyuge que pueda ejercitarla, sino como potestativa. Se dice «tendrá derecho», pero, por ende, éste podrá ser renunciado, conforme al artículo 6.º, 2, del Código, sin que su redacción haya sido de otra parte la de una norma imperativa que anularía de pleno derecho todo acto que no la respetara, según dispone el mismo artículo 6.º, 3. La utilización o no de esa facultad no será motivo para calificar de defectuosa la liquidación de una sociedad de gananciales en la que el cónyuge viudo no la ejercite.

Completando el precepto, se prevé en el siguiente artículo 1.407 que el cónyuge pueda pedir esa adjudicación, bien propiedad o bien en un derecho de habitación a su favor, todo dentro de su haber y abonando en dinero el exceso que sobre él pueda suponer esa adjudicación.

Parece que hemos silenciado la posibilidad de atribuirse al cónyuge un derecho «de uso», que repudiamos en apartados anteriores como forma de recoger la utilización de la vivienda familiar, pero ello está justificado. El artículo 1.407 se refiere a los supuestos 3.º y 4.º del artículo 1.406, o sea, a la adjudicación al cónyuge del local donde estuviera ejercitando su profesión o de la vivienda habitual. El «uso o habitación» de que trata el 1.407 se referirá a uno y otro derecho de utilización, según la naturaleza de la cosa.

Pese a la aparente limitación en la aplicación de este beneficio al cónyuge sobreviviente, que aparentemente lo será donde rija el Derecho civil común, que es donde se determina como régimen matrimonial supletorio el de gananciales. Hemos de entender que siempre que se apliquen las normas del Código sobre la sociedad de gananciales, sin hacerse exclusiones, se aplicarán los preceptos indicados. Ello ocurre en Cataluña, donde se dispone por el artículo 52 de su Compilación:

«Para que exista sociedad de gananciales es necesario estipularla expresamente en capitulaciones matrimoniales, rigiéndose por lo pactado y en defecto de pacto por las normas del Código Civil.»

De otra parte, si no la norma, sí el principio, es recogido también en algunas Compilaciones forales. Y así, casi en copia literal respecto a esta cuestión, se dice en la navarra:

«Ley 91. *Adjudicación preferente.*

En la liquidación de la sociedad de conquistas, cada cónyuge tendrá derecho a que le sean adjudicados en pago de su haber, hasta donde éste alcance, los siguientes bienes, siempre que tuvieren la condición de comunes:

.....
5) En caso de muerte del otro cónyuge, la vivienda que fuere la residencia habitual de matrimonio.

En los casos de los números 1), 4) y 5) el cónyuge viudo podrá exigir que se le atribuyan los bienes en propiedad o sólo el derecho de uso o habitación sobre los mismos»... «El cónyuge viudo de segundas o posteriores nupcias del finado no podrá exigir el uso o la habitación respecto a los bienes adjudicados a los hijos o descendientes de anterior matrimonio del difunto.»

BUENAVENTURA CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE

Registrador de la Propiedad

Académico de Número de la Real Academia
de Jurisprudencia y Legislación de Granada