

RÉGIMEN JURÍDICO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN ARAGÓN

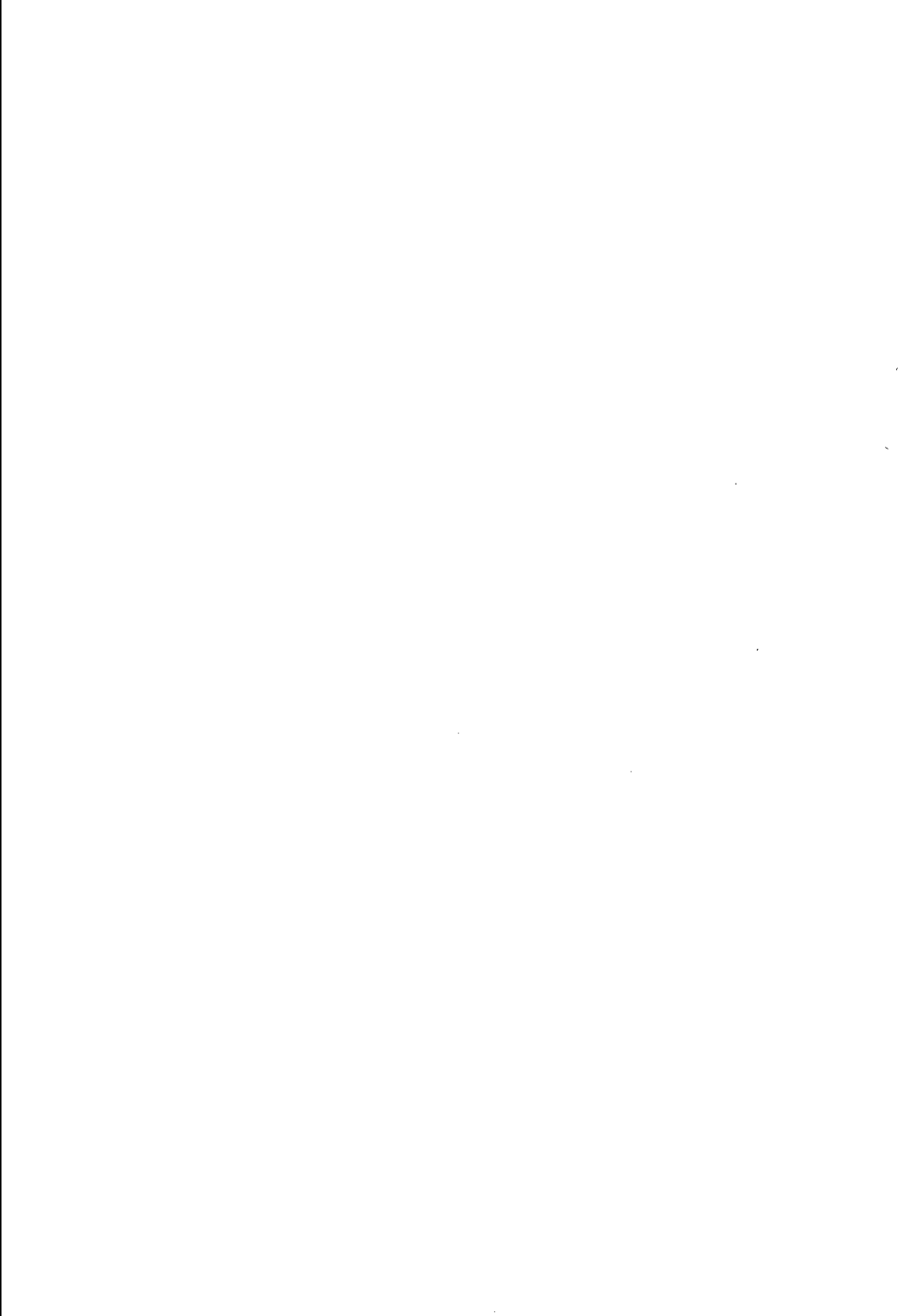
PONENTE:

D. Alfredo Sánchez-Rubio García
Abogado

COLABORADORES:

D. Gonzalo Gutiérrez Celma
Magistrado

D. Francisco Curiel Lorente
Registrador de la Propiedad



RÉGIMEN JURÍDICO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN ARAGÓN

por

D. Alfredo SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA (Ponente)

D. Gonzalo GUTIÉRREZ CELMA y D. Francisco CURIEL LORENTE (Colaboradores)

D. Alfredo Sánchez-Rubio García:

Los juristas que nos encontramos en este estrado, en la presentación de la ponencia sobre el régimen jurídico de la vivienda familiar en Aragón, queremos agradecer en primer término a la organización del Foro de Derecho Aragonés y, en particular, de estos Encuentros, el habernos confiado la redacción y la presentación de la misma, lo que nos constituye en una responsabilidad tanto mayor cuanto lo es el prestigio de quienes nos han precedido, no sólo este año sino en años anteriores, en el uso de la palabra y en la exposición de las ponencias anteriores de estos IV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés.

Siguiendo la amable indicación que nos hizo la organización, no vamos a utilizar el sistema de una exposición principal o más dilatada y dos exposiciones menores, sino una sola exposición, es decir, seguir el tema bajo un solo esquema que, en definitiva responde quizá un poco a las directrices que se habían elaborado para el presente año. Aunque escuchen exclusivamente mi voz, no piensen que quienes me acompañan aquí han sido simplemente, como dice el programa, colaboradores, creo que el trabajo es un trabajo colectivo y que para bien, o para mal, quizá mejor para bien es una obra de los tres, repito, aunque me haya correspondido a mí exponerla exclusivamente por estas razones que he manifestado.

SUMARIO

I.- Introducción. II. Derecho comparado. III. Régimen de la vivienda en situación normal del matrimonio. 1. Normas específicas de la Compilación. a) El consentimiento del art. 51 Comp. b) Renunciabilidad y apoderamiento 2. Actos sujetos. a) Enajenación. b) Actos de gravámen. c) En especial, la hipoteca. d) Otros actos. 3. Posición del tercero adquirente. IV. La vivienda familiar en las situaciones de crisis matrimonial. 1. Vivienda en propiedad. 2. Vivienda en arrendamiento. 3. Vivienda ocupada por liberalidad de su titular. V. Problemas comunes. 1. Consecuencias de la infracción. 2. Constancia registral. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.

I.- INTRODUCCIÓN.

El Código civil español que, como es sabido, carece de un tratamiento sistemático de la familia, tomó como objeto de regulación las dos relaciones coexistentes dentro del grupo familiar estricto: las conyugales y las paterno-filiales, inspirando su regulación -como no podía ser de otro modo- en el concepto tradicional de familia vigente a fines del XIX: organización monárquica del grupo, bajo la única autoridad del varón, que la ejercía también sobre su cónyuge, compensando el sometimiento de la esposa con la protección dispensada a la filiación legítima, que aseguraba los derechos de sus hijos frente a los posibles descendientes extramatrimoniales. Salvo modificaciones de detalle, la disciplina de las relaciones familiares ha permanecido asentada en estos mismos principios durante los tres primeros cuartos del S. XX, abriéndose paso luego dos igualaciones por demás justas: la de la mujer al varón en el matrimonio, y la de todos los hijos, sin acepción del marco legal en que fueron engendrados, principios que toman cuerpo en la Constitución vigente, y están en la génesis de las reformas del Código civil de 13 de mayo y 7 de julio del año 1.981.

Incorporado al derecho positivo el principio de igualdad de los cónyuges, las decisiones que antaño adoptaba uno de ellos pasan a ser competencia de ambos, y las restricciones que en mayor o menor medida comporta el matrimonio, dejan de recaer exclusivamente en la mujer para hacerlo igualitaria e indiscriminadamente sobre ambos cónyuges, sin acepción de sexo.

Y de este modo, por lo que aquí nos ocupa, la facultad de elegir el domicilio en que la convivencia matrimonial se desarrolla, deviene prerrogativa común de ambos esposos, según proclama el actual art. 70 C.c., de suerte que no sólo la primera decisión en este orden, sino toda otra que ulteriormente determine la mudanza de la sede familiar, en tanto afecta a dicha facultad, debe ser obra de ambos. El interés familiar, guía de la actuación de los cónyuges, al dictado del art. 67 C.c., y principio inspirador de la resolución judicial que el ya citado art. 70 C.c. previene para su caso, demanda en la sociedad de nuestros días que se asegure la continuidad de la familia en su hábitat, en el lugar en que desenvuelve su actividad, en suma, en el hogar familiar. La protección de este derecho al hogar se articula a través de normas tendentes a impedir que uno de los cónyuges, con su actuación individual y separada del otro, modifique el marco físico en que se desarrolla la vida familiar.

Cuando el régimen del matrimonio -cualquiera que sea- implica la existencia de bienes comunes, y se cuenta entre ellos el inmueble afectado, resulta evidente que los principios de coadministración y codisposición tutelan no sólo el interés económico de cada cónyuge, sino también el que se encuentra implicado en este derecho al hogar, por lo que tal situación no presenta aspectos de especial relevancia que la singularicen dentro del régimen de administración y disposición de los bienes comunes. El centro neurálgico del peculiar régimen que nos ocupa lo constituye el supuesto de hogar familiar instalado en vivienda en la que el derecho -dominical o no- que faculta para ocuparla es privativo, y ello tanto en situación matrimonial normal como en caso de crisis.

Que se trate de vivienda familiar y su disciplina la incluya el derecho positivo en el marco de las relaciones conyugales obliga a una primera precisión en la introducción del tema: aunque la extensión a las uniones de hecho de los problemas jurídico-familiares produce un rechazo instintivo a buen número de juristas, muy probablemente por la inseguridad del dato esencial, la propia convivencia *more uxorio*, resulta también innegable que las familias creadas al margen del matrimonio son, en la sociedad española actual y para la Constitución misma, una realidad que recaba en términos cada vez más

apremiantes la regulación legal de -al menos- alguna de sus facetas.

