

La protección de la vivienda y mobiliario familiar en el artículo 1.320 del Código Civil

SUMARIO: *Introducción.*—I. *Fundamento jurídico del artículo 1.320 del Código Civil.*—II. *Examen del párrafo primero:* 1. El objeto de protección en el artículo 1.320: A) La vivienda habitual de la familia. B) Los muebles de uso ordinario. 2. El consentimiento de ambos cónyuges: A) El carácter de los bienes protegidos. B) Naturaleza jurídica del consentimiento. C) Momento en que puede ser prestado el consentimiento. D) Sanción del acto realizado sin el consentimiento exigido legalmente. 3. Amplitud de la expresión legal «disponer de los derechos»: A) Sobre la vivienda habitual de la familia. B) Sobre los muebles de uso ordinario.—III. *Examen del segundo párrafo del artículo 1.320 del Código Civil:* 1. Requisitos exigidos para su operatividad. Efectos. 2. Incidencia de la legislación hipotecaria en esta materia. 3. Constancia registral del carácter familiar de la vivienda.

INTRODUCCION

Con la Ley 11/1981, de 13 de mayo, se introdujo en nuestro Código Civil el artículo 1.320, que quedó situado en el capítulo I del título III del libro IV, dedicado a las «Disposiciones generales» que afectan al «Régimen económico matrimonial», comúnmente denominado «régimen primario». Su redacción es la siguiente:

«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 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.»

Se limita de este modo el derecho que uno de los cónyuges tiene a efectos de disponer de la vivienda habitual y los enseres de uso ordinario

de la familia, exigiéndosele la autorización del consorte no dueño para disponer de tal derecho, incluso a pesar de tener éste carácter privativo.

Este precepto es expresión de la protección que se quiere conceder a la familia, haciéndola inmune frente a las posibles arbitrariedades del titular del derecho sobre la vivienda y muebles de uso ordinario de la familia (1). También es expresión del carácter social y no individualista (2) que hoy día se da a la propiedad particular; sin embargo, no debe de olvidarse que la aplicación del artículo 1.320 del Código Civil incluye, además del derecho dominical, a otros derechos que siendo ajenos al de propiedad ponen a disposición de la familia la vivienda y mobiliario familiares.

I. FUNDAMENTO JURIDICO DEL ARTICULO 1.320 DEL CODIGO CIVIL

En la Constitución española de 1978 no hay ningún precepto que regule directamente la vivienda familiar; sin embargo, sí existen varias normas reguladoras de la vivienda y de la familia por separado, de entre las cuales cabe destacar, por básico, el artículo 47, que dice:

(1) La protección de la vivienda y mobiliario familiares no es exclusiva de nuestro ordenamiento, sino que más bien se encuentra dentro de un movimiento europeo en este sentido que ha ido desarrollándose en las dos últimas décadas y que es propugnado por la Recomendación (81)15 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, que habla de la necesidad no ya de unificar los distintos Derechos nacionales, sino de establecer reglas comunes a todos ellos.

Dentro de las distintas legislaciones europeas cabe señalar como preceptos semejantes (no idénticos) a nuestro artículo 1.320 del Código Civil, el artículo 215 del Código Civil belga; 215, número 3, del Código Civil francés; 215 y sigs. del Código Civil luxemburgués; 88, 1, del Código Civil de los Países Bajos; 1.357 BGB; la Matrimonial Homes Act de 9 de mayo de 1983, del Reino Unido, y la Family Home Protection Act de 12 de julio de 1976 y Family Law de 1976, de Irlanda.

Resulta llamativo que en Italia no exista aún regulación al respecto, aunque la jurisprudencia se ocupe del tema.

(Para un estudio más detallado de estas legislaciones, *vid.* el interesante trabajo de CORRIENTE CÓRDOBA, J. A.: «La configuración de la vivienda familiar y de su ajuar en el Derecho europeo. Líneas de construcción y directrices de política legislativa formuladas por el Consejo de Europa», en *Hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales*, DIF, EUNSA, Pamplona 1986, págs. 321 y ss.)

(2) El dominio considerado en su concepción romanista tradicional como un conjunto de facultades ilimitadas pertenece ya a la historia. Actualmente impera una concepción dominical limitada, corroborada y fomentada por diversas disposiciones legales, entre las cuales cabe incluir el artículo 1.320 del Código Civil, en cuanto que limita el derecho de propiedad en lo que se refiere a su facultad de libre disposición, al no permitir que, a pesar de su carácter privativo, el cónyuge propietario pueda disponer de determinados bienes sin la autorización del consorte no dueño.

«Todos los españoles tienen derecho a una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo ese derecho» (3).

En este precepto no se está regulando la vivienda familiar; lo que se está haciendo es reconocer el derecho que todo español tiene a una vivienda digna y adecuada y a la vez ordenar la protección de tal derecho, tanto a través de los programas nacionales, cuya finalidad es fomentar y favorecer la construcción, venta y alquiler de viviendas, como de la legislación encaminada a hacer efectivo el derecho a la vivienda.

Resulta, entonces, que si un español que vive solo queda indudablemente incluido dentro del ámbito del artículo 47 de la Constitución española, debe de quedar incluido también el que vive con su familia, puesto que no por ello deja de ser español. Si además tenemos en cuenta la realidad social española, observamos que son muy pocas las personas que viven completamente solas, por lo que es posible entender que el legislador al hablar de la vivienda de los españoles lo hizo no por desatención a la mayoría, sino por atención a aquella minoría que quedaría excluida del artículo 47 de la Constitución española en el caso de añadir a la vivienda el adjetivo «familiar» (4).

Desde este punto de vista el artículo 1.320 del Código Civil se integraría dentro del conjunto de normas positivas dirigidas a hacer efectivo el derecho a la vivienda (5).

Un fundamento más próximo puede encontrarse en la intención del legislador de evitar que la arbitrariedad o la mala fe de uno de los cón-

(3) Protección semejante aparecía ya en la Declaración XII del Fuero del Trabajo y en el artículo 31 del Fuero de los Españoles.

(4) En este sentido puntualiza GARCÍA CANTERO que resulta indudable que en el sujeto «todos» ha de incluirse a la familia, afirmando que habida cuenta que las viviendas normalmente albergan familias completas o incompletas, hay que entender que el primer sujeto del derecho formulado en el artículo 47 de la Constitución española no es tanto el individuo aislado como el núcleo familiar.

Cf. GARCÍA CANTERO, G.: «Notas sobre el régimen matrimonial primario», en *Documentación jurídica*, vol. I, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid 1982, pág. 307; «Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español», en *Hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales*, DIF, EUNSA, Pamplona 1986, págs. 62 y 63. Igualmente, este autor, en CASTAÑAN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral*, t. V, vol. 1, Reus, Madrid 1983, pág. 333.

(5) Ese conjunto de normas positivas dirigidas a hacer efectivo el derecho a la vivienda se integraría no sólo por el artículo 1.320 del Código Civil, que contempla las situaciones familiares de normalidad, sino también por una serie de normas específicas (arts. 90, 6, y 96 CC) que se encargan de establecer una protección distinta, mediante la regulación de la situación de dichos bienes a través del convenio regulador y de la eventual intervención judicial. Igualmente, cabe citar otros preceptos, como el artículo 103 y el 1.406, 4.º, del Código Civil, entre otros.

yuges pueda conducir a que el otro se vea privado de la vivienda en que el matrimonio se venía alojando o de sus bienes (6).

Es cierto que en los casos de buena armonía familiar tal protección resulta casi superflua, pues es normal que el cónyuge disponente tenga presente el bienestar de su familia. Pero dicha protección es necesaria en aquellas otras situaciones en las que el cónyuge por negligencia o mala organización actúa arbitrariamente, dejando sin hogar a su familia, aunque no lo haga con tal propósito.

Más significativa y necesaria es su función cuando la situación de normalidad matrimonial es sólo aparente, es decir, en aquellas hipótesis en que la crisis matrimonial existe, pero no es abierta, por no haber acudido los cónyuges ante los tribunales y no poder entonces entrar en juego los artículos 90, b); 96 y 103 del Código Civil. En estos casos, tanto si los cónyuges conviven aún en la misma vivienda como si ya se encuentran separados de hecho, es fácil que la mala fe de uno de ellos le lleve a intentar privar al otro de la vivienda habitual o a dejarle en una casa sin amueblar.

Para evitar los riesgos descritos y garantizar a los miembros de una familia el disfrute del hogar familiar, en el artículo 1.320 del Código Civil se ha impuesto la exigencia de que la vivienda y mobiliario familiares se conserven bajo el control de ambos cónyuges (7).

El fundamento de la norma que nos ocupa ha querido verse también en la idea de afección de todos los bienes del matrimonio al sostenimiento de las cargas del mismo, entre las que se encuentra servir al asentamiento familiar, y ciertos muebles, al uso ordinario de la familia (8).

(6) Se pronuncian en este sentido MARTÍNEZ CALCERRADA y LACRUZ BERDEJO, quien es seguido en su exposición por GARCÍA CANTERO. Vid. MARTÍNEZ CALCERRADA, L.: «Derecho de familia. Disfrute de la vivienda familiar y del mobiliario ordinario por uno de los cónyuges», en *La Ley* (1982)1, pág. 349; cf. LACRUZ BERDEJO, J. L., en LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA: *Elementos de Derecho civil*, t. IV, Bosch, Barcelona 1982, pág. 299; GARCÍA CANTERO, G., en CASTÁN: *Derecho civil español...*, op. cit., pág. 334.

