

Las consecuencias registrales de la separación matrimonial y del divorcio: El uso de la vivienda conyugal

SUMARIO: *Introducción. Ambito legal.*—I. *Efectos provisionales:* 1. Anotación preventiva de demanda. Presupuestos. 2. Anotación de demanda por atribución del uso provisional de la vivienda a un solo cónyuge. 3. Revocación de poderes. II. *Efectos definitivos:* 1. Título inscribible: a) Sentencia aprobatoria del convenio regulador. b) Sentencia reguladora de la separación o el divorcio. 2. Atribución del uso exclusivo de la vivienda y ajuar familiar: a) Derecho comparado. b) Posición doctrinal. c) Concepto de este derecho real. 3. La pensión. 4. Supuestos del artículo 99 del Código Civil.—*Bibliografía.*

Las reformas que en el ámbito del Derecho de familia han supuesto las Leyes de 13 de mayo y 7 de julio, ambas de 1981, han originado cambios sustanciales en la economía familiar, tanto en una situación de normalidad como en un supuesto de conflicto conyugal.

El objeto de estudio del presente trabajo es analizar las consecuencias registrales que pueden derivarse de los autos y las sentencias dictadas en un proceso de separación o divorcio, según nuestra legislación vigente.

Como marco de estudio deben citarse los artículos 90, 96, 97, 99, 101, 102, 103, 104 y 106 del Código Civil, así como el artículo 91 del Reglamento Hipotecario, que fue modificado primeramente por el Real Decreto de 12 de noviembre de 1982 y posteriormente de nuevo redactado por el Real Decreto de 10 de octubre de 1984.

Para una mayor claridad en la exposición distinguiremos entre efectos provisionales y efectos definitivos de las resoluciones judiciales dictadas en estas materias.

I. EFECTOS PROVISIONALES

Por efecto provisional en este trabajo debemos entender aquellas medidas que, con posibilidad de acceso al Registro de la Propiedad, pueden adoptarse como consecuencia de haberse iniciado un proceso de separación o divorcio y que durarán lo mismo que dure su tramitación.

1. *Anotación preventiva de demanda. Presupuestos*

Tanto de los artículos 102 y 104 del Código Civil, como de la Disposición Adicional novena de la Ley de 7 de julio de 1981, se deriva la posibilidad de la anotación preventiva de la demanda interpuesta con el efecto de obtener alguno de los pronunciamientos de separación o divorcio.

Debe hacerse notar, en primer lugar, que todos estos preceptos califican la anotación preventiva de potestativa y siempre a instancia de parte. La razón es que estas demandas no siempre afectarán a bienes inmuebles o derechos reales inscritos, único soporte que permitiría que accedan al Registro de la Propiedad, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 1 y 42, 1, de la Ley Hipotecaria.

Por tanto, y sin perjuicio de lo que inmediatamente se expondrá, esta anotación preventiva de la demanda de separación o divorcio, con carácter general, sólo tendrá lugar cuando en su fondo, además de pedirse la declaración de aquella situación, se demande alguno de los supuestos previstos en el artículo 42, 1, de la Ley Hipotecaria y que sean congruentes con la demanda y la competencia del Juzgado.

Esta misma anotación preventiva está prevista en los artículos 1.436 del Código Civil, en relación con el 1.435, 3.º, y 1.393 también del Código Civil; pero es en los trabajos sobre la extinción de la sociedad de gananciales donde deben analizarse.

La función general de esta anotación preventiva de separación o divorcio es la misma a toda anotación preventiva de demanda, es decir, «hacer posible el acceso al Registro de los actos registrales emanados del fallo que haya dado lugar a la demanda anotada, sin que puedan impedirlo o condicionarlo los actos registrados a favor de adquirentes en virtud de títulos de fecha posterior a la de la anotación, y que no se deriven de asientos que gocen de prelación sobre el de la anotación misma».