La filosofía que inspira la conocida frase de Napoleón sobre el trato adecuado a quienes se colocan al margen del derecho e, incluso, el escrupuloso respeto de la decisión de quienes deliberadamente rechazan para su unión las formalidades y normas del matrimonio y, en último término, la ya señalada inseguridad que impregna las situaciones de hecho, abiertas a la simulación y el fraude, resultan congruentes con un ordenamiento ignorante de tales relaciones personales, pero no es menos cierto que el olvido legal puede llegar a ser discriminatorio si la situación acaba por redundar en perjuicio de los derechos de los hijos nacidos de estas uniones, por el hecho de que tales familias no se ajusten a un modelo típico regulado en el Código civil.

En la Constitución vigente el derecho a contraer matrimonio y la igualdad dentro de él son, conforme al art. 32, derechos y deberes de los ciudadanos, y resulta adecuado a ello que su párrafo primero los proclame como derechos individuales, sin referencia alguna a la familia, aunque nadie dude que toda unión matrimonial da nacimiento a una familia. Por el contrario, del grupo familiar se ocupa el art. 39 que, iniciando nuevo y distinto Capítulo, incluye el mandato a los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, establece el principio de igualdad de los hijos y el deber de protección integral de todos ellos, no sólo sin referencia al matrimonio, sino con expresa mención de las madres solteras. Constitucional y sociológicamente, en consecuencia, las parejas no casadas con sus hijos constituyen también una familia, pese a la ausencia de vínculo matrimonial, y en ella no existen relaciones conyugales, pero sí paterno-filiales, debiendo ser estos hijos objeto de protección integral en todo igual a la que el ordenamiento brinda a los habidos en el seno del matrimonio. Pese a ello, los vigentes arts. 1.320 C.c. y 51 Comp., no permiten que en las familias de hecho uno de los progenitores convivientes pueda ejercer de derecho un control semejante al que aquellos preceptos confieren a los cónyuges sobre la decisión del progenitor titular de la vivienda. Y, en la medida que tal protección del derecho al hogar o a la continuidad en la vivienda familiar pueda ejercerse en beneficio de los hijos, a los no matrimoniales se les dispensa una protección menor.

Las relaciones conyugales son parte, pero no agotan las relaciones familiares, ni siquiera de la llamada familia nuclear; la lógica falta de identidad de la parte con el todo, determina que la protección del hogar familiar en el marco exclusivo de la conyugalidad acuse esta carencia.

Si hasta aquí llegaba la reflexión hasta poco tiempo atrás, el texto primeramente aprobado por el Congreso y, en especial, las reformas introducidas por el Senado en la nueva Ley de arrendamientos urbanos introducen un plus en la cuestión, por cuanto sus preceptos asimilan al matrimonio no sólo a la pareja heterosexual no casada, sino también la homosexual, comprendiendo ambas en la compleja descripción de los arts. 12.4, 16 y DT. 2º.7 de la nueva LAU que incluye a la persona conviviente con relación de afectividad análoga a la de cónyuge -términos ya recogidos para la adopción en la Ley de 11 de noviembre de 1.987- con independencia de su orientación sexual.

La presencia de hijos en el hogar familiar influye decisivamente en la nueva regulación, por cuanto la duración mínima de la relación que permite atribuir derechos al conviviente se establece en dos años, plazo que resulta innecesario de existir hijos comunes.

Dentro del marco de las relaciones conyugales, los criterios a que se acude para caracterizar la vivienda afectada por el especial régimen que nos ocupa conectan, no tanto con el art. 40 C.c., referido al domicilio individual de las personas, cuanto a los arts. 68 y 70 de mismo Código, esto es, con la convivencia matrimonial y la fijación dual del lugar en

que ésta se desarrolla. La primera concreción será consecuencia de advertir que la convivencia matrimonial tiene lugar, ocasionalmente, en lugares diversos, lo que obliga a limitar el objeto de protección a la vivienda que merezca el calificativo de habitual; una segunda objeción, que señala cómo en algunos casos las cualidades de familiar y habitual coinciden en más de una vivienda, se resuelve concluyendo que, según criterio que parece pacífico en la doctrina, todas ellas quedan sujetas.

La especial naturaleza del interés implicado parece configurar como sujeto colectivo de este derecho a la familia misma -en este sentido la STC 135/1.986-, atribuyendo la facultad de tutelarla al cónyuge no titular de la vivienda, estructura que pondrá de manifiesto desajustes en el régimen legal protector cuando se asimila al previsto en el derecho positivo para atender fines diferentes; ello da lugar, como veremos, a una normativa que presenta una protección incompleta en unos aspectos, y probablemente excesiva en otros, por la injustificada restricción que en ocasiones comporta.

La caracterización de una vivienda como habitual de la familia es una cuestión de hecho, y contingente: la que lo es hoy puede dejar de serlo mañana, y viceversa; de ahí la difícil constatación documental y registral de su condición. En contrapartida, la que nos ocupa es una circunstancia adornada de notoriedad en la inmensa mayoría de los casos, notoriedad para los cónyuges que habitan el inmueble y notoriedad para el tercero que despliegue una mínima actividad investigadora, examinando personalmente la vivienda. Estas circunstancias han inspirado severas críticas de algunos de los preceptos legales vigentes, como el segundo párrafo del art. 1.320 C.c. cuando considera que la manifestación del enajenante puede ser errónea, o lo que es igual, que alguien puede ignorar si aquella de la que dispone es su vivienda familiar; o que pueda calificarse de buena fe a quien, sin desplegar una diligencia mínima, adquiere una vivienda sin visitarla, fiando únicamente de la palabra de quien se la trasmite.

Como tantos otros derechos nacidos en el seno del Derecho de Familia, el que se atribuye para la tutela del derecho al hogar es personalísimo, insusceptible de tráfico, e inembargable y debe resaltarse, además, que el interés jurídico protegido es la continuidad o, si se quiere, la permanencia de la familia en el hogar -terminología más adecuada que la locución derecho de ocupación de la vivienda, según defendió ante los organismos internacionales CERDÁ GIMENO-, lo que revelará su trascendencia a la hora de tratar adecuadamente, como se hará en su lugar oportuno, la reacción del ordenamiento ante el desconocimiento de este derecho.

II.- DERECHO COMPARADO.

La protección del derecho al hogar es una conquista moderna en términos históricos, ya que no se abre paso hasta el presente siglo, cuando se asienta en los ordenamientos el matrimonio en pie de igualdad. Por ello, no cabe en puridad incluir un capítulo histórico del tema que nos ocupa, pero será de utilidad indagar su tratamiento en derecho comparado, y más si, como es sabido, el art. 1.320 C.c., está directamente inspirado en el art. 215 del Código civil francés.

Corresponde a la ley danesa de 18 de marzo de 1.925 el honor de ser la primera norma positiva que en derecho comparado estableció programáticamente el principio de igualdad esencial de los cónyuges (art. 1º), arbitrando la exigencia de consentimiento dual para la enajenación del inmueble que constituya hogar familiar o en el que uno de los cónyuges ejerza una actividad profesional, exigencia extensiva al arrendamiento, cuando con él se

impida el alojamiento de la familia o el ejercicio profesional citado.

Desde aquella fecha, se han multiplicado los preceptos que en los diferentes ordenamientos nacionales persiguen la protección del derecho al hogar, generalmente, como ha sucedido en nuestro derecho, tanto aragonés como del Código civil, a través de la reforma de antiguas disposiciones de los regímenes matrimoniales.

En el intento de esbozar panorámica y sucintamente el estado de la cuestión en las legislaciones extranjeras, es necesario considerar en capítulo aparte a los países del common law que, regidos en tantos aspectos por principios peculiares, en esta cuestión lo hacen por el de completa independencia económica de los cónyuges, y en tal medida que hasta no hace mucho tiempo hablar en Inglaterra de un régimen matrimonial resultaba extraño. Pese a todo, se debe a la labor de sus Tribunales -pieza esencial de su sistema- la orientación crecientemente favorable a garantizar la estabilidad familiar, abundando en ello las normas promulgadas en los países, provincias o territorios pertenecientes a este ámbito que se han decidido por dictar normas escritas en la materia.

En la práctica la solución se alcanza en muchos casos mediante la vivienda adquirida en régimen de copropiedad solidaria de los cónyuges -el pacto de sobrevivencia catalán- que determina su titularidad y gestión conjunta en vida y la consolidación de la propiedad exclusiva del supérstite al fallecimiento del otro, aunque el problema, allí como aquí, se plantea en relación con la vivienda familiar instalada en inmueble de propiedad exclusiva de uno de los cónyuges.

En las provincias canadienses de impronta británica, del propio modo que en Inglaterra, los Tribunales han reconocido al inmueble que sirve de hogar el carácter de bien familiar, y el derecho a ocuparlo al cónyuge no titular del mismo, pudiendo llegar a atribuirle su uso por decisión judicial dictada en procedimiento de separación o divorcio, según lo dispuesto en la Family Relations Act de 1978 en la Columbia Británica. Otros textos escritos, como la Family Law Reform Act de Ontario del mismo año 1978, o la Matrimonial Property Ordinance de los Territorios canadienses del Noroeste, de 1974, exigen consentimiento conjunto para los actos de enajenación y gravamen de la vivienda familiar, cualquiera que sea su propietario, régimen éste también vigente en California, uno de los ocho estados de la Unión Americana cuyo régimen legal es la sociedad de gananciales. En algunos otros, la protección del hogar familiar se procura, en lo posible, mediante su inclusión en el homestead, concepto expresivo de un patrimonio familiar que alcanza también la granja o explotación familiar, que es inembargable salvo por deudas asumidas en común por los cónyuges, a consecuencia de la ejecución de un derecho de garantía establecido también por voluntad de ambos, o por créditos refaccionarios.