(7) Se fundamenta de este modo la existencia del artículo 1.320 del Código Civil en las necesidades de la familia. Va más allá el profesor Díez-PICAZO al relacionar las necesidades de la familia con las necesidades vitales del ser humano, entendiendo que otorgan un rango especial a la vivienda habitual y muebles de uso ordinario. Vid. Díez-PICAZO, L., en AMORÓS GUARDIOLA y otros: *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, t. II, Tecnos, 1984, págs. 1505-1506, y en Díez-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS: *Sistema de Derecho civil*, t. IV, Tecnos, 1985, pág. 184.

(8) Cf. ALVAREZ-SALA WALTHER, J.: «Aspectos imperativos de la nueva ordenación económica del matrimonio y márgenes a la libertad de estipulación capitular», en *RDN* (1981), pág. 54.

De todo lo anterior algo resulta evidente, y es que la *ratio* y finalidad última del artículo 1.320 del Código Civil es la protección del interés de la familia (9).

II. EXAMEN DEL PARRAFO PRIMERO

1. EL OBJETO DE PROTECCIÓN DE LA FAMILIA

A) *La vivienda habitual de la familia*

Doctrinalmente se ha discutido sobre el concepto de *vivienda familiar*, pues, a pesar de su aparente sencillez, las matizaciones que en torno a la misma pueden darse hacen que la calificación de lo que constituya la vivienda habitual de la familia entrañe graves dificultades. A ello viene a contribuir la pluralidad de términos utilizados en la ley para designar dicha vivienda y la total ausencia de definición legal de la misma (10). Por estas razones creo conveniente examinar los términos «vivienda», «habitual» y «familiar» por separado, intentando así hacer una aproximación del concepto que ofrezca ciertas garantías de exactitud.

a) *Vivienda.*

En un sentido vulgar, vivienda es el lugar donde se desenvuelve la vida cotidiana de los individuos. Ahora bien, nadie ignora que, dependiendo de sus circunstancias económicas, unas personas viven en lujosas mansiones, mientras que otras lo hacen en chozas, edificios en ruinas, garajes, etc. Cabe que nos preguntemos, entonces, si todos los habitáculos mencionados pueden ser considerados vivienda a efectos del artículo 1.320 del Código Civil.

Para responder podemos acudir al concepto constitucional de vivien-

(9) No desconocemos que la expresión «interés de la familia» figura en varios preceptos, entre ellos los artículos 79, 82, 4.º; 90, *e*); 103, 1 y 2, etc., y que no aparece definido en ellos, lo que hace problemática su configuración, hasta tal punto que es calificado por DORAL de «concepto jurídico indeterminado».

Sobre su concepto, *vid.* DORAL GARCÍA, J. A.: «El interés de la familia», en *Documentación jurídica*, vol. I, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid 1982, pág. 5.

(10) Con la reforma de 24 de abril de 1958 se introdujo en nuestro Código Civil el término «vivienda común», que fue sustituido, a raíz de las Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981, por las expresiones «vivienda habitual» (arts. 1.320 y 1.321) y «vivienda familiar» (arts. 90, 91 y 96), respectivamente.

Ni antes ni ahora se definieron legalmente dichos términos, a pesar de que se mencionan en otros lugares del Código (arts. 103 y 1.406, 4, CC) y leyes especiales. En consecuencia, la construcción de su concepto es doctrinal.

da, pues la vivienda a la que tiene derecho todo español, tal como proclama el artículo 47 de la Constitución española, ha de reunir dos caracteres: uno, ser digna, y el otro, ser adecuada; es decir, que debe de ser susceptible de albergar con decoro a un ser humano (11), lo que se consigue cuando reúne las condiciones suficientes para que en ella se pueda desarrollar la vida humana en sus diversas facetas de una manera honrosa.

Desde este punto de vista cabría excluir los solares, cabañas, chozas, carromatos, tiendas de campaña, garajes, construcciones en ruinas, establos, almacenes..., por no ser ni dignos ni adecuados para albergar a seres humanos (12). En cambio, habría que incluir aquellas otras moradas, menos frecuentes, pero no inexistentes, que, sin constituir una vivienda convencional, sean dignas y adecuadas, como son las viviendas motorizadas: *roulottes*, yates..., pues no olvidemos que por diversas circunstancias, entre ellas profesionales, hay personas que necesitan o desean una vivienda con esas especiales características; además, en más de una ocasión, el valor de dichas viviendas es expresivo de la necesidad de protección que debe de otorgarse a las familias que en ellas viven, ante la posibilidad de que la arbitrariedad o mala fe de uno de los cónyuges pueda conducir al otro a verse sin hogar (13).

(11) Estos dos caracteres de la vivienda son señalados por ORTEGA Y DÍAZ-AMBRONA, quien estima que la dignidad de la vivienda está unida a otros derechos también protegidos constitucionalmente, como son el derecho a la intimidad familiar (art. 18, 1, CE), a la inviolabilidad del domicilio (art. 18, 2, CE) y a elegir libremente residencia (art. 19, 1, CE). Propone, además, la interpretación de la adecuación de la vivienda a la luz del artículo 16 de la Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961 (*BOE* 26 junio y 11 agosto 1980).

(12) Cabe destacar que estos lugares son excluidos del concepto de vivienda y de la aplicación del artículo 1.320 del Código Civil por la mayoría de la doctrina.

GARCÍA CANTERO los excluye por no reunir el requisito de habitabilidad, requisito del que habla la LAU. *Vid.* GARCÍA CANTERO, G.: «Configuración del concepto...», *loc. cit.*, págs. 72-73.

También son excluidos por ALBALADEJO, M.: *Curso de Derecho civil*, IV, Bosch, Barcelona 1982, págs. 155, y por LACRUZ BERDEJO, J. L.: *op. cit.*, pág. 299.

(13) Quizá uno de los autores que con mayor amplitud entiende el concepto de vivienda familiar sea SERRANO ALONSO, quien incluye dentro del mismo a toda superficie delimitada por techos y paredes susceptibles de constituirse en cobijo o alojamiento del grupo humano. Otros autores, en cambio, exigen que ese alojamiento se lleve a cabo en un bien inmueble; así, GARCÍA CANTERO define la vivienda como inmueble urbano habitable y excluye expresamente las viviendas motorizadas por las siguientes razones: 1) la difícil identificación de tales objetos; 2) la vulnerabilidad y fácil destrucción de las mismas; 3) la casi imposibilidad de inscribir en un Registro el carácter de alojamiento familiar. (*Vid.* SERRANO ALONSO, E.: «La vivienda familiar en la liquidación del régimen económico del matrimonio y en el derecho sucesorio», en *Hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales*, DIF, EUNSA, Pamplona 1986, pág. 90; GARCÍA CANTERO, G.: «Configuración del concepto...», *loc. cit.*, págs. 72 a 74.)

Estimo, no obstante, que tales inconvenientes, aunque la dificulten, no deben impedir la aplicación del artículo 1.320 del Código Civil.

El concepto de vivienda tiene relación con el de domicilio, puesto que el domicilio de las personas naturales, a tenor de lo dispuesto en el artículo 40 del Código Civil, es el lugar de su residencia habitual, y en este lugar tienen las personas su vivienda. Por lo tanto, lo normal es que ambos coincidan, aunque ello no quiere decir que domicilio y vivienda sean conceptos idénticos (14).

b) *Habitual.*

El artículo 1.320 del Código Civil exige que la vivienda sea habitual, o sea que en ella se realicen normalmente los actos cotidianos de la vida familiar, proporcionando cobijo y lugar para descansar.

Tal exigencia sirve para delimitar el concepto de vivienda que se desea proteger en el artículo 1.320, pues permite excluir de su aplicabilidad a aquellos inmuebles que, siendo dignos y adecuados, no albergan habitualmente a la familia: viviendas de recreo, locales de negocio, pisos acabados, pero no habitados, etc.

Plantea dudas el supuesto de que en un mismo inmueble exista una vivienda y un local de negocio o unas dependencias en las que uno de los cónyuges ejerza actividades profesionales, como es el caso de un despacho de abogado o de la consulta de un médico.

La existencia de esas actividades extradomésticas no desnaturaliza necesariamente el concepto de vivienda habitual, por lo que la cuestión primordial no es la posible inaplicabilidad del artículo 1.320 del Código Civil, sino el determinar si el cónyuge propietario que ejerce en la vivienda profesión o comercio puede segregar la parte destinada a tales actividades. La respuesta es afirmativa si se aplica un criterio de accesoriedad y se limita la posibilidad de disposición a la parte del inmueble que sea segregable y no esté dedicada a los usos familiares (15).

Todo lo anterior no impide la existencia de dos o más viviendas habituales simultáneas. Ahora bien, en ellas la nota característica de la habitualidad es imprescindible, excluyéndose así las viviendas de tempo-

(14) No entraremos aquí a estudiar las diferencias entre el domicilio y la vivienda familiar; es suficiente señalar las diferencias que apunta GARCÍA CANTERO entre ambas, cuando hace destacar que el domicilio hace referencia al cumplimiento de funciones *ad extra*, es decir, que se refiere a las relaciones de un individuo con terceros, mientras que la vivienda familiar tiene relevancia en el cumplimiento de funciones familiares *ad intra*. Cf. GARCÍA CANTERO, G.: «Configuración del concepto...», *loc. cit.*, págs. 71 y 72.

(15) Plantea expresamente la cuestión LACRUZ BERDEJO, aunque no da respuesta a la misma (LACRUZ BERDEJO, J. L.: *op. cit.*, pág. 299). Responde afirmativamente GARCÍA CANTERO utilizando el criterio de accesoriedad mencionado (GARCÍA CANTERO, G.: «Configuración del concepto...», *loc. cit.*, pág. 73, nota 8, y este mismo autor, en CASTÁN, J.: *Derecho civil español...*, *op. cit.*, pág. 335,

rada o recreo, aunque se utilicen en épocas o días determinados con regularidad.