2. *Anotación de demanda por atribución del uso provisional de la vivienda a un solo cónyuge*

De todas las medidas provisionales a que se refiere el artículo 103 del Código Civil, hay una que en la generalidad de los casos afectará a in-

muebles (puede haber alguna excepción, como en los supuestos en los que los cónyuges no tengan vivienda o ésta no lo sea a título legal válido), pero que no siempre tendrá acceso registral: me refiero a la atribución provisional del uso de la vivienda conyugal objeto del ajuar al cónyuge no titular de la misma, según la regla 2.^a del citado artículo 103 del Código Civil.

Este uso provisional de la vivienda conyugal sólo podrá ser objeto de anotación preventiva cuando dicha vivienda se hubiese constituido en base a un título que fuese inscribible y que hubiese sido previamente inscrito en el Registro de la Propiedad.

Sólo en estos casos en los que la vivienda que constituye el hogar conyugal, se basa en un título de dominio o de algún derecho real idóneo o de, aunque sea excepcionalísimo, un arrendamiento inscrito al amparo del artículo 2.º, 5, de la Ley Hipotecaria, la atribución del uso provisional de la misma podrá ser objeto de anotación preventiva. Cualquier otro caso, como los de relaciones posesorias, arrendamientos no inscritos u otras figuras que traigan su causa en una relación crediticia, quedarán excluidos de esta anotación preventiva.

Es entonces cuando, porque se refiere a un inmueble o a un derecho real inscrito y porque se produce una modificación jurídico-real provisional, que puede convertirse en definitiva, que tenemos las bases suficientes para poder pedir que se ordene la anotación preventiva de demanda.

3. *Revocación de poderes*

Otro efecto específico, de carácter registral, englobado dentro de las medidas provisionales por demandas de separación y divorcio, es el prevenido en el artículo 102, 2, del Código Civil, al determinar la revocación de los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro.

Pero esta medida no es objeto de anotación preventiva, ya que, según el artículo 106, 2, del Código Civil, tal revocación se entiende siempre definitiva, por lo que su constatación registral idónea es el asiento de cancelación, la cual deberá practicarse en el Registro Mercantil y no en el de la Propiedad, pues es en aquel Registro donde, para actuaciones mercantiles entre cónyuges, se habrán inscrito tales poderes y consentimientos. Por esto, la referencia al Registro Mercantil del artículo 102 del Código Civil es totalmente correcta.

II. EFECTOS DEFINITIVOS

Nos referiremos aquí a aquellas situaciones jurídicas que, creadas al amparo de la resolución judicial que pone fin a la situación del conflicto familiar, y sin perjuicio de su temporalidad en alguno o todos los casos, cualitativamente son estables y no litigiosas.

Estas situaciones van a estar recogidas en la sentencia de separación o divorcio, pero para una mayor claridad distinguiremos:

a) Supuestos de un proceso en que las partes han actuado de mutuo acuerdo y, por tanto, han aportado para la aprobación judicial el convenio regulador, a que se refiere el artículo 90 del Código Civil, y el Juez lo aprueba.

b) Supuestos en los que las partes no lo aportan, siendo el Juez quien toma las decisiones, así como el caso en el que habiendo aportado las partes un convenio, el Juez no lo aprueba y, finalmente, es él quien decide directamente.

El final de un proceso por causa de separación o divorcio siempre será el mismo: la sentencia judicial declarativa o no de aquella situación y, como consecuencia de ello, aprobando el convenio propuesto por las partes o determinando el Juez las medidas que se recogen en los artículos 96 y 97 del Código Civil.

Veremos, en primer lugar, cuál es el título inscribible en estos casos y después las posibles constataciones registrales de los acuerdos adoptados en el convenio regulador de la separación o divorcio, así como de las medidas fijadas por la sentencia, en orden todo ello a la atribución en exclusiva del uso de la vivienda conyugal, del posible acceso registral de la pensión y sus posibles formas de pago, previstas en el artículo 99 del Código Civil.