Los países de régimen europeo continental, y de la mayoría de los países sudamericanos, se orientan en una de estas dos direcciones:

a) La de los que exigen consentimiento de ambos cónyuges para la enajenación y, en su caso, hipoteca de la vivienda y ajuar familiar, caso de Argentina, Brasil, Bélgica, Bulgaria, Dinamarca, Francia, Holanda, Noruega, Rumania y Suiza.

b) La de aquellos que, sin distinguir su destino, exigen consentimiento dual en la enajenación y gravamen de toda clase de inmuebles, sea comunes o privativos, como es el caso de Portugal, Suecia o Rusia.

Como resumen de este breve bosquejo, extrayendo de las regulaciones foráneas aquellos datos que pueden ser de utilidad para un eventual perfeccionamiento de nuestro sistema, será útil dejar constancia de las siguientes circunstancias:

1ª.- Que, generalmente, es preciso el consentimiento de ambos cónyuges no solo para los actos de enajenación, sino también para hipotecar el inmueble que constituye el hogar familiar. El Código holandés, el de regulación más pormenorizada -pues señala expresamente como afectados la casa de vacaciones e, incluso, la caravana automóvil, si efectivamente se utiliza por la familia- exige consentimiento de ambos cónyuges para los afianzamientos en favor de tercero, en cuanto de ellos puede nacer deuda que compromete la vivienda común.

2ª.- Que en varios ordenamientos no solo quedan sujetos al régimen de consentimiento concorde los actos relativos a la vivienda familiar, sino también al inmueble en el que alguno de los cónyuges, aunque no sea el titular privativo, ejerza su profesión.

3ª.- Que la cesión arrendaticia, se contempla expresamente como sujeta a este régimen especial, no sólo cuando recae sobre la vivienda familiar, sino cuando excede de un cierto número de años.

4ª.- Algunos Códigos se decantan por exigir el consentimiento del cónyuge no titular en forma expresa (Rumania), otros concretamente escrita (Finlandia y Suecia), e incluso la legislación sueca exige la intervención de testigos.

5ª.- Sin excepción apreciable, la falta del consentimiento exigido se resuelve, como en el Código civil, en la anulabilidad del acto dispositivo.

Los entes supranacionales europeos también se han ocupado de la cuestión. Además de diversas conferencias internacionales celebradas sobre el tema -vgr. Viena, 1.977- importa aquí mencionar la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa (núm. 15), de 16 de octubre de 1.981, fecha posterior, como es de ver, a la introducción en nuestro ordenamiento de la actual redacción del art. 1.320 C.c., que comprende ocho principios a los que recomienda acomodar la modificación de los ordenamientos nacionales de los Estados miembros para dispensar la protección adecuada al derecho al hogar. De entre ellos importa destacar el principio 3º, relativo al establecimiento de un sistema registral para la protección de terceros y el 4º, sobre el derecho del cónyuge viudo a continuar en el uso de la vivienda familiar.

III.- RÉGIMEN DE LA VIVIENDA EN SITUACIÓN NORMAL DEL MATRIMONIO.

La exposición del régimen positivo de la vivienda familiar suele acomodarse habitualmente a su distribución en dos capítulos: régimen normal del matrimonio y régimen en situaciones de crisis, bipartición que resulta mucho más acusada cuando, como en nuestro caso, el objeto de estudio es el régimen de la vivienda familiar en Aragón, toda vez que si se encuentra el matrimonio en situación no crítica es de aplicación la normativa específicamente aragonesa, mientras que las medidas previstas para los casos de conflicto conyugal son las prevenidas con alcance general y directo para toda España en los arts. 90 y ss. C.c. al encontrarse ubicadas dentro del Título IV de su Libro I.

1. Normas específicas de la Compilación.

Introducido por la reforma de 21 de mayo de 1.985 y, por ello, posterior en cuatro años a la promulgación del actual texto del art. 1.320 C.c., la Compilación aragonesa regula la

materia que nos ocupa en su art. 51, precepto que, tras sentar el principio de administración y disposición independiente de cada cónyuge sobre sus bienes propios, establece que para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual -o el mobiliario ordinario de la misma- o para sustraerlos al uso común, necesitará el consentimiento del otro cónyuge o, en su defecto, autorización judicial.

Aunque no existe en Aragón un precedente específico de esta norma, y el texto compilado de 1.967 no contenía precepto alguno que dispensase cobertura al derecho que nos ocupa, injusto sería olvidar que alguno de los anteriores proyectos la conseguían de forma indirecta. Así, el art. 13 del denominado Apéndice Primero al Código civil general, o Proyecto de Código civil de Aragón, de 1.899 establecía que

“los bienes sitios del marido, de la mujer y de la sociedad conyugal, no podrán ser enajenados, gravados ni hipotecados por acto intervivos, sino con el consentimiento expreso de ambos cónyuges”,

principio que recogió el primer Anteproyecto de Compilación, redactado por el Seminario en 1.961, al requerir su art. 115 acuerdo en la enajenación de los inmuebles comunes y asentimiento del otro en la de los propios, régimen, a su vez, incluido en el Anteproyecto de julio de 1.962, al que se añadió la posibilidad de suplir el asentimiento con la decisión del consejo de parientes aprobada judicialmente.

Resulta obligado, en primer término, averiguar la naturaleza y función de este precepto, pues su ubicación dentro de la Compilación pudiera mover a equívoco, ya que el art. 51 cierra la Sección 4ª del tratado del régimen matrimonial legal, dedicada, de acuerdo a su rúbrica, a la gestión de la comunidad, y ello puede inducir a pensar que el precepto es de aplicación únicamente al régimen matrimonial legal. Sin embargo, su simple lectura pone de manifiesto cómo las normas que incorpora antes que estar referidas a la gestión de la comunidad del régimen legal aragonés, lo están cabalmente a lo opuesto, ya que se encaminan a regular la gestión de los bienes propios de cada cónyuge, por lo que no será únicamente aplicable a la gestión de los privativos cuando el régimen matrimonial sea el de la sociedad conyugal tácita, sino que la norma posee las características que configuran las integrantes de un régimen matrimonial primario -naturaleza que, independientemente de su ubicación, concurre en otras normas contenidas en la Compilación, que ni constituyen ni forman parte, en sentido estricto, de un régimen matrimonial específico, siendo aplicables a las relaciones entre cónyuges en todos los casos en que existan en mayor o menor medida bienes propios o privativos de los mismos. De otra parte, según ya puso de manifiesto LACRUZ, el art. 36 Comp. no excluye la aplicabilidad de las normas incluidas en los artículos siguientes de la Compilación en caso de regirse el matrimonio por un régimen paccionado, pues el art. 23.2 del mismo Cuerpo legal prevé que tales normas sirvan para completar lo pactado, siempre que la naturaleza del régimen capitular establecido así lo permita.

La del art. 51 Comp. es la única norma aragonesa específica sobre la materia, pero hay que significar cómo sirve en Aragón, y en no escasa medida, al régimen de protección de la vivienda familiar en situación de normalidad matrimonial el instituto de la viudedad, manifestado en el usufructo viudal, al servir eficazmente para la continuidad del sobreviviente en la vivienda, aunque fuera de la propiedad exclusiva del premuerto, pues el usufructo resulta medio adecuado para ello. La viudedad, en su faceta de derecho expectante, aunque no la renuncie el cónyuge que la tiene atribuida, no sirve directamente a estos fines mientras viva el enajenante, pues al adquirente de la vivienda corresponde inmediatamente su posesión, sin perjuicio del usufructo, para el caso de que, en su momento, concurran las circunstancias de las que depende su efectividad.

De aplicación directa e inmediata en todo el territorio nacional, la legislación especial de arrendamientos urbanos, tanto la Ley de 24 de diciembre de 1.964 como la que entrará en vigor el 1º de enero de 1.995, protegen la continuidad de la familia en la vivienda arrendada, a través de las subrogaciones que ambas establecen en favor del cónyuge (art. 58 de la Ley de 1.964 y art. 16 de la nueva Ley, que incluye también al conviviente asimilado) e incluso de los hijos, haciéndolo la ley nueva con menor extensión que la que concluye su vigencia, y reduciendo el régimen de la antigua Ley para los contratos que subsistan tras el cambio normativo.

a) El consentimiento del art. 51 Comp.

El legislador aragonés siempre advirtió que la manifestación de voluntad del cónyuge no titular del derecho era, en el caso que nos ocupa, de distinta naturaleza que el consentimiento necesario para la enajenación de los bienes comunes; por eso el Anteproyecto de 1.961, antes citado, consignó el término asentimiento, y en la redacción del art. 51 Comp., puede advertirse que el cónyuge titular que dispone necesita el consentimiento del otro, lo que deja mucho más claro que en el texto del art. 1.320 C.c. (al exigir el consentimiento de ambos) que la intervención del cónyuge no titular es del tipo denominado asentimiento dado que, mediante ella, ni dispone de un derecho propio -que únicamente transmite o renuncia su titular- ni completa la capacidad del disponente -que es plenamente capaz- sino que cumple la función de autorizar o aprobar un acto o negocio dispositivo celebrado por el otro cónyuge, relativo a unos derechos que solo a él pertenecen. El consentimiento de cónyuge no titular del derecho objeto de disposición queda así, en el tenor literal del art. 51 Comp., en el distinto plano que le corresponde y que la locución empleada por el art. 1.320 C.c. no resalta.

Esta especial naturaleza del consentimiento del cónyuge no titular determina que no sea propiamente parte en el negocio dispositivo, de modo que en la eventual impugnación del mismo -por causa distinta a la falta de este consentimiento- no será preciso demandarle, ya que ni el éxito ni el fracaso de la acción impugnatoria le afecta.