La posibilidad de varias viviendas habitables es clara cuando éstas son contiguas (16), pues entonces es fácil observar que la vida de la familia en su conjunto se desenvuelve en todas ellas a la vez. Pero incluso es posible la existencia de dos o más viviendas habituales cuando éstas están tan separadas en el espacio que se encuentran en poblaciones diferentes, y ello porque el término familia se puede referir no sólo al uso de la vivienda por la familia en su conjunto, sino también por cualquiera de sus miembros en particular, siempre que su titularidad corresponda al menos a uno de los cónyuges y esté indistintamente al servicio de la familia. El hecho de que las circunstancias particulares de la familia hagan que ese inmueble no esté permanentemente ocupado por toda ella no le priva de su carácter, pues, dado que la ley no lo prohíbe, nada impide que haya dos o más viviendas habituales. Hipótesis frecuente es la de la familia que tiene un piso en un pueblo, de indiscutible calificación como «habitual de la familia», y otro en la ciudad, adonde, por razones de estudios, trabajos o negocios, acuden indistintamente y con gran frecuencia todos los miembros de la familia; no sería lógico defender otra postura diferente a la aquí sostenida (17).

c) *De la familia.*

Desde su aparente sencillez, muchas y trascendentes son las cuestiones que el término familia suscita, entre ellas, en primer lugar, determinar qué ha de entenderse por tal.

Queda fuera de dudas que el matrimonio es célula básica de la familia, pero tampoco hay lugar a dudas que en el artículo 39, números 2 y 3, de la Constitución española se contempla el hecho de la filiación extramatrimonial, ya sea materna o paterna, como generador respecto a éstos de obligaciones típicamente familiares. Cabe concluir, por lo tanto, que la familia se forma en torno al matrimonio y a la filiación, aunque no se den simultáneamente.

Quiere ello decir que constitucionalmente existe una familia en las siguientes hipótesis:

(16) Nos estamos refiriendo aquí a viviendas separadas en las que la familia desenvuelve cotidianamente su vida, pues si están directamente comunicadas entre sí por el interior habrá que considerar la existencia de una única vivienda habitual, aunque morfológicamente se componga de dos o más estructuras cuyo fin inicial era dar lugar a dos o más viviendas separadas.

(17) Pronunciándose en este sentido, *vid.* ALBALADEJO, M.: *op. cit.*, pág. 154, nota 4; LACRUZ BERDEJO, J. L.: *op. cit.*, pág. 300; GARCÍA CANTERO, G.: «Configuración del concepto...», *loc. cit.*, pág. 74, y en CASTÁN, J.: *Derecho civil español...*, *op. cit.*, pág. 335.

- 1.º Matrimonio con hijos.
- 2.º Matrimonio sin hijos.
- 3.º Madre, cualquiera que sea su estado civil, con hijos.
- 4.º Padre con hijos, con independencia igualmente de su estado civil matrimonial.
- 5.º Uniones de hecho con hijos.

Se excluyen, por lo tanto, las uniones de hecho sin hijos, puesto que los conviventes no están unidos entre sí por ninguno de los lazos que en la Constitución se protegen como conformadores de una familia: matrimonio y filiación (18).

La vivienda donde vive la familia, entonces, deberá de ser calificada como familiar. Pero hay que destacar que a efectos del artículo 1.320 del Código Civil el concepto de familia se restringe aún más, para centrarse en torno al concepto del matrimonio, independientemente de la existencia o no de hijos, y ello por una razón obvia, como es la de que el artículo 1.320 del Código Civil es una disposición general del régimen económico matrimonial, aplicable, por lo tanto, exclusivamente cuando existe un matrimonio, aunque desde otros puntos de vista ajenos a este artículo el concepto de vivienda familiar sea más amplio que el matrimonial.

De este modo, la protección del precepto que nos ocupa únicamente alcanza a los unidos en matrimonio, incluso aunque no tengan descendencia (19), quedando excluidas aquellas parejas que sin estar casadas cohabitan habitualmente como si lo estuvieran, no sólo cuando no tuvieran hijos, sino también cuando de ellas hubieran nacido hijos y éstos hubieran sido legalmente reconocidos por los conviventes (20).

(18) El concepto de familia nuclear contemplado en la Constitución en torno a dos órdenes de relaciones: las conyugales y las de filiación, es estudiado minuciosamente por ORTEGA Y DÍAZ-AMBRONA. (*Vid.* ORTEGA Y DÍAZ-AMBRONA, J. A.: *loc. cit.*, págs. 39 a 42.)

(19) Igualmente, en el resto de las legislaciones europeas la protección de la vivienda familiar se construye exclusivamente en torno al matrimonio. Se propugna así también en la Recomendación (81)15 del Consejo de Europa.

(20) Al respecto dice GARCÍA CANTERO: «... Por muy estable que resulte *de facto* la pareja no casada, no media entre ella la obligación de vida común, ni ninguno de los deberes recíprocos del artículo 68. Y sobre bases tan frágiles —pues la convivencia puede cesar en cualquier momento— no parece posible construir una institución basada en la permanencia y estabilidad.» (Cf. GARCÍA CANTERO, G.: «Configuración del concepto...», *loc. cit.*, pág. 76.)

Este autor es criticado por ARECHEDERRA ARANZADI al decir: «Señala GARCÍA CANTERO que entre los casados no hay deberes exigibles; p.e., el de convivencia. Me permito recordarle, sin embargo, que cuando median hijos los progenitores resultan ligados por la filiación de forma más duradera que por el matrimonio... Resulta difícil negar a la vivienda en la que se produce la procreación, que se ejercita una función de mayor estabilidad que el matrimonio, respecto de la cual

La disolución del matrimonio no lleva consigo la extinción del concepto de familia, pero sí entraña la inaplicabilidad del artículo 1.320 del Código Civil. En efecto, si la disolución es por muerte el derecho sobre la vivienda se transmite según las normas sucesorias del Código Civil o de la Ley de Arrendamientos Urbanos, y si la disolución se produce por nulidad o divorcio, al igual que en el caso de separación, ya desde la interposición de la demanda, rigen los artículos 90, b); 96 y 103 del Código Civil (21).

La aplicación del artículo 1.320 del Código Civil plantea dudas en los casos de separación de hecho, pues cabe preguntarse, entonces, si la vivienda sigue siendo familiar. La respuesta ha de ser afirmativa tanto si el matrimonio separado de hecho tiene hijos como si no es así.

En el caso de que haya hijos sigue siendo vivienda familiar aquella que albergó a la familia unida, sobre todo si continúa ocupándola el grupo familiar más numeroso y significativo (22). No habiendo hijos; incluso cuando el que permanece en la vivienda no es el titular de la misma, cabe estimar que ésta es hogar familiar, pues si así parece deducirse del artículo 96 del Código Civil para el caso de separación de derecho, nulidad o divorcio (23), estimo que así debe de ser considerada en los casos de mera separación de hecho, hipótesis de menor entidad.

Sin embargo, para ser justos, debe distinguirse si el que abandonó el hogar es o no el propietario, y si el abandono fue voluntario o forzoso.

Si el que abandonó el hogar es el propietario privativo, al subsistir

el Código Civil señala unos fines, que no encontramos en el matrimonio, que poseen el carácter de familia.» Finaliza este autor afirmando: «en cualquier caso, no se trata ni de un dislate ni de un imposible», entiendo que refiriéndose a la consideración de vivienda familiar protegida o la ocupada por una pareja no casada. (Cf. ARECHEDERRA ARANZADI, L.: «Las parejas no casadas y la construcción de la noción de vivienda familiar en estos supuestos», en *Hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales*, DIF, EUNSA, Pamplona 1986, págs. 362-363 y 365.)

Considero conveniente otorgar protección semejante a la del artículo 1.320 del Código Civil a las uniones de hecho estables, pero desde luego considero fuera de dudas que deberá hacerse a través de preceptos específicos reguladores de las mismas, sin que quepa la aplicación análoga de una norma matrimonial.

No desconozco, sin embargo, las dificultades que obstaculizan dicha protección, comenzando por la apreciación de cuándo una pareja se puede considerar unida de hecho establemente.

(21) Para los casos de crisis manifiesta, *vid.* O'CALLAGHAN, X.: «El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales», en *Actualidad Civil*, 1986, págs. 1329 y ss.; «La vivienda familiar durante el tratamiento de las crisis matrimoniales», en *Hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales*, DIF, EUNSA, Pamplona 1986, págs. 209 y ss.; LÓPEZ ALARCÓN, M.: «Efectos de las sentencias de nulidad, separación y divorcio: cuestiones particulares», en *La Ley* (1982)2, págs. 909 y ss.

(22) Cf. LÓPEZ ALARCÓN, M.: *loc. cit.*, pág. 918.

(23) Así lo defiende AVILA ALVAREZ, P.: «El régimen económico matrimonial en la Reforma del Código Civil», en *RCDI* (1981)2, pág. 1381.

el *status* de vivienda familiar es lógico que se aplique el artículo 1.320 del Código Civil, ya que si no al cónyuge propietario privativo que abandona el domicilio conyugal, incumpliendo con lo dispuesto en el artículo 68 del Código Civil, se le primaría sobre el que cumple el deber de convivencia, sujeto éste al artículo 1.320 y el otro no (24).

Si el que abandonó la vivienda lo hizo por ser insostenible la convivencia conyugal y es el «maltratado» o actuante de buena fe, y el que queda en el domicilio conyugal es el propietario privativo, éste, para disponer, necesitará autorización judicial (25).