1. *Título inscribible*

Hay que distinguir según haya o no convenio regulador aprobado por el Juez.

a) Sentencia que aprueba el convenio propuesto por las partes.

Partiendo de la premisa que el artículo 3.º de la Ley Hipotecaria da plena efectividad, en cuanto al título inscribible, al documento judicial, esta afirmación hay que entenderla en su aspecto formal, y siempre que el acto que, siendo registrable, contenga sea perfecto.

Creo que esto no se produce en las sentencias de separación y divorcio, cuando al aprobar un convenio se recoge la creación, modificación, transmisión o extinción de un derecho real inscrito.

En efecto, esto es así porque al crearse la modificación jurídico-real en el convenio recibe su autenticación en la sentencia; pero todo ello sólo referido al concepto «título» en su aspecto sustantivo. Esta modificación ha nacido directamente de la voluntad de las partes en estos procesos y de la autoridad judicial; a través de su sentencia recibe su aprobación. Por ello, en la sentencia sólo tenemos declaraciones de voluntad creadoras y homologadoras, y de conformidad con los artículos 609 y 1.095 del Código Civil, que sientan la teoría del título y modo en orden a la adquisición derivativa de los derechos reales, faltará el «modo» o entrega que efectúe esta adquisición.

Si no es así, no tendría sentido que el propio artículo 90 del Código Civil dijese que «desde la aprobación judicial podrán hacerse efectivas por la vía de apremio».

Si la sentencia que aprueba un convenio fuese un acto perfecto en orden a la constitución o transmisión de los derechos reales no necesitaría de esta vía de apremio para su efectividad, pues el derecho real estaría ya creado y atribuido o simplemente transmitido al nuevo titular. El artículo 90 del Código Civil dice eso precisamente porque la sentencia actúa de soporte legal al convenio aprobándolo, con lo que se cumple el requisito del título; falta, por tanto, el modo, por lo que el acto transmissivo no es completo y, en consecuencia, la sentencia no se inscribe.

El sistema más completo y ágil para cumplir con el requisito de la tradición será el otorgamiento de la escritura pública, en la que las partes entreguen aquello de que dispusieron en el convenio, aprobado ya, cumpliéndose así los requisitos formales y materiales de la transmisión de los derechos reales, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.462, 2, del Código Civil.

Caso de que, y a pesar de estar en un proceso consensuado, el titular actual del derecho real, no obstante su convenio y posterior sentencia, no la cumpliera, la otra parte, en vía de apremio, podrá pedir que se la compela a ello, y en su rebeldía, el Juez podrá otorgarla de oficio en su nombre, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.514, 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En síntesis, a pesar de que el documento judicial es un título perfectamente inscribible, en estos casos de separación o divorcio la función de la sentencia que aprueba un convenio recae sólo sobre las declaraciones de voluntad de las partes para evitar acuerdos lesivos o perjudiciales que desvirtúen la función reguladora de la nueva situación «familiar», pero

nunca tiene una función de ejecución o realización de estos acuerdos. Ello deberá hacerse en una actuación posterior, la cual, para cumplir los requisitos formales y sustantivos de la tradición, deberá ser la escritura pública.

b) Sentencia reguladora per se de la separación o el divorcio.

La problemática expuesta anteriormente se agrava más en el caso en que por falta de convenio o porque habiéndolo el Juez no lo aprueba; es la sentencia la que establece las consecuencias patrimoniales de la separación o divorcio. Es realmente el título de, a nuestros efectos, las modificaciones jurídico-reales.

Pero a partir de ahí, las diferencias son totales. Efectivamente, la sentencia es título de las situaciones que se «constituyen» por ella. Y se hace un especial énfasis en esta palabra «constituyen» porque en defecto de una declaración de voluntad de las partes, la Ley determina, constituyendo la nueva situación, los efectos y el juzgador se limita a aplicar la Ley.