Cuando el art. 1.322 C.c., sujeta a un régimen de anulabilidad tanto la falta de aquel consentimiento que es expresión del principio de codisposición de los bienes comunes como la omisión del que, en nuestro caso, es una facultad de control -importante, pero ajena- a la titularidad del derecho que se dispone, evidencia también aquí -como en el tenor literal del art. 1.320- la confusión de dos intervenciones que son en esencia distintas y que, como veremos más tarde, deben dar lugar a regímenes jurídicos también en parte diversos.

La prestación del consentimiento que nos ocupa admite -sin voz alguna en contrario- la manifestación expresa y la tácita, a diferencia del consentimiento expreso y formal -incluso ante testigos- que para el caso disponen alguno de los ordenamientos extranjeros, como quedó consignado en el precedente capítulo de derecho comparado.

b) Renunciabilidad y apoderamiento.

Las exigencias del tráfico motivan que, con frecuencia, el consentimiento conyugal se preste a virtud de apoderamientos genéricos, o sea objeto de renuncia anticipada, como ocurre a menudo con el expectante de viudedad; ello plantea en nuestro caso el problema de la admisibilidad de esta forma de ejercicio del consentimiento-asentimiento en la disposición de los derechos sobre la vivienda familiar habitual.

La postura que se adopte en la reflexión acerca de la finalidad última del régimen protector que nos ocupa influirá de forma decisiva en la conclusión que se alcance. Se trata, en definitiva, de determinar por qué, si los derechos en trance de disposición tienen un

solo y único titular, necesita éste la aprobación de su cónyuge para disponer de ellos.

Los argumentos expuestos por la doctrina se orientan, en general, por cifrar en el interés y estabilidad de la familia la justificación de que se atribuya al cónyuge no titular esta facultad de control ciertamente exorbitante en el régimen normal del dominio. Este interés familiar es, de una parte, difícil de prever por anticipado y, de otra, no siempre se agota en el interés individual del cónyuge al que se atribuye, como se pone especialmente de manifiesto cuando existen hijos residentes en el hogar familiar, en cuyo caso presenta más claramente los caracteres propios de una función o potestad familiar, cuyo correcto ejercicio exigirá la ponderación personal de las circunstancias concurrentes en cada caso por parte del cónyuge llamado a consentir.

Y es por ello que no parece admisible, desde luego, la renuncia de la facultad que confiere el precepto que nos ocupa, porque las funciones familiares son irrenunciables. En cuanto a su ejercicio mediante poder, recogiendo las opiniones más autorizadas, no cabe entender implícitamente incluida esta facultad en un apoderamiento general, requiriéndose que sea especial y, en ningún caso, irrevocable. De este modo, el consentimiento prestado por ambos cónyuges en escritura de capítulos matrimoniales no valdría como pacto estatutario: se valorarán como dos declaraciones unilaterales de voluntad, libremente revocables por sus respectivos autores, si bien la revocación de una quizá comporte la caducidad refleja de la otra.

Es preciso resaltar también que la práctica usual de conferir poder general, aunque comprensivo de esta específica facultad, para que el propio cónyuge preste el consentimiento, entrañará de hecho una auténtica renuncia pues en definitiva se hace concurrir en la misma persona dos posiciones incompatibles, en tanto que la facultad conferida a una de ellas tiene por finalidad precisamente controlar un acto de la otra. Parece, por todo ello, que la protección de la vivienda habitual de la familia hace recomendable que la decisión personal del llamado a prestar el consentimiento se realice con referencia a cada acto de disposición en particular.

2. Actos sujetos.

Entre los actos necesitados del consentimiento del cónyuge previsto en el art. 51 Comp., cabe considerar los siguientes:

a) Enajenación.

Sin lugar a dudas, la enajenación del derecho que permite la ocupación y disfrute de la vivienda familiar es el acto típicamente sujeto al régimen que nos ocupa.

Se han planteado como dudosos aquellos casos en los que la actividad del cónyuge titular se materializa en una omisión que implica dejación de oportunidades para mejorar la estabilidad familiar; más en concreto, se pone en cuestión si precisaría de consentimiento conyugal el no ejercicio del derecho de adquisición preferente del inmueble destinado a vivienda familiar, cuando concurren las circunstancias que lo hagan posible, generalmente en los casos en que la vivienda se ocupa en régimen de arrendamiento. La literalidad del precepto que nos ocupa, y su no aconsejable interpretación extensiva, propician como conclusión más segura que únicamente es de aplicación a los actos o negocios de disposición o renunciativos, y en ningún caso a omisiones, aunque con ellas se deje de obtener un beneficio para la familia, pues la normativa protectora de la vivienda familiar no impone al cónyuge titular la obligación de mejorar su derecho.

Ha merecido también atención especial en la doctrina, el supuesto de enajenación del

dominio con reserva de arrendamiento o de un derecho real de usufructo, que permitan a la familia continuar en el uso de la vivienda. Las opiniones se muestran divididas sobre la cuestión, pareciéndonos más convincente exigir el consentimiento en el primero de los casos, tanto porque enajenación y arrendamiento son negocios independientes, aunque se concluyan de forma simultánea, cuanto porque la posición del arrendatario es notablemente de menor entidad o consistencia que la de propietario y está potencialmente sujeta a una posible acción de desahucio. Por el contrario, en el supuesto de constitución de usufructo, habrá que atender las características del mismo, pues si plazo y condiciones en que se constituye resultan plenamente compatibles con la continuidad del uso de la vivienda por la familia, nada parece impedir tal constitución sin necesidad de intervención del cónyuge no titular, ya que la disposición de ese uso es lo sujeto a restricción, y no la de la nuda propiedad.

b) Actos de gravamen.

El tenor literal del art. 51 Comp., en términos idénticos a su paralelo en el Código civil, sujetan al régimen que nos ocupa “la disposición de los derechos sobre la vivienda habitual”, términos literales que pueden plantear duda, el menos en principio, en orden a si la restricción alcanza también a los actos de gravamen ya que, si bien es cierto que cuando el Código civil prohíbe, limita o sujeta a algún tipo de restricción la enajenación de determinados bienes, suele extenderla también a los actos de gravamen, no lo es menos que, cuando así ocurre, el texto legal se detiene en la mención expresa de uno y otro, y así, art. 166 C.c. habla de enajenar o gravar inmuebles de los hijos; el art. 186 C.c., en la regulación de la ausencia, impide al poseedor temporal de los bienes venderlos, gravarlos, hipotecarlos o darlos en prenda; el art. 271.21 C.c., en la tutela, cita los actos de enajenar o gravar bienes inmuebles, y el art. 323 C.c., sobre la capacidad del menor emancipado, hace llegar la restricción a gravar o enajenar bienes inmuebles. En suma, no deja al intérprete del texto legal en ninguno de los casos la tarea de inquirir la extensión de estos preceptos y, si de acuerdo con lo que resalta la doctrina, el régimen específico de la vivienda familiar es, para el caso en que los derechos sobre el inmueble pertenezcan a uno solo de los cónyuges, una restricción, una norma limitativa de los derechos del titular, que no debe ser interpretada extensivamente, es obvio que reclamará más acusadamente que aquellos casos, la fijación nominal de su alcance, porque mientras que en los casos antes citados se trata de disponer de derechos de ajena pertenencia - o de suplir un déficit de capacidad, en el art. 323 C.c. - aquí se trata de disponer sobre derechos propios.

Si el gravamen consiste en la constitución de un derecho real de usufructo en favor de tercero, el acto estará sujeto al régimen del art. 51 Comp., sin discusión posible, porque con ello se priva a la familia del uso de la vivienda, y por igual motivo también lo estará su cesión arrendaticia, pese a tratarse de un derecho no real. RAMS ALBESA estima muy acertadamente que la constitución de un derecho de habitación en favor de tercero, aunque por su extensión pueda compatibilizarse con la continuidad del uso familiar de la vivienda afectada deberá sujetarse al régimen que nos ocupa, a causa de la alteración que origina en la intimidad del hogar.

c) Consideración especial de la hipoteca. Las enajenaciones forzosas.

Reclama una detenida consideración la constitución de hipoteca, el derecho real de garantía inmobiliaria por excelencia. La cuestión parece, en principio, de solución clara, al exigir el art. 138 L.H. que quien lo constituya tenga la libre disposición del inmueble, y en nuestro caso el titular dominical tiene condicionada su disponibilidad por el régimen que nos ocupa.

A esta conclusión, tan segura como simplista, conduce también el argumento de que la constitución de la hipoteca sujeta la finca a su eventual ejecución forzosa, en caso de incumplimiento de la obligación asegurada y, a través de ello, a la privación de su hogar a la familia del hipotecante, por lo que debe exigirse la observancia del régimen de aprobación por el cónyuge no propietario del inmueble, requiriéndose, en consecuencia, ya su expreso consentimiento, ya la manifestación del hipotecante de que no constituye vivienda familiar, ya en el último término, la autorización judicial.

Frente a este criterio, que es el vigente en la práctica, se alza la reflexión que nace de las siguientes consideraciones:

a) Que este derecho real de garantía no implica desplazamiento posesorio y, por ello, el uso del inmueble como hogar familiar es compatible con la constitución de la hipoteca.

b) Que el carácter de vivienda familiar habitual es una cuestión de hecho contingente, de forma que puede no concurrir al tiempo de hipotecar y sí al de ejecutar la garantía, con lo que no existiría protección, o viceversa, con lo que se habría producido una restricción injusta.