Llegados a este punto podemos concluir que la vivienda habitual de la familia del artículo 1.320 del Código Civil es aquel bien, en la mayoría de los casos inmueble, donde se desarrolla con regularidad la vida de familia basada en un matrimonio, en tanto sea ocupada por cualquier familiar en sentido estricto, y en tanto no se haya solicitado o producido la separación legal, nulidad o divorcio del matrimonio, o su disolución por muerte.

Una última cuestión nos queda por examinar, y es si el artículo 1.320 del Código Civil es aplicable por vía supletoria a los territorios de Derecho foral.

Soy de la opinión de que el artículo 13, 1, del Código Civil cierra tal posibilidad al establecer que las normas del Título IV del Libro I (artículos 42 a 109) no tendrán aplicación general y directa en toda España (26). Claro que, siendo de justicia que la protección de la vivienda familiar se extienda a todo el territorio nacional, las regiones de Derecho foral deberán de incluir en sus Derechos particulares una protección

(24) Cf. GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, J. L.: «La relevancia registral de la vivienda familiar y de los derechos sobre la misma», en *Hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales*, DIF, EUNSA, Pamplona 1986, pág. 129.

(25) *Ibidem*.

Dado que no siempre es fácil demostrar la buena fe del abandonante, creo que la solución en los casos de separación de hecho ha de ser unitaria, no exigiendo el consentimiento del abandonante no titular en ningún caso, y sustituyendo éste por la autorización judicial, lo que entra plenamente dentro de la letra del artículo 1.320 del Código Civil.

(26) Son de esta opinión SANCHO REBULLIDA y RUBIO TORRANO. (*Vid.* «El hogar familiar ante los Derechos forales y el Derecho agrario», en *Hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales*, DIF, EUNSA, Pamplona 1986, pág. 314.)

Otra parece ser la opinión de ALVAREZ-SALA WALTHER, que propugna la aplicación supletoria de los artículos 1.319, 2, y 1.320 del Código Civil en los territorios aforados, por un lado, por entender que hay normas cuya raíz constitucional favorecen la conveniencia de su supletoriedad en los territorios forales, en tanto las Compilaciones no se adecúen al nuevo régimen constitucional; y por otro lado, en la consideración de que si son normas compatibles con el régimen de separación de bienes del Código Civil, cuando éste sea elegido por los cónyuges, también será compatible con un régimen supletorio de comunidad que pueda regir en las regiones forales. Cf. ALVAREZ-SALA WALTHER, J.: *loc. cit.*, págs. 53 y 54.

semejante a la del artículo 1.320 del Código Civil; ahora bien: tan importante como su inclusión será su adaptación a las peculiaridades características de cada región, pues no olvidemos que la casa familiar foral presupone una familia de carácter básicamente troncal, en la que conviven ascendientes y descendientes de varias generaciones y, muchas veces, algún colateral (27).

B) *Los muebles de uso ordinario*

En la normativa del primer párrafo del artículo 1.320 del Código Civil se incluyen, además de la vivienda familiar, los bienes muebles de uso ordinario de la familia.

De la propia expresión legal se deduce que los requisitos exigidos al mobiliario para que sea incluido en la norma que estudiamos son los siguientes:

- 1.º Que se trate de bienes muebles.
- 2.º Que sean de uso de la familia.
- 3.º Que sean usados por ésta ordinariamente (28).

Pese a su aparente sencillez, todos estos requisitos pueden plantear problemas de interpretación a la hora de determinar su alcance. Las primeras dificultades surgen cuando se pretende establecer un catálogo general de bienes que para su disposición exigen el consentimiento del cónyuge no propietario.

La solución viene de la mano del propio Código Civil, al señalar en el artículo 346, 2.º, que cuando el legislador usa tan sólo la palabra «muebles» por tales hay que entender los bienes que tengan por principal destino amueblar o alhajar las habitaciones, salvo que del contexto de la ley resulte claramente otra cosa, lo cual no sucede en el artículo 1.320. Desde este punto de vista hay que entender que los bienes para cuya disposición se necesita el consentimiento del cónyuge no propietario o la autorización judicial son los muebles de amueblamiento, o lo que es lo mismo, el mobiliario familiar en sentido propio. En consecuencia,

(27) La protección de la vivienda familiar se está extendiendo a todo el ordenamiento jurídico; así vemos que el artículo 13, 2, del Estatuto de la Explotación Familiar Agraria y de los Agricultores Jóvenes (Ley de 24-XII-81), en su párrafo 1.º, coincide con el artículo 1.320 del Código Civil.

(28) LACRUZ BERDEJO, sin desconocer los requisitos legales, exige que los muebles reúnan dos notas características: 1) que sean usuales; y 2) que sean usables. Cf. LACRUZ BERDEJO, J. L.: *op. cit.*, pág. 299.

habrá que considerar excluidos a los automóviles, aunque ordinariamente sean utilizados por la familia (29).

Esta opinión viene corroborada por el artículo 96 del Código Civil, que después de hablar de la vivienda familiar se refiere expresamente a los «objetos de uso ordinario en ella», lo que no deja lugar a dudas de que se están excluyendo de su ámbito de aplicación a los vehículos a motor.

Es cierto que el artículo 96 contempla un supuesto de hecho diferente al del artículo 1.320 del Código Civil, ya que el primero tiene aplicación en los casos de nulidad, separación y divorcio, mientras que el segundo la tiene en casos de normalidad matrimonial. Sin embargo, entiendo que tanto en estos preceptos como en el artículo 1.321, que es de aplicación para el caso de fallecimiento de uno de los cónyuges, subsiste básicamente el concepto de «ajuar familiar» como conjunto de bienes destinados a amueblar la vivienda de la familia, quedando excluidos, además de los automóviles, las alhajas, los objetos artísticos o históricos y los de extraordinario valor (30).

Los bienes muebles, además, deben de ser de uso familiar, ello no significa que tengan que ser utilizados por toda la familia en su conjunto, pero sí que puedan serlo indistintamente por cualquiera de sus miembros. Así será mueble de uso familiar aquella butaca que siendo habitualmente utilizada por el cabeza de familia, sin embargo, está destinada a su uso por cualquier familiar. En cambio, quedarían excluidos los muebles que integran, por ejemplo, el despacho de abogado de uno de los cónyuges, aunque eventualmente sus instalaciones puedan ser utilizadas por otros componentes del grupo familiar.

(29) GARCÍA CANTERO plantea la duda de si en el artículo 1.320 del Código Civil se incluirán los vehículos automóviles al servicio de la familia, las bicicletas que usan los hijos pequeños en el jardín o el carrito del minusválido. (Cf. GARCÍA CANTERO, G.: «Configuración...», *loc. cit.*, pág. 75.)

(30) Destaca la opinión de VÁZQUEZ IRUZUBIETA, quien entiende que el artículo 1.320 del Código Civil seguramente se refiere a los objetos de extraordinario valor, puesto que, en su opinión, no podemos pensar que pueda plantearse la problemática familiar de pretender vender sábanas, roperos o vajilla que estén al uso, pues aunque ello no es imposible sería un caso muy extraño, porque será más oneroso atender a los gastos del pleito para lograr una autorización judicial en caso de disenso que lo que se pretenda obtener con la venta de tales objetos. (Cf. VÁZQUEZ IRUZUBIETA: «Régimen económico del matrimonio. Ley 11/1981, de 13 de mayo», *ERDP*, Madrid 1982, págs. 66 y ss.)

Ciertamente no sería normal que tal cosa ocurriera con respecto a algún bien aislado, pero no sería extraño en relación con un conjunto de cosas, por ejemplo, mobiliario de la cocina: muebles y electrodomésticos.

Desde otro punto de vista, destaca asimismo la tesis restrictiva de MARTÍNEZ CALCERRADA, quien sostiene que por muebles, a los efectos del artículo 1.320, hay que entender el llamado patrimonio inembargable del artículo 1.449 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (Cf. MARTÍNEZ CALCERRADA, L.: *loc. cit.*, pág. 850.)

Los citados muebles deben de cumplir aún un requisito más, pues deben ser de uso ordinario. Evidentemente, para valorar qué bienes pueden incluirse dentro de este concepto habrá que atender a las circunstancias particulares y sociales de cada familia en concreto. No obstante, puesto que en el artículo 1.321 del Código Civil se excluyen del ajuar familiar las alhajas y otros objetos valiosos, debe de entenderse que aunque las circunstancias sociales de una familia permitan que ésta utilice habitualmente cubertería de metal noble o adorne las paredes de su hogar con cuadros de firmas valiosas, tales objetos no quedarán incluidos dentro del artículo 1.320, dado su extraordinario valor.

Supuesto más dudoso será aquel en el que toda la vivienda familiar esté amueblada con objetos de alto valor artístico o histórico. En esta infrecuente hipótesis entiendo que dentro del artículo 1.320 del Código Civil únicamente cabría incluir, a pesar de su extraordinario valor, al lecho cotidiano y al mobiliario necesario para el ejercicio de la profesión, arte u oficio (31).

Las circunstancias sociales de la familia, pues, servirán para determinar qué bienes utiliza ordinariamente aquélla, pero no permitirán incluir dentro del concepto de ajuar familiar a bienes expresamente excluidos en uno de sus preceptos reguladores.

2. EL CONSENTIMIENTO DE AMBOS CÓNYUGES

A) *El carácter de los bienes protegidos*

El artículo 1.320 del Código Civil exige el consentimiento de ambos consortes o, en su caso, autorización judicial, 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». Queda, pues, fuera de dudas que el artículo 1.320 del Código Civil es aplicable cuando los derechos a que se refiere en su texto tienen carácter privativo.