Claramente dice el artículo 96 del Código Civil que «en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda... corresponde a...». Es la Ley la que toma la decisión. En estos casos, las situaciones nacen de la Ley, «constituyéndose» por la sentencia, por lo que escapan a la teoría del título y modo.

En el caso del epígrafe anterior estamos en presencia de una sentencia declarativa, limitada a constatar una situación y sus consecuencias, creadas por las partes, las cuales son impulsoras de aquélla y reglamentadoras de éstas.

En este caso estamos frente a una sentencia constitutiva, respecto de la cual las partes sólo actúan como impulso; la función reglamentaria es de la Ley a través de la sentencia. Por ello, la Disposición Transitoria novena, 2, de la Ley de 7 de julio de 1981 declara inscribibles estas sentencias constitutivas a petición de parte.

La razón por la que en el primer caso la sentencia no es directamente inscribible como título único (estamos en presencia de un supuesto de título complejo) y en éste sí queda dicha: en aquel acto registrable nace directamente de la voluntad de los sujetos, y en éste, de la sentencia que aplica el régimen legal por defecto del voluntario. Además, por último, debe tenerse en cuenta que la previsión de la vía de apremio del artículo 90 del Código Civil no está recogida ni en el artículo 96 ni en el 97, ambos del Código Civil.

2. Atribución del uso exclusivo de la vivienda y ajuar familiar

La problemática registral de este enunciado sólo se planteará cuando se atribuya tal uso a uno de los cónyuges que no sea titular de la vivienda,

ya que, en este caso, se necesitará determinar la naturaleza jurídica de tal uso para ver si es inscribible o no.

En los demás casos, el uso de la vivienda conyugal frente a terceros estará amparado, además de por la sentencia de separación o divorcio, por el correspondiente título legítimo.

Si la vivienda conyugal, perteneciendo a uno solo de los cónyuges, por el convenio aprobado judicialmente o por la sentencia es atribuida en uso exclusivo, de conformidad con los artículos 90, B), y 96 del Código Civil, al otro cónyuge, ¿accede al Registro de la Propiedad este uso para que así el cónyuge no titular usuario de este bien goce de su protección? La respuesta dependerá de cuál sea la naturaleza jurídica que a tal uso se otorgue.

Veamos, en primer lugar, cuáles son las soluciones en el ámbito del Derecho comparado y después la posición doctrinal que se propugna.

a) Derecho comparado:

— DERECHO ALEMAN:

La materia objeto de este estudio se halla regulada en ese Ordenamiento jurídico en la «Verordnung über die Behandlung der Ehewohnung und des Nationalrats (Sechste Durchführungsverordnung zum Ehegesetz)» de 21 de octubre de 1944 (modificada por última vez el 3 de diciembre de 1976).

El régimen legal que se establece está basado en la voluntad de las partes. En defecto de ella se establece un arbitrio de equidad determinado por el Juez que conoce de la cuestión.

Prescindiendo de las cuestiones no relevantes en orden a este trabajo, la atribución en uso exclusivo de la vivienda conyugal al cónyuge no titular sólo puede darse cuando, en caso contrario, suponga para este cónyuge no propietario una excesiva dureza no equitativa («unbillige Härte»), siendo la solución adaptada por este Ordenamiento jurídico, como caso extremo, la constitución de un arrendamiento oneroso sobre la vivienda propiedad del cónyuge no usuario y en favor del cónyuge no titular.

— DERECHO FRANCES:

El Código Civil francés, después de recoger en el artículo 255 la posibilidad de que el Juez, como medida provisional, pueda atribuir a uno de los esposos o repartirlo entre ellos el goce de la vivienda y del mobiliario doméstico, dice en su artículo 285:

«Si el local que sirve de vivienda a la familia pertenece en propiedad o personalmente a uno de los esposos, el Juez puede cederlo en arrendamiento al otro esposo:

1) Cuando la guarda de uno o varios hijos le hubiese sido confiada a aquél.