Nótese que en un supuesto relativamente frecuente, el de la vivienda adquirida e hipotecada de soltero por uno de los luego contrayentes, la ejecución judicial sumaria sobre este inmueble, que ha devenido vivienda familiar habitual después, no prevé notificación ninguna al otro cónyuge no titular, ni siquiera la que deriva del art. 144.5 R.H., porque no existe anotación preventiva de embargo, y el art. 131 L.H. no la contempla.

Indudablemente, desde la perspectiva de las posibles enajenaciones forzosas, la protección integral del derecho de la familia a permanecer en el hogar sólo se alcanzaría plenamente mediante la caracterización del inmueble que sirve a tal fin como indisponible e inembargable, pero no es menos cierto que, aparte de la dudosa conveniencia de tales medidas, no es esta la solución que arbitra el sistema del Código civil, ni tampoco el aragonés. Y así las cosas, resulta palmario que el inmueble en cuestión está sujeto en igual medida que cualquier otro bien realizable a la responsabilidad patrimonial universal de su titular conforme al art. 1.911 C.c., siendo el citado art. 144.5 R.H. un claro exponente de su carácter de bien embargable, no obstante exigir la anotación preventiva de embargo sobre él el cumplimiento de la notificación al cónyuge, o la constancia de que no es vivienda habitual de la familia.

Y, si como consecuencia de la apertura de la vía de apremio, derivada del incumplimiento de una obligación ordinaria, asumida sin el concurso de su cónyuge por el titular dominical de la vivienda en que convive la familia, puede ser ésta embargada y vendida en pública subasta, ¿qué razón existe para impedir la constitución de garantía hipotecaria al propietario de la vivienda, mermando así su capacidad de endeudamiento y, en definitiva, su crédito?, porque en la hipoteca es preciso distinguir dos partes o, quizá, dos momentos a los efectos que nos ocupan: su constitución y su eventual ejecución.

La constitución de la hipoteca, para la que se exige el asentimiento del cónyuge, no afecta en sí misma a la continuidad en la utilización del inmueble como vivienda habitual por la familia, mientras que la ejecución de la garantía, originada por el incumplimiento de la obligación garantizada, no prevé siquiera la notificación al cónyuge de la existencia del procedimiento, cuando es la que puede abocar al cese del destino familiar, aunque no en mayor medida que lo producirá el incumplimiento de cualquier otra obligación del cónyuge propietario del inmueble, seguido de la correspondiente ejecución judicial.

Cabe objetar a este discurso que la hipoteca afecta especialmente el inmueble gravado,

mientras que la responsabilidad ordinaria, por ser genérica, conforme al art. 1.911 C.c. afecta por igual a todo el patrimonio del deudor pero no especialmente a la vivienda, pero habrá que contar también que en la vía de apremio la protección de los derechos del cónyuge no titular de la vivienda, y de la familia en general, encuentran escasa cobertura en la simple notificación que prevé el citado art. 144.5 R.H., por dos motivos al menos: porque la notificación del embargo sólo es preceptiva si se pretende anotarlo preventivamente en el Registro de la Propiedad, y porque el cónyuge notificado carece de cualquier clase de prerrogativa o facultad de orden procesal para intervenir en la ejecución, que no sea la posibilidad de pagar él la deuda. No existe, en suma, afectación especial, pero tampoco la posibilidad de desafectar la vivienda ni de posponer su sujeción.

Acaso, una adecuada protección del derecho al hogar reclame la concesión al cónyuge del deudor de la facultad de exigir previa excusión en otros bienes -siempre que existan y basten para satisfacer el importe reclamado- antes de trabar o continuar el apremio contra la vivienda familiar.

Y, si es que la actual protección que dispensa a estos efectos la vía de apremio se juzga bastante, sería lo congruente permitir la constitución de hipoteca al cónyuge propietario, sin precisar la aprobación del otro, e incluir entre los preceptos reguladores de la ejecución hipotecaria la notificación al cónyuge del hipotecante en los términos prevenidos en la Regla 5ª del art. 131 L.H. para el tercer poseedor y titulares de derechos inscritos a quienes la ejecución haya de perjudicar. Así, el cónyuge que pagase la deuda se beneficiaría automáticamente de la subrogación establecida en el penúltimo párrafo de la expresada Regla.

d) Otros actos.

El art. 51 Comp. incluye expresamente entre los actos precisados de consentimiento conyugal no sólo los dispositivos del derecho sino todos aquellos que lleven consigo la sustracción de la vivienda habitual al uso de la familia, actos que el tenor literal del art. 1.320 C.c. no incluye, de tal forma que la extensión de su régimen a tales supuestos sólo puede producirse por vía interpretativa, con la dificultad de que, por tratarse de una norma restrictiva del régimen normal de disposición de los derechos por parte de su titular, difícilmente admite una interpretación ampliadora.

Están aquí incluidos cuantos actos impliquen renuncia expresa o tácita del derecho que habilita para ocupar la vivienda -como la renuncia a la prórroga legal del contrato de arrendamiento que gozase de ella-, la renuncia a mantener la situación de precario e incluso también el acto de riguroso dominio por el que su propietario decide que la familia abandone el inmueble, sin darle otro destino. En definitiva, la norma viene a incluir textualmente aquellos supuestos que producen el efecto que se trata de evitar: impedir la continuidad de la familia en la vivienda habitual, aunque no se trate propiamente de un acto de disposición del derecho.

De recentísima aprobación, la Ley de arrendamientos urbanos que comenzará a regir el 1º de enero de 1.995, dispone en su art. 12 -que, por imperio de las Disposiciones Transitorias 1ª y 2ª, será de aplicación también a los contratos anteriormente concluidos que subsistan a la entrada en vigor de la nueva Ley- que el cónyuge del arrendatario, o conviviente asimilado, que no haya consentido el desistimiento o no renovación del contrato por parte del titular del mismo, podrá continuarlo en calidad de arrendatario, con la obligación de pagar él la renta, cumpliendo con un sistema de requerimientos y notificaciones que arbitra al efecto.

3. Posición del tercero adquirente.

Para los actos y negocios transmisivos, el art. 51 Comp. omite la mención protectora del tercero adquirente de buena fe que el precepto paralelo del Código civil incluye en su párrafo segundo, y gracias a ella no es transferible al precepto foral la crítica doctrinal que ha suscitado este inciso del art. 1.320 C.c. Así, hay que observar que la manifestación del enajenante casado de que el inmueble no es vivienda familiar, sobre la que el art. 1.320 C.c. hace gravitar la buena fe de dicho tercero, ni viene impuesta por dicho precepto ni por ninguna otra norma sustantiva reguladora del negocio, apareciendo únicamente como condición o requisito de inscribibilidad en el art. 91.1 R.H., de donde resulta que, fuera del ámbito del Registro de la Propiedad, el negocio dispositivo del cónyuge titular no requiere formalmente, como requisito de validez ni de eficacia, que el disponente casado haga tal manifestación, la cual, al no ser inscribibles, no se precisará nunca en la enajenación de los muebles de amueblamiento cuyo régimen se regula conjuntamente con el de la vivienda.

Con referencia al párrafo segundo del art. 1.320 C.c., ninguna opinión doctrinal sostiene que el adquirente de la vivienda familiar pueda gozar de una mayor protección que la que, al margen de las normas registrales, se dispensa de ordinario a cualquier adquirente, por la sola manifestación negativa del transmitente y, por ello, su buena fe precisará al menos la diligencia media de averiguación sobre los hechos -ausencia del carácter de vivienda familiar- en que dicha buena fe consiste.

Más tarde, al ocuparnos de los efectos que en Aragón produce la omisión del consentimiento del cónyuge del disponente, volveremos sobre la situación del tercero que adquiere en tales condiciones pues, una vez más, el conflicto se plantea entre la protección de los derechos -el de la familia del disponente- y la seguridad del tráfico -el derecho del tercero adquirente-.

Sorprende en cualquier caso la facilidad con el propio texto del Código civil -y, más decididamente, el último texto del art. 9º de la Compilación catalana- atribuye un derecho en el párrafo primero del art. 1.320 y muestra un camino eficaz para desconocerlo en el párrafo siguiente del propio artículo-hace la ley y la trampa del dicho popular-.

IV. LA VIVIENDA FAMILIAR EN LAS SITUACIONES DE CRISIS MATRIMONIAL.

El segundo de los capítulos en que suele dividirse la exposición del tema que nos ocupa se centra en el régimen de la vivienda familiar en las situaciones matrimoniales anómalas que, aunque de acuerdo con las previsiones del derecho positivo, abarca los supuestos de separación judicial, divorcio y declaración de nulidad del matrimonio, parece oportuno referir también a las situaciones de separación de hecho que, aunque no están contempladas por el legislador a estos efectos, pueden tener trascendencia, dado que, siendo una cuestión fáctica la dedicación de un inmueble a vivienda habitual de la familia, la situación de hecho en que se encuentre ésta puede influir en el carácter de la vivienda. Parece pacífica la conclusión, entre los tratadistas que han estudiado el tema, que el hogar familiar no pierde tal carácter por la separación de hecho, mientras continúe habitándolo uno de los cónyuges, sólo o en compañía de todos o alguno de los hijos. El régimen legal aplicable a la vivienda familiar habitual es el ordinario, dejando margen a la autonomía de la voluntad de los cónyuges, que puede plasmarse en los denominados pactos de separación, cuyos acuerdos no alcanzarán, sin embargo, a modificar las previsiones legales en caso de que la crisis tome posteriormente estado judicial.

Orillando considerar separadamente las medidas provisionales que regula el art. 103

C.c., tanto por su eventualidad -ya que sólo se adoptan si alguno de los cónyuges las solicita- como por su carácter transitorio -duran sólo lo que el juicio y acaban con él-, las situaciones matrimoniales conflictivas judicialmente constatadas a través del procedimiento judicial correspondiente, permiten establecer el régimen de la vivienda familiar -y las demás cuestiones familiares necesitadas de regulación- mediante uno de entre dos procedimientos posibles: el convencional, que, en su caso, recogerá el convenio regulador, según lo prevenido en el art. 90 C.c., y el impuesto por resolución judicial, para el caso de no alcanzarse solución convencional, o no merecer aprobación el convenio presentado, supuesto normado en el art. 96 C.c.