Lo que nos preguntamos ahora es si el citado precepto tiene aplicación también en el caso de que los bienes en él expresados sean de propiedad común de ambos cónyuges, bien por ser bienes gananciales, bien por pertenecerles en régimen de comunidad ordinaria.

Si consideramos que el legislador ha hecho la precisión relativa a los bienes privativos porque sólo respecto a ellos extraña la exigencia del consentimiento del cónyuge no propietario, parece claro que el artícu-

(31) Sigo aquí la tesis del patrimonio inembargable de MARTÍNEZ CALCERRADA, pero sólo en relación con los bienes de extraordinario valor.

lo 1.320 del Código Civil es aplicable también en el caso de que los bienes sean de propiedad común.

Así entendido, el citado precepto quiere indicar que para disponer de los derechos sobre la vivienda o mobiliario familiar es necesario el consentimiento de ambos cónyuges, no sólo cuando éstos sean comunes sino también, «incluso», cuando sean privativos.

Tal solución parece lógica, dado el carácter imperativo de las normas referentes al régimen primario y, por consiguiente, su aplicación con carácter general, cualquiera que sea el régimen matrimonial por el que se rija la vida económica de los esposos. Ahora bien, existen inconvenientes que salvar antes de considerar correcta esta afirmación.

En efecto, porque si se desea enajenar a título oneroso la vivienda familiar de carácter ganancial, es necesario el consentimiento de ambos consortes o en su defecto autorización judicial, pues así se exige en el artículo 1.320 del Código Civil y se corrobora en el artículo 1.377, párrafo 1, del mismo cuerpo legal, pero si se desea realizar una transmisión a título gratuito surge una aparente contradicción entre los artículos 1.320 y 1.378 del Código Civil, pues el primero de ellos, al no distinguir entre actos onerosos y gratuitos, exige, igual que en el caso anterior, el consentimiento de ambos esposos o en su defecto autorización judicial, mientras que del segundo se desprende que si no concurre dicho consentimiento el acto es nulo, sin que sea posible acudir a la autorización judicial subsidiaria.

En realidad, el caso de acto de disposición a título gratuito de bienes comunes entra de lleno dentro del ámbito de aplicación del artículo 1.322, párrafo 2, del Código Civil, que dispone la nulidad de tales actos si falta el consentimiento del otro cónyuge, sin prever la posibilidad de sustituir dicho consentimiento por la autorización judicial, lo que resulta plenamente acorde con el artículo 1.378 del Código Civil.

Además, no por ello cabe señalar que existe contradicción entre el artículo 1.320 y 1.322 del Código Civil, porque en el primero no se permite acudir en todo caso a la autorización judicial supletoria del consentimiento de uno de los cónyuges, sino únicamente «en su caso», es decir, «en el caso en que proceda» o «en el caso en que sea posible», no siendo posible cuando se trata de actos de disposición a título gratuito de bienes comunes, porque así lo determina expresamente el artículo 1.322, párrafo 2, del Código Civil, norma también de régimen primario.

Por todas estas razones hablaba anteriormente de aparente contradicción entre el artículo 1.320 y el 1.378, pues, como vemos, en realidad

no existe (32). En consecuencia, podemos afirmar que el artículo 1.320 del Código Civil es de aplicación tanto si la vivienda y el mobiliario familiar son gananciales como si son *pro indiviso* de la sociedad de gananciales y uno de los cónyuges, o si estando en régimen de separación de bienes o de participación ambos cónyuges son copropietarios, y tanto si se dispone a título oneroso como si se hace a título gratuito, aunque en este último supuesto el defecto del consentimiento de uno de los cónyuges no puede ser suplido por la autorización judicial, pues así se deduce de la interpretación conjunta de los artículos 1.320, especialmente en la expresión «o, en su caso», y 1.322 del Código Civil, normas, ambas, de régimen primario.

De este modo, hay que entender que únicamente se podrá solicitar la autorización judicial como medio supletorio de la falta de consentimiento de ambos cónyuges, cuando uno de éstos se niegue injustificadamente a emitir su consentimiento, o cuando sea incapaz para hacerlo, no siendo posible acudir a la autoridad judicial cuando lo que se pretende es donar la vivienda familiar o mobiliario de carácter ganancial, o cuando el bien pertenece a ambos cónyuges en régimen de copropiedad ordinaria y uno de ellos pretende enajenar el objeto por entero.

B) *Naturaleza jurídica del consentimiento*

Siendo el bien del que se va a disponer ganancial o *pro indiviso* de ambos cónyuges, el consentimiento exigido es el propio de un verdadero acto de codisposición, puesto que ambos son titulares del derecho del que se va a disponer. Pero cuando la titularidad del derecho es privativa de uno de los consortes la naturaleza del consentimiento de éstos resulta más compleja de determinar. En este caso la naturaleza del consentimiento no presenta dificultades en relación con el cónyuge que es titular del derecho del que se va a disponer, sino en relación con el que ha de prestar aquél que no es titular de dicho derecho.

La doctrina sostiene, con carácter general, que el consentimiento del

(32) En este sentido, ALBALADEJO, M.: *op. cit.*, pág. 155. En contra, SERRANO ALONSO, E.: *loc. cit.*, págs. 94 a 97.

Señala DÍEZ-PICAZO que «las hipótesis de autorización judicial son, por consiguiente, las de imposibilidad material o jurídica de prestación del consentimiento y las de negativa injustificada a otorgarlo. La decisión judicial sobre la autorización habrá de fundarse en la ponderación de los intereses familiares.

El precepto de este artículo se aplica también cuando los derechos sobre la vivienda y sobre los muebles pertenezcan a los dos cónyuges y, en este caso, con independencia del tipo de condominio o comunidad.

La regla del artículo 1.320 como ley especial es de aplicación preferente a las de comunidad o condominio en que los bienes en cuestión se encuentren». (Cf. L. DÍEZ-PICAZO, en AMORÓS GUARDIOLA y otros: *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. II, Tecnos, Madrid 1984, pág. 1506.)

cónyuge no titular, al carecer de poder de disposición por falta de titularidad del derecho, es más bien un asentimiento al acto dispositivo realizado por otro. Comparto esta opinión puesto que el acto de disposición realizado sin él, a menos que se trate de un acto gratuito, es anulable, tal como se desprende del artículo 1.322 del Código Civil, y no nulo o inexistente.

Incluso en el supuesto de disposición gratuita, en cuyo caso el acto dispositivo realizado sin el consentimiento de ambos cónyuges es nulo, el consentimiento del cónyuge no titular es más bien un asentimiento cualificado, puesto que éste no se responsabiliza de las consecuencias jurídicas de dicho acto.

La transcendencia de esta calificación es notable porque el que asiente no es «parte» del acto de disposición para cuya aprobación se le requiere y, por lo tanto, no se responsabiliza de las consecuencias jurídicas de dicho acto, por ejemplo, evicción o saneamiento por vicios ocultos en el caso de compraventa, ni se le concede derecho alguno a participar en el precio (33).

C) *Momento en que puede ser prestado el consentimiento*

Cuando el consentimiento de ambos cónyuges se presta coetáneamente al acto de disposición no surge problema alguno. Tampoco surgen dificultades para admitir la posibilidad de que ese consentimiento sea prestado con posterioridad al acto dispositivo, puesto que, como veremos más adelante, el acto de disposición realizado sin el consentimiento de ambos cónyuges es anulable y, por lo tanto, susceptible de posterior confirmación.

Las dudas se suscitan ante la posibilidad de renuncia de la prestación del consentimiento previsto en el artículo 1.320 del Código Civil, o la de otorgarlo preventivamente a través de capitulaciones matrimoniales.

Desde luego, la norma contenida en el artículo 1.320 del Código Civil es una norma de aplicación general, cualquiera que sea el régimen, legal o paccionado, del matrimonio, y con independencia de a quién pertenezcan los bienes y derechos que constituyen el «hogar familiar», y es una norma de régimen primario puro en cuanto que es directamente imperativa, es decir, no actúa a través de otras normas, convencionales o legales (34). Lo que hemos de determinar es si la imperativi-

(33) Vid. G. GARCÍA CANTERO, en CASTÁN: *Derecho civil...*, op. cit., pág. 336; LACRUZ BERDEJO, J. L.: *op. cit.*, pág. 301.

(34) Cf. DE LOS MOZOS, J. L.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por MANUEL ALBALADEJO, t. XVIII, vol. I, EDERSA, Madrid 1982, pág. 128. En el mismo sentido, CERDÁ GIMENO, J.: «Las capitulaciones ma-

dad admitida con carácter general por la doctrina, es tal que impide todo pacto en contrario a la misma.

La postura más radical en este punto la sostiene LACRUZ BERDEJO, quien, basándose en el hecho de que la infracción del artículo 1.320 del Código Civil da lugar a actos válidos y confirmables, estima que la protección de este precepto puede ser renunciada, siendo posible, en su opinión, prestar el consentimiento en capítulos matrimoniales, preventivamente e incluso de forma irrevocable (35).

Esta opinión no es compartida por GARCÍA CANTERO, que no cree que uno de los cónyuges pueda dar al otro un consentimiento general para todos los actos dispositivos sobre la vivienda habitual y su mobiliario (no excluye que pueda darse particular), y mucho menos de forma irrevocable, pues ello significaría vaciar de contenido la protección del artículo 1.320 del Código Civil (36).