2) Cuando el divorcio se hubiere decretado a solicitud del esposo propietario por ruptura de la vida común.

En el caso previsto en el número 1 citado, el Juez fijará la duración del arrendamiento, pudiendo renovarlo hasta la mayor edad del más joven de los hijos.

En el caso previsto en el número 2) no se podrá conceder el arrendamiento por una duración superior a nueve años, pero se puede prolongar por una nueva decisión. Se extinguirá de pleno derecho en caso de nuevo matrimonio de aquel a quien se le ha concedido, así como si viviera en estado de concubinato notorio. En todo caso, el Juez puede rescindir el arrendamiento si nuevas circunstancias lo justifican.»

— DERECHO BELGA:

El Código Civil belga, al respecto, dispone en su artículo 1.447:

«Cuando el régimen legal termine por divorcio, separación de cuerpos o separación de bienes, cada uno de los esposos podrá pedir al Tribunal, en el curso de las operaciones de liquidación, que aplique en su favor las disposiciones previstas en el artículo 1.446.

El Tribunal resolverá considerando los intereses sociales y familiares en causa y de los derechos de compensación o de crédito en favor del otro esposo. El Tribunal determinará la fecha de exigibilidad del pago de la diferencia que eventualmente pueda resultar.»

Artículo 1.446:

«Cuando el régimen legal termine por la muerte de uno de los esposos, el cónyuge superviviente tendrá preferencia, mediante pago de la diferencia si hubiere lugar, al inmueble donde habite la familia con los muebles respectivos, y al inmueble

donde ejerza su profesión con los muebles de uso personal correspondientes.»

— DERECHO PORTUGUES:

Artículo 1.793 (domicilio familiar):

«1. El Tribunal puede dar en arrendamiento a cualquiera de los cónyuges y a su petición la casa-vivienda de la familia, bien sea ésta común, bien sea propia del otro, en consideración a las necesidades de cada uno de los cónyuges y a los intereses de los hijos.

2. El arrendamiento previsto en el número anterior queda sujeto a las reglas del arrendamiento de inmuebles, pero el Tribunal puede determinar las condiciones del contrato, oídos los cónyuges, y hacer caducar el arrendamiento, a requerimiento del propietario, cuando las circunstancias lo justifiquen.»

— DERECHO ITALIANO:

Artículo 155 del Código Civil. Pronunciamiento relativo a los hijos. Párrafo cuarto:

«La habitación de la casa familiar corresponde con preferencia, y cuando sea posible, al cónyuge al que se hayan confiado los hijos.»

— DERECHO INGLES:

El régimen legal de esta materia está regulado en la «Matrimonial Homes Act 1983», que refunde en un solo texto la anterior acta, con igual nombre, de 1967 y otras de aspectos paralelos.

En ella se reconoce un derecho personal atribuido al cónyuge no titular de la vivienda, en el instante de la celebración del matrimonio y por esa causa, que le legitima en su permanencia en la casa durante el matrimonio, y que también le legitima para quedarse en ella, en los casos de separación y divorcio, cuando no recaiga sobre sí la declaración de culpabilidad. Tal derecho se declara registral.

El antecedente de la «Matrimonial Homes Act 1967» fue la sentencia dictada por la «House of Lords» en la causa «National Provincial Bank, Ltd. v. Ainsworth» (1965), la cual declaró que el derecho de la esposa

no culpable a permanecer en la vivienda familiar, en casos de divorcio, es *in personam*, y como en tal sentencia, por la existencia de derechos de terceros más fuertes, la esposa tuvo que abandonarla; para remediarlo, la citada Acta de 1967 reforzó este derecho del cónyuge no titular y no culpable atribuyéndole el carácter de *charge*, y lo declaró inscribible en el Registro de la Propiedad.