Si las cláusulas que los interesados incluyen en el convenio resultan incompletas, deberá acudir al régimen del art. 96 C.c., previsto para situaciones de crisis, para suplir tales omisiones en sus acuerdos.

La variedad de casos que la práctica ha presentado ante los Tribunales, pone en evidencia la insuficiencia del art. 96 C.c., dedicado en la mayor parte de su contenido a distinguir los casos de existencia e inexistencia de hijos, y si quedan en compañía de uno solo de los cónyuges o se distribuyen entre ambos, reservando tan solo el último de sus párrafos al establecimiento del régimen a que debe sujetarse la disposición de los derechos que posibilitan la ocupación de la vivienda familiar, en caso de ser atribuida al cónyuge no titular del mismo, haciéndolo en el sentido de exigir el consentimiento de ambas partes o, en su defecto, autorización judicial. Nunca se exige el consentimiento de los hijos, aunque, en el texto del precepto, sean criterio decisivo para la atribución del uso.

Con el fin de comentar los problemas mas relevantes, y eludiendo supuestos poco frecuentes o de solución evidente, vamos a ajustar la exposición a los tres apartados siguientes: Vivienda perteneciente a uno o a ambos cónyuges en pleno dominio; vivienda ocupada en arrendamiento y vivienda ocupada por mera liberalidad de su propietario.

1. Vivienda en propiedad.

En este caso no existe tercero alguno implicado en la titularidad del inmueble y, como ha señalado GUILARTE, tanto si es común como privativa de uno de los cónyuges, pueden estos constituir en el convenio regulador un derecho real típico o, en su defecto, por la resolución judicial se constituye en favor de aquel al que se atribuye su uso un derecho que reúne los caracteres propios de los derechos reales, según el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de establecer en sus sentencias de 11 de diciembre de 1.992 y 20 de mayo de 1.993, al configurarlo como oponible a terceros, accesible al Registro de la Propiedad y constitutivo de una carga que pesa sobre el inmueble. Ciertamente esta doctrina, ya jurisprudencial en sentido estricto por la reiteración, corrigió la de una sentencia anterior, de 22 de septiembre de 1.988, en la que el mismo Tribunal se pronunciaba en sentido opuesto, al consentir la cesación del derecho de uso en caso de enajenación de la vivienda como consecuencia del ejercicio de la *actio communi dividundo*.

El ejercicio de esta acción se ha planteado en la práctica cuando la vivienda familiar fue común -consorcial, ganancial- y se llega al proindiviso en la liquidación del régimen matrimonial de comunidad extinto, aunque se alcanza la misma situación cuando pertenece en proindivisión a los cónyuges. La situación que se complica en caso de existencia de un tercer copropietario del inmueble, supuesto en el que derecho de uso nacido de un litigio matrimonial al que es ajeno no puede gravar su cuota indivisa ni entorpecer el ejercicio de la *actio communi dividundo*, como entendió la sentencia de la A.P. de Córdoba de 16 de octubre de 1.992, en la que el hermano del marido, copropietario con los cónyuges de la vivienda en cuestión, ejercita con éxito la acción de división de la

cosa común, tras la crisis matrimonial y la adjudicación del uso de la vivienda a su cuñada, el cual, estima la Audiencia referida, no puede prevalecer frente a él.

El sentido de la Jurisprudencia, en los casos en que la titularidad del inmueble corresponde exclusivamente a los cónyuges que han sido parte, tanto en la creación de la familia como en el litigio en que se sustancia la crisis de su unión, se orienta en el sentido de favorecer el ejercicio de la acción divisoria, pero manteniendo el derecho de uso atribuido conforme al art. 96.4 C.c. En tal sentido las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 1.988, 31 de octubre de 1.989 y 22 de diciembre de 1.992, inciden reiteradamente en su fundamentación en el disfavor con que nuestro ordenamiento contempla el obligado mantenimiento en la indivisión, permitiendo contra el tenor del referido párrafo cuarto del art 96 C.c. la enajenación del inmueble en pública subasta, de acuerdo al último recurso prevenido en el art. 404 C.c., sin que medie consentimiento del atributario del uso ni la supletoria autorización judicial, pero manteniendo la carga de dicho uso, que queda configurada como real. Esta solución resulta respetuosa con el mantenimiento del derecho de uso atribuido, y con la naturaleza misma del derecho del cónyuge no titular, pero comporta algún problema de relevancia, pues en la práctica, la venta con la carga impedirá obtener el justo valor del inmueble, en perjuicio de ambos copropietarios y si se llega a enajenar, el adquirente ajeno a la relación familiar no tendrá otro cauce para accionar en relación con la cesación del derecho de uso -que es temporal, por su naturaleza- que el propio pleito de familia en el que se atribuyó el derecho de uso, lo que a todas luces constituye una anomalía procesal.

2. Vivienda en arrendamiento.

La vivienda familiar ocupada en régimen de arrendamiento es, ciertamente, cuestión en trance de revisión a causa de la próxima entrada en vigor de la nueva Ley de arrendamientos urbanos, que incide profundamente en la regulación arrendaticia, no obstante perduren los contratos concertados al amparo de la Ley de 24 de diciembre de 1.964 -antes y después del llamado Decreto Boyer de 1.985- y la prórroga obligatoria e indefinida del art. 57 de la ley que fenece, porque, de acuerdo con el régimen transitorio que incorpora, muchos de los preceptos de la nueva Ley son también aplicables a aquellos contratos.

La problemática planteada al amparo de la Ley de 1.964 se ha centrado principalmente en determinar si la arrendaticia es una titularidad exclusiva del cónyuge que suscribió el contrato locativo, o existe alguna suerte de cotitularidad en el arrendamiento, como ocurre en Francia, al disponer el art. 1.751 del Code la atribución del arrendamiento de la vivienda a ambos cónyuges, cualquiera que sea su régimen matrimonial, la fecha del contrato y pese a cualquier acuerdo en contrario.

Del problema de la cotitularidad nació, en el régimen de la ley de 1.964 y anteriores, la existencia o inexistencia de subrogación cuando en el proceso matrimonial se atribuye el uso exclusivo de la vivienda familia arrendada a uno solo de los cónyuges, así como las cuestiones implicadas en la aplicabilidad del art. 24 LAU a la atribución de la vivienda al cónyuge del arrendatario, cuando se incluye en convenio regulador, con los problemas anejos de la necesaria notificación al arrendador y la dificultad que comportan los casos de nulidad y divorcio, en los que la cesión no se realiza en puridad en favor del cónyuge, e igualmente las que derivan del cómputo del número reducido de subrogaciones previsto en el art. 59 LAU, principalmente en atención a si la atribución que nos ocupa consume o no una de ellas.

Creemos, con GUILARTE, que la conclusión más acertada en el sistema cuya vigencia

termina es que, si concurren circunstancias que permiten calificar de común el derecho arrendaticio, de acuerdo al régimen matrimonial que rija, la atribución del uso a uno de los cónyuges en los supuestos de crisis matrimonial no entraña subrogación alguna, sino concentración en uno de los cotitulares de la cualidad que antes pertenecía en régimen de comunidad germánica a ambos; por el contrario, habrá subrogación del art. 24 de la LAU de 1.964 en los casos en los que el derecho arrendaticio corresponda como bien privativo a uno de los cónyuges y resulte atribuido al otro, precisando el cumplimiento de la notificación que dicho precepto establece.

La nueva ley locativa dedica su art. 15 a los problemas nacidos de las crisis matrimoniales, resolviéndolos en el sentido de imponer al arrendador la obligación de soportar el uso de la vivienda por el cónyuge a quien el convenio regulador o la resolución judicial se lo atribuyan, quedando obligado el beneficiario a notificarlo al arrendador con entrega de copia de la resolución o de la parte de ella que haga referencia a este extremo.

Para lo sucesivo, queda suprimida por la nueva Ley la subrogación prevista en el art. 24.1 de la Ley de 1.964 para los contratos que subsistan tras el cambio legislativo.

3. Vivienda familiar ocupada por liberalidad de su titular.

Es frecuente el caso de vivienda familiar ocupada a título de precario, la práctica totalidad de las veces cedida merced a la liberalidad de un propietario que guarda una estrecha relación de parentesco o, en su caso, de amistad con uno o ambos cónyuges.

El supuesto que nos ocupa no debería plantear otro problema que el de dejar constancia que el titular de la vivienda puede poner fin a la cesión a su voluntad -sin más observancia de plazos, en su caso, que los previstos en la LEC para requerir al precarista-, y ello tanto si la ocupa el matrimonio en situación normal, como si, a consecuencia de una situación de crisis, medió separación o divorcio. Nada habrá que reprochar tampoco si, en definitiva, quien cedió gratuitamente la vivienda a ambos cónyuges no desea que continúe en su uso uno solo de ellos.

Aquí concluiría el comentario de este pequeño capítulo, si el Tribunal Supremo no hubiese dictado la sentencia de 2 de diciembre de 1.992 -comentada en Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil por RAMS ALBESA-, que califica de comodato la cesión gratuita de vivienda hecha por los padres a su hijo y nuera, cuando pretenden recuperarla aquellos, tras el divorcio de éstos. La conclusión que se extrae entre líneas tras la lectura de las razones formales expuestas por el Alto Tribunal en la sentencia es que la condición de los propietarios de abuelos de las dos hijas del matrimonio opera decisivamente en la conclusión que se alcanza y, a través de una construcción técnicamente hábil, se califica de comodato una cesión que con seguridad nunca estuvo revestida de ánimo contractual alguno, como el mencionado rams albesa señala en su comentario.