Por su lado, ALVAREZ-SALA WALTHER estima que la imperatividad del artículo 1.320 del Código Civil se cifra en la exigencia de que el asentamiento del hogar familiar se conserve jurídicamente bajo el control de ambos cónyuges, lo que reclama transparencia en las declaraciones de voluntad. Entiende este autor que nada obsta a que un cónyuge preste el consentimiento que exige el artículo 1.320 del Código Civil, de forma preventiva, siempre que haya certeza de que tal consentimiento se proyecta sobre los actos de disposición de la vivienda habitual y muebles de uso ordinario de la familia. Señala el citado autor que, si ambos cónyuges otorgasen el consentimiento a que se refiere el artículo 1.320 del Código Civil de una nueva manera preventiva, uno en favor del otro, tal consentimiento no podría valer como convención o pacto estatutario de los capítulos, pues entrañaría una derogación capitular del artículo 1.320 que es imperativo. Ambos consentimientos, en su opinión, no se fundirían en un pacto, sino que se mantendrían como dos simples declaraciones unilaterales de voluntad, cada una de ellas libremente revocable por su autor respectivo. ALVAREZ-SALA defiende de este modo el carácter revocable y no contractual de la prestación recíproca y preventiva del consentimiento exigido para disponer de la vivienda o mobiliario familiar (37).

Me inclino a pensar que dada la imperatividad del artículo 1.320 del Código Civil, el consentimiento exigido en el mismo debe de prestarse en todo caso, sin que pueda ser renunciado expresamente, por más que

trimoniales tras la reforma de 1981», en *Documentación jurídica*, vol. I, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid 1982, págs. 264, 265 y 266.

(35) Cf. LACRUZ BERDEJO, J. L.: *op. cit.*, pág. 301.

(36) Cf. G. GARCÍA CANTERO, en CASTÁN: *Derecho civil...*, *op. cit.*, pág. 336.

(37) Cf. ALVAREZ-SALA WALTHER, J.: *loc. cit.*, págs. 19 y 20.

la no impugnación del negocio realizado sin dicho consentimiento pueda ser entendida como una renuncia tácita de la protección de dicho precepto. Considero que el consentimiento puede ser prestado preventivamente y con carácter general, refiriéndose a todo tipo de actos dispositivos, siempre que se concrete que el objeto de los mismos sea la vivienda o mobiliario familiar, que no se le otorgue naturaleza contractual y que sea revocable (38), ya que entre el momento en que el consentimiento se prestó y el momento en que se realiza el acto de disposición las circunstancias de la familia pueden variar y aconsejar su revocación (39).

D) *Sanción del acto realizado sin el consentimiento exigido legalmente*

En este punto hay que poner en conexión los artículos 1.320 y 1.322 del Código Civil. Dice este último:

«Cuando la ley requiera para un acto de administración o disposición que uno de los cónyuges actúe con el consentimiento del otro, los realizados sin él y que no hayan sido expresa o tácitamente confirmados podrán ser anulados a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido o de sus herederos.

No obstante, serán nulos los actos a título gratuito sobre bienes comunes si falta, en tales casos, el consentimiento del otro cónyuge.»

Se deduce, pues, que el régimen jurídico aplicable es diferente según nos encontremos ante actos de disposición a título oneroso o a título gratuito.

En el primer caso el acto dispositivo realizado sin el consentimiento exigido no es radicalmente nulo, sino anulable, y, por lo tanto, susceptible de impugnación dentro del plazo general de cuatro años, tanto por el cónyuge cuyo consentimiento se ha omitido como por sus herederos,

(38) Si el consentimiento preventivo se otorga en capitulaciones matrimoniales surge el problema de la revocabilidad, puesto que, como señala MAGARIÑOS BLANCO, el artículo 1.331 del Código Civil impide la revocación unilateral de los capítulos. Salvando tal dificultad, ALVAREZ-SALA entiende que tal consentimiento, aunque se otorgase mediante escritura capitular, valdría como declaración unilateral de voluntad, libremente revocable y no identificable con el contenido estricto o estatutario de los capítulos.

Vid. MAGARIÑOS BLANCO, V.: «Cambio del régimen económico de separación y el derecho de los acreedores», en *RCDI* (1981)2, pág. 96; ALVAREZ-SALA WALTHER, J.: *loc. cit.*, pág. 20.

(39) ALVAREZ-SALA, a mi entender correctamente, estima que no es posible excluir mediante estipulación capitular la posibilidad de una autorización judicial supletoria cuando la ley la permita, pues su autorización el Juez sólo la concede por razón de necesidad o conveniencia para la familia, de modo que no cabe admitir la licitud de una cláusula capitular que excluya *a priori* una intervención judicial que sólo puede apreciar la necesidad o conveniencia de la familia.

Cf. ALVAREZ-SALA WALTHER, J.: *loc. cit.*, págs. 18 y 19.

pero no por el disponente ni por el adquirente; además, puede producirse la sanación del acto de disposición por la ratificación o confirmación posterior del cónyuge no actuante.

En el segundo caso el acto dispositivo es absolutamente nulo.

3. AMPLITUD DE LA EXPRESIÓN LEGAL «DISPONER DE LOS DERECHOS»

Habla el artículo 1.320 del Código Civil de disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia. Por lo tanto, hay que estudiar la amplitud de la expresión legal «disponer de los derechos» en uno y otro caso, examinando en ambos supuestos el alcance de los términos «disponer» y «derechos».

A) *Sobre la vivienda habitual de la familia*

Dentro del término «derechos» hay que considerar incluido cualquier derecho que haya permitido a su titular poner a disposición de su familia un inmueble apto para servirle de vivienda habitual: propiedad ordinaria, horizontal, usufructo, habitación, arrendamiento... (40).

En cuanto al término «disponer» debe de entenderse que el sentido del artículo 1.320 del Código Civil va más allá de los actos de disposición, incluyendo la posibilidad de destrucción o cualquier otra actividad que haga inservible el contenido del derecho (41), de modo que disponer supone privar a la familia, por cualquier título, del derecho a continuar en el uso y disfrute de aquel bien que venía sirviéndole de hogar.

Por otra parte, han de incluirse tanto los actos onerosos como los gratuitos, si bien estos últimos serán radicalmente nulos si recaen sobre bienes comunes y no concurre el consentimiento de ambos cónyuges.

Las hipótesis más frecuentes de disposición de derechos sobre la vivienda habitual de la familia son las siguientes:

1.º Transmisión del derecho de propiedad.

De una primera lectura del artículo 1.320 podríamos deducir que

(40) GARCÍA CANTERO señala, a mi entender con gran acierto, que el derecho debe de ser un verdadero derecho subjetivo, excluyéndose, por tanto, una situación meramente tolerada, como es el precario. (Cf. G. GARCÍA CANTERO, en CASTÁN: *Derecho civil...*, op. cit., pág. 335, y en «Notas sobre el régimen...», loc. cit., página 308.)

Cabe destacar, no obstante, que en la Recomendación del Consejo de Europa se propone la protección de la situación meramente tolerada, aunque no pueda hacerse valer frente a terceros.

(41) Cf. LACRUZ BERDEJO, J. L.: op. cit., pág. 300.

sin el consentimiento de ambos cónyuges o, si procede, de la autoridad judicial, no es posible transmitir en modo alguno el derecho de propiedad que tiene por objeto la vivienda familiar. Sin embargo, no hay que olvidar que esta es una norma limitativa de la facultad de disponer y que, por lo tanto, debe de ser interpretada en sentido restrictivo (42), lo que implica que dentro del mandato del artículo 1.320 del Código Civil sólo cabe incluir aquellos actos que priven a la familia del derecho a continuar en el uso y disfrute de la vivienda familiar, pero no aquellos que, como ha señalado ALBALADEJO, no priven ni actual ni potencialmente a la familia del uso de la vivienda y su mobiliario (43).

Hay que examinar con cuidado, no obstante, la frase «ni actual ni potencialmente», porque potencialmente se perjudica a la familia cuando se transmite la vivienda familiar en nuda propiedad, reservándose el enajenante el derecho de usufructo, pues el usufructo así constituido podría extinguirse por muerte del enajenante, impidiendo a su cónyuge, si le sobrevive, la adjudicación de la vivienda a la que tendría derecho en virtud del artículo 1.406, 4.º, del Código Civil (44). Por ello hay que entender que la enajenación del alojamiento familiar sólo es posible cuando se haga con reserva de usufructo para el cónyuge sobreviviente y la familia entonces convivente, no debiendo de permitirse la transmisión de la propiedad aunque el disponente se reserve el derecho de arrendamiento, puesto que con éste la posición de los ocupantes (familia) resulta más débil que antes de la transmisión, y a que de este modo se arrebata al goce del alojamiento su carácter de derecho real y vitalicio, que es lo que le comunica su seguridad (45).

2.º Disposición del derecho de arrendamiento.

En aras a la protección del interés familiar y la correcta aplicación del artículo 1.320 del Código Civil, el derecho de arrendamiento (46) no

(42) Cf. DE LOS MOZOS, J. L.: *op. cit.*, pág. 129.

(43) Cf. ALBALADEJO, M.: *op. cit.*, pág. 156.

(44) Señala este peligro AVILA ALVAREZ, y debido a él considera que el cónyuge propietario no puede enajenar la vivienda familiar sin el consentimiento del otro cónyuge, aunque haga reserva de usufructo. Cf. AVILA ALVAREZ, P.: *loc. cit.*, página 1380.

(45) Cf. LACRUZ BERDEJO, J. L.: *op. cit.*, pág. 300. En el mismo sentido, GARCÍA CANTERO: «Notas sobre el régimen...», *loc. cit.*, pág. 308; DE LOS MOZOS, J. L.: *loc. cit.*, pág. 129; AVILA ALVAREZ, P.: *loc. cit.*, pág. 1380; MARTÍNEZ CALCERRADA, L.: *loc. cit.*, pág. 850.

(46) A diferencia de lo que ocurre en otros países, en el Derecho español cualquiera de los cónyuges puede ser titular individual del derecho arrendaticio que tiene por objeto la vivienda familiar.