En este mismo sentido, los pronunciamientos de la sentencia dictada en la causa «Gurasz v. Gurasz», 1969, por la «Court of Appeal».

b) Posición doctrinal:

Este es un punto en el que la doctrina española se muestra mayoritariamente de acuerdo en la misma opinión: el cónyuge no titular de la vivienda al que se le asigna el uso de la misma y los muebles del ajuar que están en ésta es un poseedor legítimo de estos bienes, con carácter exclusivo y dotado de los medios de defensa típicos de la posesión.

Es cierto que el cónyuge no titular goza del *ius possidendi* de la vivienda habitual, pero también es cierto que esta posesión puede ser todo de lo que sea titular el cónyuge usuario o puede ser la apariencia externa y primaria de algo más que, por supuesto, legítima tal posesión.

Mi opinión va en esta dirección, al entender que el cónyuge no titular y usuario de la vivienda familiar es titular de algo más, que implica una posesión legítima, pero que esta posesión no agota el tema. Creo que es titular de un derecho real, con todas sus características y, por ello, con la más relevante a efectos de este estudio: es inscribible en el Registro de la Propiedad.

Dos son básicamente las razones para ello: una de orden conceptual y otra en orden a su protección.

Primera razón. Conceptualmente, el uso de la vivienda al cónyuge no titular le viene atribuido o bien por un convenio entre él y el titular de la vivienda o bien por una sentencia.

En el primer caso no hay problema, ya que las partes, en base al principio de la autonomía de la voluntad, pueden perfectamente configurarlo como un derecho real.

En el segundo caso, la sentencia dictada por el Juez, aplicando el artículo 96 del Código Civil, determina cuál de los cónyuges «continúa» en el uso de la vivienda en consideración a los hijos, como fundamento básico para lograr, como indica la propia Exposición de Motivos del texto legal, «... la protección de los hijos..., que la reforma ha tomado como eje y presupuesto de la misma».

Materialmente, la situación no ha variado en mucho, sólo lo indispensable: los hijos y uno de sus padres, aquel en cuya guarda están, «conti-

núan» viviendo en el mismo hogar y, por ello, poseyendo lo mismo que antes.

Formalmente, sí ha variado algo más: aquel de los padres que «continúa» en el hogar familiar, en consideración a sus hijos, ya no está ahí por su derecho-deber de convivir con su cónyuge. Lo hace porque la Ley lo determina así, y la Ley, aplicada en la sentencia, le atribuye un auténtico derecho real.

En efecto, el título que le otorga la sentencia, aplicando el artículo 96 del Código Civil, es:

1. Es un poder jurídico.
2. Recae directamente sobre una cosa ajena.
3. Es inmediato en ella, sin necesidad de intermediario.
4. Es oponible frente a todos, y,

evidentemente, vistas estas características hemos de concluir que este título configura un derecho real de goce en cosa ajena.

Por otro lado, hay que tener en cuenta el último párrafo del artículo 96 del Código Civil, que establece la necesidad del «consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial» para realizar actos dispositivos sobre esta vivienda. Esto es así porque de este modo se reconstruye la propiedad plena de la vivienda para disponer legítimamente de ella.

Segunda razón. Desde el punto de vista de su protección, todos los enunciados que hace la Exposición de Motivos del texto de la reforma quedarían vacíos si consideramos al cónyuge usuario no titular de la vivienda como un mero poseedor, pues sería demasiado fácil burlarlos.

En ese caso, efectivamente goza de toda la protección institucional del poseedor, pero va a serle insuficiente para contrarrestar un acto dispositivo del titular no usuario hacia un tercero cuya buena fe debemos presumir. Como mero poseedor, por el artículo 5.º de la Ley Hipotecaria (y no se encuentra precepto alguno que modifique su contenido para los casos de separación o divorcio en particular) no puede inscribir su título y por ello no gozará de la protección del Registro de la Propiedad, lo cual dificultará en extremo la oponibilidad de su título.