Preciso es afirmar, por ello, que las necesidades de los intervinientes en los litigios matrimoniales no pueden sino ser sufragadas a costa exclusiva de los interesados y en modo alguno a la de terceros, por estrechos que sean los vínculos familiares que con aquellos los unan. Las crisis matrimoniales comportan siempre la atención de más necesidades materiales de las que tenía el matrimonio unido: por lo que aquí nos importa, dos viviendas. Tales atenciones no pueden ser nunca cubiertas con cargo a una obligada caridad o solidaridad de terceros impuesta a virtud de sentencia judicial.

V.- PROBLEMAS COMUNES.

1. Consecuencias de la infracción.

Parece una conclusión segura o, al menos, sostenible que el art. 1.322 C.c., integrado en el régimen matrimonial primario del Código civil, no es aplicable en Aragón, cuyo derecho peculiar posee normativa propia reguladora de la materia, de suerte que no existe el defecto normativo que, conforme a lo dispuesto en el art. 1º.2 Comp. y 13.2 C.c., determinaría su aplicabilidad.

Ciertamente también, no existe normativa foral reguladora de la nulidad -dicho sea en la acepción amplia del término- de los actos, negocios jurídicos o contratos, lo que abocaría a la aplicación de la contenida en el Código civil, por el mismo argumento anterior a sensu contrario. Pero la falta de vigencia en Aragón del citado art. 1.322 C.c., permite aquí lo que en el ámbito de aplicación de aquel Cuerpo legal resulta imposible a causa del citado precepto: dispensar el tratamiento adecuado a la omisión del consentimiento del cónyuge cuando, conforme a lo dispuesto en el art. 51 Comp., resulte obligado prestarlo.

No es posible tratar aquí y ahora las sugestivas cuestiones que plantean la invalidez, ineficacia, nulidad, anulabilidad, inexistencia, inoponibilidad, y demás conceptos expresivos de algún tipo de anomalía en los negocios jurídicos, aunque hay que recordar la acusada falta de rigor del Código civil en la disciplina de estos temas, que en nuestro caso se traduce en la equiparación, tratando como negocios inválidos -bien que con la relativa invalidez que la anulabilidad entraña- tanto aquellos en los que se omite el consentimiento del cónyuge al disponer de bienes comunes o en la adopción de decisiones a las que ambos están llamados en pie de igualdad, que es lo que hace el art. 1.322 C.c., y el singular supuesto que nos ocupa, cuando lo omitido es un asentimiento, en el que técnicamente el negocio concluido sin su concurrencia es perfecto y repugna a la lógica pueda reconducirse a un caso de anulabilidad que es, en definitiva, de invalidez.

El acto dispositivo no es, sin embargo, perfecto -pues, de serlo, se negaría la facultad aprobatoria del cónyuge no titular-, pero la deficiencia que en él se aprecia no es de aquella naturaleza de las que lo hacen inválido, sino más bien de aquella categoría de negocios inoponibles, en los que el titular del derecho dispuso de él, porque le correspondía en exclusiva, pero la disposición no produce todos los efectos que le son propios en relación con aquella persona a la que no puede serle opuesto, porque se omitió su aprobación.

La idea que LACRUZ expresara en el II Congrès Jurídíc Catalá de 1.971 cuando, a propósito del sistema de fuentes, dijo "hemos cuidado los redactores del Anteproyecto de colocar unos principios generales que, además de servir de enlace entre el derecho histórico y el vigente, sean barrera frente a la extensión del Código a casos controvertidos que, apreciando el sentido general de nuestra legislación tienen una solución en ella, pero escapan del sentido literal de los preceptos compilados", nos proporciona suficiente apoyo para buscar dentro del derecho aragonés una solución al problema no sólo autóctona, sino técnicamente más correcta que la de acudir al régimen de la anulabilidad por mimetismo con la solución del Código civil. Se trata del precepto recogido en el art. 76.2 Comp. que configura como inoponible el negocio dispositivo sobre bienes sujetos al derecho expectante de viudedad sin renuncia al mismo, porque la norma legal ni invalida ni priva de eficacia al acto dispositivo, limitándose a establecer que el expectante "no se extingue o menoscaba" por ello o, lo que es igual, el negocio viciado produce todos los efectos que le son propios, con la sola excepción de aquellos que perjudican el derecho no renunciado, porque aquel negocio es inoponible al titular del derecho ignorado.

Consiente la naturaleza de la facultad conferida al cónyuge no titular en el art. 51 Comp. un tratamiento semejante, porque no implica una prohibición de disponer sino de afectar la continuidad del uso de la vivienda por la familia sin contar con la anuencia del otro cónyuge. Salvada dicha continuidad en el acto dispositivo, el negocio será válido y perfecto sin necesidad de consentimiento del otro cónyuge ni aprobación judicial, y tendrá acceso al Registro de la Propiedad.

Sería oportuno, a nuestro entender, que el art. 51 Comp. estableciera expresamente un efecto igual al prevenido por el citado art. 76 del mismo Cuerpo legal para el derecho expectante de viudedad, asegurando con ello eficazmente el derecho a la estabilidad en la vivienda familiar. Cierto, que tal régimen trasladaría el centro neurálgico del problema a la protección del adquirente de buena fe pero, si tenemos en cuenta que en el tráfico jurídico en el que intervienen sujetos regidos por el ordenamiento civil aragonés cuando el transmitente es casado el adquirente debe contar siempre con la incidencia del derecho expectante de viudedad-carga existente al margen del Registro de la Propiedad y oponible incluso a tercero, salvo en el supuesto del segundo párrafo del art. 16.2 C.c.- no resultará en la práctica ni insólito ni perturbador tener también en cuenta la eventual sujeción del derecho transmitido al art. 51 Comp.

Si la norma pretende proteger la estabilidad familiar a través del control del cónyuge no titular, parece incongruente que el segundo párrafo del art. 1.320 C.c. deje a merced de la veracidad del propio cónyuge que dispone la facultad recién atribuida por el primero, consignando la protección del tercero adquirente, cuyo derecho resulta incompatible con aquella.

La aplicación a nuestro caso del régimen de la anulabilidad, -realmente, la denominada nulidad en los arts. 1.300 y ss. C.c.- origina otros problemas, como el inicio de cómputo del plazo de 4 años para el ejercicio de la acción impugnatoria, que difícilmente permitirá situarlo en la fecha de disolución de la sociedad conyugal o del matrimonio, como prevé con carácter principal el último párrafo del art. 1.301 C.c., pues la notoriedad que para los cónyuges tiene el destino de la vivienda a hogar familiar implicará, por lo general, que el cónyuge no titular tenga inmediato conocimiento de la disposición de la vivienda, y ello suscitará siempre la duda acerca de si la demora en instar la anulación, aún dentro del plazo de los cuatro años, implica la posible confirmación del acto dispositivo no consentido expresamente, exigiendo un análisis tan detallado del significado de los actos de cónyuge no titular que no prestó consentimiento expreso, pero que con su conducta posterior parece admitir de hecho el cambio de domicilio familiar sin una oposición manifiesta, que nunca se presentará si no se obliga al cónyuge cuya intervención se ha ignorado a tener que accionar él, limitándose a excepcionar con apoyo en su no extinto derecho.

La solución propugnada permitirá, en todo caso, la plena efectividad del derecho que nos ocupa y, con ella, el amparo del interés jurídico protegido por estas normas, que es la continuidad en el uso de la vivienda familiar, porque si el régimen de anulabilidad presenta inconvenientes en los casos de enajenación de la propiedad del inmueble, cuando se trata de un acto unilateral, como la renuncia, los problemas son de más difícil solución y el éxito de la acción impugnatoria se convierte las más de las veces en el derecho a una indemnización, desvirtuando la finalidad de la norma. Aunque se restituya el derecho in natura, no es igual volver al hogar que no tener que abandonar: es esta segunda, y no aquella, la continuidad que la norma pretende asegurar.

La jurisprudencia dispensa tratamiento propio de inoponibilidad a la enajenación de la vivienda familiar como consecuencia del ejercicio de la *actio communi dividundo* por

alguno de los cónyuges, pues no impide el negocio dispositivo manteniendo intacto el derecho del cónyuge que tiene atribuido el uso, normalmente con sus hijos. Si el negocio dispositivo fuera inválido, no cabría ésta solución.

Toda vez que el Código civil carece de un precepto semejante al art. 1.322 en sede de crisis matrimonial, la disposición del inmueble privativo cuyo uso esté atribuido al otro cónyuge puede ser conceptuada como inoponible al cónyuge beneficiario del uso, y no como un supuesto de anulabilidad.

Por su parte, como ya se ha dicho, el art. 12 de la nueva Ley de arrendamientos urbanos resuelve la falta de consentimiento del cónyuge -o asimilado- cuando se desista del arrendamiento o no se renueve, en la posibilidad de continuar el cónyuge como arrendatario, sin otras consecuencias.

2. Constancia registral.

Cuando la ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, el mencionado art. 144.5 R.H., exige para la anotación preventiva de embargo sobre vivienda propiedad de uno solo de ellos que del mandamiento resulte que la vivienda no tiene aquel carácter o que se haya notificado al cónyuge, y el art. 91.1 del mismo Reglamento exige para la inscripción de los actos dispositivos sobre aquella que el disponente manifieste en la escritura pública que no tiene dicho carácter.