Si el derecho de arrendamiento pertenece a uno de los cónyuges con anterioridad a la vigencia de la sociedad de gananciales, puede ser considerado privativo del mismo en virtud del artículo 1.346, 1.º, del Código Civil. No obstante, tendrá

podrá extinguirse unilateralmente, ni tampoco podrán realizarse otros actos permitidos en otros casos por la ley, que supongan privar a la familia del disfrute que venían realizando de la vivienda, como es el caso del subarriendo.

3.º Actos y gravamen.

Los actos de gravamen, en principio, no suponen la transmisión del dominio, pero constituyen actos dispositivos (47). Deben, pues, de entenderse comprendidos en el artículo 1.320 del Código Civil la constitución de una hipoteca, porque implica una enajenación en potencia, o la de un derecho real de goce en favor de un tercero, ya que con ello se dificultaría o perjudicaría el uso normal de la vivienda (48).

4.º Otros actos que, sin tener naturaleza real, suponen para la familia una pérdida de facultades; así la disposición a favor de un tercero a través de un contrato de arrendamiento.

5.º Extinción de los derechos reales que atribuyen el goce de la vivienda familiar, por ejemplo, el usufructo.

6.º Actos permitidos por la ley que pueden vulnerar el fin perseguido por el artículo 1.320 del Código Civil.

Debemos de pensar que, si bien directamente el artículo 1.320 del Código Civil cierra la posibilidad de que un cónyuge disponga unilateralmente de la vivienda familiar salvo que reserva con carácter de derecho real el disfrute de la misma a favor de la familia, indirectamente se pueden realizar actividades dirigidas a vulnerar la protección del citado precepto.

Tal peligro ha sido señalado por LACRUZ BERDEJO al indicar que un esposo dispuesto a dejar el arriendo de la vivienda familiar en perjuicio

consideración de arrendamiento conjunto cuando, a pesar de haber sido concertado con anterioridad al matrimonio, se ha hecho en consideración al mismo.

Vid. SANCHO REBULLIDA, F.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por MANUEL ALBALADEJO, t. II, EDERSA, Madrid 1978, pág. 188; FONSECA GONZÁLEZ, R.: «La vivienda familiar habitual en arrendamiento y la sociedad de gananciales», *RDP*, 1983, pág. 262.

(47) Así lo entiende la doctrina y la jurisprudencia, alegándose en favor de esta tesis el artículo 323 del Código Civil, que, al prohibir al anticipado gravar o enajenar bienes inmuebles sin autorización de los padres, ha sido interpretado por la doctrina entendiendo que tales términos entran dentro del concepto de disponer.

(48) Cosa diferente es que el cónyuge propietario enajene la vivienda y reserve el usufructo para su familia, porque de este modo está constituyendo un derecho real, pero no dificulta el uso normal de la vivienda.

de su familia tiene el refugio de incurrir en una causa de desahucio, que no yendo acompañada de un acuerdo fraudulento con el arrendador dará lugar, cuando la haga valer éste, a la extinción del arriendo (49).

Lo mismo ocurre cuando el cónyuge titular de la vivienda familiar contrae obligaciones cuyo cumplimiento ocasiona el embargo judicial de ésta, porque aunque el artículo 144, número 5, del Reglamento Hipotecario exige la notificación al cónyuge no titular, no impide el embargo (50). Sería conveniente, para evitar este riesgo, al menos, situar a la vivienda familiar en el último puesto del orden de prelación de los embargos (51).

La familia puede también verse privada de la vivienda que habitualmente ocupa por un acto de disposición de última voluntad sin que la protección del artículo 1.320 del Código Civil pueda impedirlo, puesto que la regulación del régimen económico matrimonial, salvo que expresamente se disponga su operatividad para el caso de fallecimiento, como ocurre en el artículo 1.321, será aplicable únicamente en tanto el matrimonio subsista, y una vez disuelto éste por muerte de uno de los cónyuges, ha de procederse a la liquidación del régimen económico.

En este caso, si la vivienda familiar era bien ganancial, el cónyuge superviviente tendrá derecho a que se incluya con preferencia en su haber la vivienda donde tuviera la residencia habitual, pudiendo elegir entre que se le atribuya en propiedad o constituir sobre ella a su favor un derecho de uso o habitación, abonando, si el valor de la vivienda o el derecho supera al de haber del cónyuge adjudicatario, la diferencia en dinero (arts. 1.406, núm. 4, y 1.407 CC). Ahora bien, si el cónyuge sobreviviente no hace uso de este derecho o si la vivienda es privativa, parece que debe de respetarse la disposición testamentaria del causante sin que pueda ser impugnada por ir contra el espíritu del artículo 1.320 del Código Civil, puesto que el testador está disponiendo para después de su muerte, momento en el cual dicho precepto ya no rige.

Para evitar que la finalidad de protección a la familia pueda ser vulnerada por un acto *mortis causa*, sería deseable introducir en el Có-

(49) Cf. LACRUZ BERDEJO, J. L.: *op. cit.*, pág. 301.

(50) Sobre la notificación del embargo, *vid.* GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, J.: *loc. cit.*, pág. 163.

(51) ORTEGA Y DÍAZ-AMBRONA propone que en las leyes procesales se declare la inembargabilidad de la vivienda familiar, sosteniendo que ello sería plenamente constitucional. Como solución subsidiaria propugna que, siquiera temporalmente, se mantenga un derecho autónomo *ex lege* a la ocupación de la vivienda familiar adjudicada a otro en ejecución procesal o, en último caso, que sea situada en el último puesto del orden de prelación de embargo. (Cf. ORTEGA Y DÍAZ-AMBRONA: *loc. cit.*, págs. 55 a 57.)

digo una norma que únicamente permitiera disponer de la propiedad de la vivienda cuando se hubiera reservado el uso de la misma con carácter de derecho real y a favor de cualquier miembro de la familia.

B) *Sobre los muebles de uso ordinario*

Hemos de entender que el artículo 1.320 del Código Civil, en cuanto a los bienes muebles, por el juego de la regla «la posesión de bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale al título», contenida en el artículo 464 del Código Civil, se refiere preferentemente a los actos dominicales (52), ya sean de transmisión de la propiedad, arrendamiento, constitución de una garantía pignoraticia, destrucción de los bienes, etc.

Sin embargo, aunque lo más frecuente es que tales bienes se disfruten en concepto de propietario, también puede ocurrir que se tengan en concepto de arrendatario, comodatario, etc., en estos casos, siendo de uso de la familia el titular de los mismos no podrá disponer de ellos sin el consentimiento del otro cónyuge o, en su caso, autorización judicial en virtud del artículo 1.320 del Código Civil.

Enfiendo que el acto de disposición cae dentro del ámbito del artículo 1.320 del Código Civil, tanto cuando tiene por objeto toda o la mayor parte del mobiliario familiar, como cuando su objeto son elementos aislados que considerada la situación de la familia pueden considerarse de valor (53).

(52) Cf. MARTÍNEZ CALCERRADA, L.: *loc. cit.*, pág. 850.

(53) Afirma DÍEZ-PICAZO que el acto dispositivo del mobiliario debe referirse al conjunto o a la mayor parte de él y no simplemente a elementos aislados *Sistema...*, op. cit., pág. 184; *Comentarios...*, op. cit., pág. 1506). Discrepo, no obstante, de tan autorizada opinión por entender que en familias de un medio económico y social sencillo la enajenación unilateral, aislada o sucesiva, de la televisión en color o de la lavadora automática, por ejemplo, puede originar un trastorno considerable a la familia con dificultades para adquirir tales bienes de nuevo. Por ello creo que tal hipótesis ha de considerarse incluida en el artículo 1.320 del Código Civil, máxime considerando que cuando la enajenación de tales bienes no se hace con el consentimiento de ambos cónyuges suele obedecer a razones poco disculpables (juego, alcohol...). Claro que los gastos judiciales que se originarían ante la reclamación del cónyuge que no consintió, si no litiga como pobre, harían inoperante el fin práctico de la reclamación perseguida. No obstante, los obstáculos económicos de índole procesal no deben conducirnos a negar la existencia de un derecho de carácter civil.

III. EXAMEN DEL SEGUNDO PARRAFO DEL ARTICULO 1.320 DEL CODIGO CIVIL

1. REQUISITOS EXIGIDOS PARA SU OPERATIVIDAD. EFECTOS

Dice el párrafo 2.º del artículo 1.320 del Código Civil:

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

No cabe duda de que es falsa aquella manifestación que deliberadamente hace el disponente mintiendo acerca del carácter de la vivienda. Sin embargo, resulta más difícil determinar cuándo la manifestación es errónea, porque no es fácil creer que el legislador estuviera pensando en la expresión equivocada del dueño, que difícilmente puede estar equivocada sobre si el piso que vende es la vivienda o no de su cónyuge e hijos. Más bien hemos de considerar manifestación errónea a aquella que hace equivocarse al adquirente (54).

La buena fe consistirá en la ignorancia del carácter familiar de la vivienda o mobiliario que se adquiere. Claro que, sobre todo con referencia a la vivienda, no es fácil que se dé tal requisito, puesto que su adquisición normalmente lleva consigo la inspección de la misma por los futuros adquirentes, y el informe de las circunstancias que la rodean, fundamentalmente si está habitada o no. No obstante, no es inverosímil pensar en la posible existencia de un adquirente de buena fe.