En cambio, considerándolo titular de un derecho real, su título es inscribible y, una vez inscrito, aunque el titular de la vivienda realice un acto dispositivo, ilegalmente, por supuesto, en base al artículo 96 del Código Civil, pero enormemente favorecido por el artículo 91 del Reglamento Hipotecario, su derecho va a persistir y el tercer adquirente, aunque realmente ignorase estas circunstancias, se verá afectado por ellas, pues impedirán el acceso al Registro de la Propiedad de este acto dispo-

sitivo, ya que al ser calificado emanará del Registro la condición de vivienda habitual con uso atribuido en exclusiva a uno de los cónyuges, lo cual hará entrar inmediatamente en juego, y de oficio, el artículo 96 del Código Civil produciendo un cierre del Registro para este acto dispositivo.

c) Concepto de este derecho real:

El problema que plantea este apartado se resume en resolver la cuestión de la posible tipicidad de este derecho al uso exclusivo de la vivienda conyugal por parte del no titular.

En mi opinión, y salvando alguna pequeña diferencia en la estructura típica del Código Civil, es fácilmente subsumible en el derecho real de habitación, definido en el artículo 524, 2, del Código Civil.

Las semejanzas son evidentes:

Conceptualmente, ambos derechos lo son a ocupar casas ajenas.

Funcionalmente, porque ambos existen en consideración a las necesidades, y precisamente para satisfacerlas, de una familia, tomándose en consideración a todos los sujetos que se beneficiarán del derecho. Por ello, ambos derechos son eminentemente personalísimos.

Las diferencias que puedan encontrarse, especialmente en orden a la extensión material de la ocupación, entre el derecho real de habitación y el de uso exclusivo de la vivienda conyugal no son tan relevantes como para que autoricen a propugnar la existencia de un nuevo tipo de derecho real.

Un último argumento hemos de tener en cuenta. El artículo 1.407 del Código Civil, para los casos de la disolución de la sociedad de gananciales por muerte de uno de los cónyuges, otorga al otro la opción entre la propiedad de la vivienda habitual o la constitución sobre ella de un derecho de habitación (ya que la referencia al derecho de uso, que también cita, debe entenderse para el caso del núm. 3 del art. 1.406 del Código Civil, por ser una cosa fructífera).

La posición del Código Civil es clara: no es extraño a él la existencia de un derecho real de habitación sobre la vivienda conyugal. El supuesto que prevé el artículo 1.407 del Código Civil no es idéntico al que se está analizando, pero sí da una indicación de la intención del legislador, a modo de interpretación auténtica.

3. *La pensión*

Del artículo 90, E, en relación al 97, ambos del Código Civil, se desprende que, en los casos allí previstos y por las consideraciones del

propio artículo 97, tanto el convenio de los cónyuges como la sentencia, fijarán la pensión que debe abonarse a uno de los cónyuges.

Esta obligación es netamente de carácter obligacional, por lo que su constatación registral está excluida.

No obstante ello, debe señalarse, sin perjuicio de lo que se verá en el epígrafe siguiente, que, más o menos directamente, tendrá una constatación registral cuando para su seguridad se establezca alguna garantía real.

Tanto por acuerdo de los cónyuges en el convenio como por decisión judicial directa en la sentencia, en uso de las facultades que prevén los últimos párrafos de los artículos 90 y 97 del Código Civil, puede fijarse una garantía real para la seguridad de la pensión.

Además de las generales posibles, la Ley Hipotecaria regula, en su artículo 157, la hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas. Es una garantía real específica para este tipo de obligaciones. Al inscribirse esta hipoteca en el Registro de la Propiedad por la necesidad de constatar la causa principal que la sustenta, la pensión tendría un acceso al Registro de la Propiedad.

4. *Supuestos del artículo 99 del Código Civil*

Del citado precepto, los cónyuges «en cualquier momento» pueden «sustituir» el pago de la pensión por la constitución de una renta vitalicia, un usufructo o la entrega de un capital en bienes o en dinero.