Se nos plantean dudas a la hora de determinar el alcance de este segundo párrafo del artículo 1.320 del Código Civil, pues, al referirse al adquirente de buena fe, dos y contradictorias son las soluciones que nos vienen a la mente: una, considerar que el adquirente del artículo 1.320, párrafo 2.º, no es tercero en sentido técnico, puesto que ha sido parte en el contrato (55), y otra, pensar que el párrafo 2.º del artículo 1.320 se está refiriendo al tercer adquirente (56).

En uno y otro caso la existencia de este segundo párrafo es criticable. En el primero, porque distorsiona el efecto de anulabilidad sancionado por el artículo 1.322, dejando en la práctica al arbitrio del propietario el cumplimiento de aquel deber primario que exige la afección de la vivienda al interés de la familia, pues bastará con que el cónyuge propietario manifieste que el inmueble que pretende enajenar no tiene el

(54) Así, LACRUZ BERDEJO, J. L.: *op. cit.*, pág. 301.

(55) *Vid.* MAGARIÑOS BLANCO, V.: *loc. cit.*, pág. 95.

(56) *Vid.* DE LOS MOZOS, J. L.: *loc. cit.*, págs. 132-133.

carácter de vivienda habitual para que la disposición surta efectos frente al adquirente de buena fe (57). En el segundo, porque el último párrafo del artículo 1.320 puede considerarse como una norma inútil al no añadir nada a la protección de la seguridad del tráfico jurídico, puesto que ésta se alcanza igualmente con los artículos 34 de la Ley Hipotecaria y 464 del Código Civil (58).

La solución más lógica será considerar que la protección del adquirente de buena fe, sea parte o tercer subadquirente, no debe consistir en mantenerle en la adquisición pretendida, siendo suficiente que sea resarcido de los perjuicios que se le ocasionen (59), a menos, claro está, que se trate de un tercero hipotecario, en cuyo caso la prevalencia del interés familiar, decae en favor de este tercero especialmente protegido, pues nada impide que dándose los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria el adquirente de buena fe venga especialmente protegido por este precepto, independientemente de las normas protectoras de la vivienda familiar.

Las dudas se nos pueden plantear porque falte alguno de los requisitos mencionados en el artículo 1.320, párrafo 2.º, del Código Civil. Así, por ejemplo, que no haya manifestación del disponente. En este caso la ausencia de declaración podríamos reconducirla al concepto de declaración errónea, puesto que el silencio hace equivocarse al adquirente sobre el carácter del bien que adquiere. Ahora bien, tratándose de bienes inmuebles con la nueva redacción del artículo 91 del Reglamento Hipotecario ha desaparecido la posibilidad de tal silencio, puesto que en él se exige que el disponente manifieste en la escritura que la vivienda no tiene carácter familiar (60).

(57) MAGARIÑOS BLANCO, V.: *loc. cit.*, pág. 94.

(58) DE LOS MOZOS, J. L.: *loc. cit.*, págs. 132 y 133. De forma parecida, G. GARCÍA CANTERO, en CASTÁN: *Derecho civil...*, *op. cit.*, pág. 336.

(59) ALBALADEJO, M.: *op. cit.*, pág. 156.

(60) Con anterioridad a la actual redacción del artículo 91 del Reglamento Hipotecario se discutía si el Notario autorizante tenía obligación de preguntar acerca del carácter familiar de la vivienda o no. LACRUZ BERDEJO sostenía que en tanto no viniera impuesta por la ley; para el Notario no existía tal obligación, y GARCÍA CANTERO señalaba la necesidad de que el legislador impusiera tal obligación al Notario. GARRIDO CERDÁ y AVILA ALVAREZ exigían que constara expresamente tal declaración, y GIMÉNEZ DUARTE sostenía que la manifestación o no era indiferente, siendo la buena o mala fe el dato relevante en este tema.

GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE señala que el Reglamento Hipotecario hoy día viene a dar la razón a casi todos los autores: a los que exigían la manifestación, porque el Reglamento Hipotecario la ha exigido, y a los que señalaban que la ley debiera exigirla de modo expreso, porque así ha acabado haciéndose. Indica, además, este autor que esta manifestación no añade nada ni a la seguridad del tráfico jurídico ni al interés familiar.

Vid. LACRUZ BERDEJO, J. L.: *op. cit.*, pág. 302. G. GARCÍA CANTERO, en CASTÁN: *op. cit.*, pág. 336; GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, J.: *loc. cit.*, págs. 132 y 133.

Por otra parte, cuando el requisito que falta es el de la buena fe del adquirente habrá que entender que el acto dispositivo es anulable.

Por lo tanto, únicamente puede darse la protección del adquirente cuando existe una manifestación errónea o falsa por parte del disponente y buena fe por su parte, si bien la protección no debe entenderse como mantenimiento en la adquisición, pues ello desvirtuaría la protección que el legislador ha querido otorgar en el párrafo primero del artículo 1.320 del Código Civil.

2. INCIDENCIA DE LA LEGISLACIÓN HIPOTECARIA EN ESTA MATERIA (61)

La introducción en la legislación civil del artículo 1.320 del Código Civil como novedad aportada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, puso de relieve la necesidad de adaptar la legislación hipotecaria a la nueva ordenación civil.

Fruto de dicha necesidad, y con el propósito de unificar la práctica registral y resolver las dudas y dificultades que surgían ante tal situación, y pretendiendo, además, que el Registro coadyuve a la defensa y conservación del hogar familiar, tal como dice en su exposición de motivos, surgió el Decreto 3215/1982, de 12 de noviembre, que dio nueva redacción al artículo 91, 1, del Reglamento Hipotecario en los siguientes términos:

«Cualquiera que sea el régimen económico del matrimonio, para la inscripción del acto de disposición que recaiga sobre inmueble que constituya la vivienda habitual de la familia, deberá constar el consentimiento del otro cónyuge, a no ser que se justifique que no tiene tal carácter o que el disponente lo manifestare así.»

Dado lo confuso de este precepto, con el que no se mejora en nada la defensa del interés familiar, el mismo ha sido nuevamente redactado por obra del Decreto 2388/1984, de 10 de octubre, que, aunque en el fondo sigue defendiendo la misma tesis, lo mejora notablemente.

Dice actualmente el artículo 91, 1, del Reglamento Hipotecario:

«Cuando la ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, 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.»

(61) En esta materia, consúltase CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B.: *Comentarios a la legislación hipotecaria*, vol. II, Aranzadi, Pamplona 1983, págs. 290 y ss.

El artículo 91, párrafo 1, en su redacción de 1982, planteaba un serio problema, pues exigía que constara el consentimiento del otro cónyuge, no mencionando para nada la posibilidad de que el consentimiento del cónyuge fuera suplido por una autorización judicial, silencio que podía acarrear dificultades a la hora de practicar la inscripción en tales supuestos. Hoy día este problema no existe al no exigirse en el Reglamento Hipotecario (art. 91) que conste dicho consentimiento.

Por otra parte, el antiguo artículo 91, 1, del Reglamento Hipotecario parecía equiparar el consentimiento del cónyuge no disponente con la justificación o declaración del disponente de que el inmueble no constituía vivienda habitual. La nueva redacción, en cambio, no plantea la posibilidad de semejante equiparación, ya que no exige la constancia del consentimiento del otro cónyuge, ni tampoco habla de justificación, lo que no le hace merecedor de la crítica que se hacía al antiguo precepto de que en lugar de justificación hubiera debido hablar de prueba.

Además, en la antigua norma no se decía nada acerca del carácter privativo de los bienes, en cambio hoy día se alude expresamente a tal carácter al decir el actual artículo 91, 1, «vivienda perteneciente a uno solo de los cónyuges».

La nueva redacción del artículo 91 ha solucionado un problema más, pues anteriormente no se determinaba cómo debía de hacerse la declaración sobre el no carácter de vivienda habitual familiar, mientras que ahora al decir «que el disponente manifiesta en la escritura aquel carácter», queda claro que ha de hacerse en la escritura en la que conste el acto de disposición sobre la vivienda.

Pero, aunque han sido muchos los problemas que se han solucionado con la nueva redacción, aún quedan varios por resolver. Así, cabe destacar que tanto antes como ahora, en el artículo 91, 1, del Reglamento Hipotecario parece existir una presunción *iuris tantum* sobre el carácter de vivienda familiar de un inmueble que pertenezca a una persona casada, y que se destruye por la declaración contraria del disponente.

En cuanto al momento en que es relevante el carácter de vivienda familiar del inmueble, éste será el del acto dispositivo, independientemente de su destino posterior.

Cabe que nos preguntemos qué sucederá si al Registro llega un acto de disposición que se inscribe en base a una declaración falsa o errónea del disponente. En este caso habrá que tener en cuenta que el artículo 33 de la Ley Hipotecaria dispone que la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes.

3. CONSTANCIA REGISTRAL DEL CARÁCTER FAMILIAR DE LA VIVIENDA

La Recomendación del Consejo de Europa (81)15 de 16 de octubre de 1981 propugna un sistema de registración del carácter familiar de la vivienda que pueda ser oponible a terceros.

No obstante, en el Derecho español tal constancia registral no tiene lugar en los supuestos de normalidad más que indirectamente, cuando en nota marginal se hace constar la resolución judicial que fija el domicilio conyugal (art. 70 CC), si bien sí tiene lugar en las hipótesis de crisis matrimonial de derecho, y cuando la vivienda familiar ha sido adquirida mediante precio o contraprestación en parte ganancial y en parte privativo (art. 1.354 CC), o de vivienda comprada a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad de gananciales y no pagada por completo (art. 1.357 CC) (62).

MARÍA CARCABA FERNÁNDEZ

Doctora en Derecho
Profesora de Derecho Civil
Facultad de Derecho
Universidad de Oviedo

(62) Vid. más ampliamente GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, J.: *loc. cit.*, págs. 136 y 165.