Si hoy un acuerdo en este sentido y se pacta o la transmisión de unos inmuebles o la constitución de un usufructo, ambos son actos claramente registrales, que de ordinario tendrán acceso al Registro de la Propiedad y que supondrá que de algún modo la pensión acceda con ellos, no directamente, como se dijo antes, sino indirectamente, al recogerse en la inscripción (en el caso en que se exprese esta causa en el negocio traslativo del dominio o constitutivo del usufructo) la causa **negocial** que fundamenta estas modificaciones jurídico-reales.

Debe, no obstante, plantearse un problema en este punto: hay pacto entre acreedor y deudor de la pensión para pagarla en una de las formas antes expuestas, y después de efectuada la **traslación** del derecho, el nuevo titular incurre en una de las causas de extinción de su derecho de pensión. Debe determinarse si tal transmisión podrá ser resuelta.

Si para hacer este pago se capitalizó la pensión, **estamos** en presencia de una novación de la relación obligacional, pactada voluntariamente, con **asunción por parte** de los sujetos de todas sus consecuencias. La relación obligatoria se extingue por el cumplimiento y nada más vincula eco-

nómicamente a acreedor y deudor, por lo que la conducta futura de aquél es irrelevante frente a ésta.

Entiendo que en este caso no cabe plantearse problema alguno en orden a su posible resolución.

Si, en el mismo caso, no hubo capitalización, parece ser que lo único que se modifica es la forma de pago, no la relación obligatoria en sí, por lo que la causa que sustenta ese pago sigue siendo la misma. No me parece muy arriesgado entender que, en estos casos, el acreedor goza de las acciones encaminadas a revocar esta transmisión siempre, por supuesto, que no hayan terceros adquirentes de buena fe. En todo caso, sí me parece bastante seguro admitir que esta acción revocatoria existirá cuando el adquirente, en estos casos del artículo 99 del Código Civil, actúe de mala fe, con o sin fraude para su transmitente.

ANTONIO ISAC AGUILAR

BIBLIOGRAFIA

- Compendio estadístico de la labor realizada por los órganos judiciales durante el cuatrienio 1981-1984*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1985.
- Memoria del Consejo General del Poder Judicial*, 1984.
- Ramón María ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, sexta edición, t. II, Bosch, Casa Editorial, S. A., Barcelona, 1968.
- Documentación Jurídica*, monográfico dedicado a la reforma española del Derecho de familia de 1981, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, números 33 al 35, enero-diciembre 1982, Madrid.
- Leonardo PRIETO CASTRO: *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Ed. Aranzadi, 1982.
- Luis Díez PICAZO: «La situación jurídica del matrimonio separado», *Revista de Derecho Notarial*, enero-marzo 1961.
- Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, t. II, arts. 42 al 107 del Código Civil, comentados por Gabriel GARCÍA CANTERO, segunda edición, Edersa, Madrid, 1982.
- Manuel AMORÓS GUARDIOLA y cols.: *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1984.
- José Luis LACRUZ BERDEJO y cols.: *El nuevo régimen de la familia*, vol. I, «Matrimonio y divorcio», Cuadernos Civitas, Madrid, 1982.
- José PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho Civil*, t. IV, segunda edición, Bosch, Casa Editorial, S. A., Barcelona, 1985.
- Etelvina VALLADARES: *Nulidad, separación, divorcio. Comentarios a la Ley de Reforma del Matrimonio*, Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1982.
- Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo título IV del libro primero del Código Civil*, coordinados por José Luis LACRUZ BERDEJO, Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1982.
- Cracknell's Law Students' Companion. Family Law*, second edition by M. D. A. FREEMAN, Ll. M., London, Butterworths, 1976.
- S. M. CRETNEY: *Principles of Family Law*, fourth edition, London, Sweet and Maxwell, 1984.
- P. M. BROMLEY: *Family Law*, sixth edition, London, Butterworths, 1981.