En las situaciones de crisis, el párrafo segundo de la D.A. 9ª de la Ley 30/81, de 7 de julio, establece que "a petición de parte podrán ser anotadas e inscritas en los Registros de la Propiedad y Mercantiles las demandas y sentencias de separación, nulidad y divorcio", siendo de resaltar la trascendencia práctica de la anotación registral de la demanda, una vez admitida, por cuanto da publicidad a la revocación por ministerio de la Ley, con el carácter definitivo que le confiere el último párrafo del art. 106 C.c., de los poderes y consentimientos otorgados entre los cónyuges. Consciente de esta trascendencia, el art. 102 C.c. reitera que cualquiera de las partes podrá instar la anotación de la demanda admitida en el Registro de la Propiedad.

Por su parte, el uso de la vivienda familiar atribuido en convenio regulador o, en su defecto, en sentencia será inscribible en el Registro, siempre que lo permita la titularidad inscrita de la vivienda a la que afecte.

Cuestión distinta, para la que no existe norma hipotecaria específica, es la de determinar si, en situación normal del matrimonio, puede acceder al Registro de la Propiedad la condición de vivienda familiar de un inmueble. Su trascendencia la evidencian la protección que al adquirente a título oneroso y de buena fe prestan ante una manifestación no veraz del disponente el art. 1.320 C.c., el art. 9 de la Compilación de Cataluña o la Ley 55 de la Navarra, y al subadquirente el art. 34 L.H.

En el régimen de gananciales -no en Aragón, por tanto- podrá acceder indirectamente esta condición a través de la nota marginal prevenida en los párrafos 2 y 3 del art. 91 RH, en relación con el art. 1.357 C.c., pero, fuera de este caso, la doctrina no parece mostrarse favorable a ello.

Sin embargo, quizá el art. 7 R.H. proporcione apoyo a tal fin, por cuanto permite la inscripción de cualquier acto o contrato de trascendencia real que modifique, desde luego, o en lo futuro, algunas facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a los derechos reales. El destino a vivienda familiar habitual de un inmueble -tanto si se califica

de acto como de contrato- origina una modificación en su régimen jurídico y una restricción en las facultades de su titular que, desde ese momento, no podrá disponer de él pese a su carácter de privativo, sin consentimiento de su cónyuge. El fundamento de su acceso al Registro no sería diferente al que justifica la inscripción de las resoluciones judiciales declarativas de situaciones que implican cambios en la capacidad de las personas para disponer de sus bienes

De admitirse esta posibilidad, el instrumento adecuado para solicitar la constancia de este dato en el Registro sería el público en el que ambos cónyuges -y no sólo el titular del inmueble, de conformidad con lo dispuesto en el art. 70 C.c.- declarasen el carácter de vivienda familiar habitual del inmueble, a bien la resolución judicial correspondiente.

VI.- CONCLUSIONES.

PRIMERA.- La inclusión en la disciplina de las relaciones entre cónyuges de las normas del ordenamiento jurídico vigente protectoras del derecho al hogar, impide o hace notoriamente difícil su aplicación a los grupos familiares surgidos de las uniones paramatrimoniales, lo que puede redundar en un déficit de protección a los hijos nacidos de esta uniones, contrariando la previsión del art. 39 C.E.

SEGUNDA.- El Código civil carece de protección eficaz del derecho al hogar después del fallecimiento del titular del derecho que posibilita la ocupación del inmueble destinado a vivienda familiar habitual cuando pertenecía privativamente al difunto, ya que las normas de los arts. 1.406.4º y 1.407 C.c. únicamente son aplicables al inmueble ganancial.

La LAU sí permite esta protección a través de la subrogación mortis causa.

La viudedad universal asegura en el mismo supuesto, dentro del ordenamiento civil aragonés, la continuidad de la familia en el hogar, tanto si la vivienda es común como privativa de uno de los cónyuges.

TERCERA.- La facultad que el art. 51 Comp. confiere al cónyuge no titular de controlar la disposición de derechos sobre la vivienda familiar, se atribuye en interés de la familia, lo que recomienda su ejercicio individualizado. Ello comporta la inadmisibilidad de su renuncia, y que su ejercicio mediante poder requiere que éste sea específico para cada caso y, en ningún caso, irrevocable.

CUARTA.- El cónyuge no titular carece de una posición procesal que le permita defender el derecho al hogar en las enajenaciones forzosas, al no prever el ordenamiento procesal otra medida que la notificación al cónyuge exigida por el art. 144.5 R.H. para anotar preventivamente el embargo en el Registro de la Propiedad.

Mientras la opinión más generalizada exige el consentimiento del cónyuge para constituir hipoteca sobre la vivienda, restringiendo su solvencia y posibilidad de endeudamiento, cuando la obligación asegurada se incumplió, el procedimiento judicial sumario del art. 131 L.H. no prevé siquiera la notificación al cónyuge del deudor.

QUINTA.- Siendo los cónyuges propietarios de la vivienda familiar, pueden atribuir su uso en convenio regulador a uno de ellos mediante la constitución de un derecho real típico, mientras que el Juez sólo puede atribuir el uso ex art. 96 C.c. que, sin constituir un derecho real típico, presenta las características propias de los derechos reales.

SEXTA.- Técnicamente, la omisión del consentimiento del cónyuge no titular, o atributario

del uso en situación de crisis matrimonial, debe resolverse en la inoponibilidad del acto o negocio dispositivo al cónyuge cuyo consentimiento no se obtuvo, sin que ello prive de validez ni de eficacia en lo restante a dicho negocio. Ello es posible en el régimen matrimonial normal que regula el art. 51 Comp., y posiblemente en el de crisis matrimonial, normado en el art. 96 C.c.

SÉPTIMA.- Ocupada la vivienda familiar a título distinto del de dueño, los acuerdos entre los cónyuges o las determinaciones del Juez no pueden atribuir más derechos o facultades en perjuicio de tercero que aquellas que preexistían a la crisis matrimonial, pertenecieran a ambos cónyuges o a uno de ellos.

Las necesidades originadas por la separación personal inherente a las crisis matrimoniales deben sufragarse a costa de los cónyuges, sin que puedan recaer en ningún caso sobre terceros.

Bibliografía:

- * ALAMILLO SANZ, FERNANDO J.
- *Las crisis matrimoniales y la adjudicación en exclusiva de la vivienda familiar al cónyuge no arrendatario*. La Ley. 1.985-2. Pág. 990 ss.
- * ÁLVAREZ-SALA WALTER, JUAN.
- *Aspectos imperativos de la nueva ordenación económica del matrimonio y márgenes a la libertad de estipulación capitular*. RDN. 1.981. Núm. 112. págs. 21-22 y 137 ss.
- * BAENA RUIZ, EDUARDO.
- *La vivienda familiar*. Cuadernos de derecho judicial. Tomo XIV. CGPJ. 1.992. Pág. 147 ss.
- * BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, JOSÉ MANUEL Y ROSA MARÍA.
- *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*. (Al art. 51 de la Compilación de Derecho civil de Aragón). EDERSA. T. XXIII, Vol. 1. Pág. 40 ss.
- * BENAVENTE MOREDA, PILAR.
- *Comentario a la STS. de 20 de mayo de 1.993*. CCJC. N.º 33. Sep-Dic. 1.993, Marginal 872.
- * CALLE RODRÍGUEZ, MARÍA VICTORIA.
- *El derecho económico del conviviente tras disolverse la unión matrimonial de hecho*. Actualidad civil. Núm. 17. Mayo 1.994. Pág. 291 ss.
- * CAMY SANCHEZ-CAÑETE, BUENAVENTURA.
- *Protección legal de la vivienda familiar*. RCDI. Núm. 588. Sep-Oct. 1.988. Pág. 1.583 ss.
- * CARPIO FIESTAS, VERÓNICA.
- *Atribución del uso de vivienda familiar y actio communi dividundo*. Actualidad civil. Núm. 5. 1.994. Pág. 75 ss. (Colaboración con Soledad GARCÍA MAURIÑO).
- * CARRASCO PERERA, ÁNGEL.
- *La posición del cónyuge en la futura ley de arrendamientos urbanos*. CGPJ. Plan provincial de formación de Toledo. 1.994. Pág. 763 ss.
- * ESPIAU ESPIAU, SANTIAGO.
- *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico español*. PPU. 1.992.
- * GARCÍA CANTERO, GABRIEL.
- *Notas sobre el régimen matrimonial primario*. Documentación Jurídica. Ministerio de Justicia. Núms. 33-36. Ene-Dic. 1.992. Pág. 299 ss.
- * GARCÍA MAURIÑO, SOLEDAD.
- *Atribución del uso de vivienda familiar y actio communi dividundo*. Actualidad civil. Núm. 5. 1.994. Pág. 75 ss. (Colaboración con Verónica DEL CARPIO FIESTAS).

- * GIMENEZ DUART, TOMÁS.
 - *El artículo 1.320 del Código civil ¿es aplicable en Cataluña?.* RJC. n.º 1. 1.982. Pág. 193 ss.
 - *La organización económica del matrimonio tras la reforma de 13 de mayo de 1.981.* RDN. Núms. 113-114. 1.981. Pág. 73 ss.
- * GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, JUAN LUIS.
 - *Consideraciones sobre el art. 91.1 del R. H. y concordantes.* En "Estudios Jurídicos en homenaje a Tirso Carretero". Colegio de Registradores. 1.985. Págs. 803 ss.
- * GUILARTE GUTIÉRREZ, VICENTE.
 - *Los terceros ante la adjudicación judicial de la vivienda familiar como consecuencia de la crisis matrimonial.* Aranzadi Civil. Núm. 4. 1.994. Pág. 11 ss.
- * GONZÁLEZ PORRAS, JOSÉ MANUEL.
 - *"La familia sin matrimonio" (Notas a propósito de dos Proyectos de Ley italianos sobre la familia de hecho).* Actualidad civil. Núm. 31. 1.990. Pág. 453 ss.
- * HERRERO GARCÍA, MARÍA JOSÉ.
 - *Comentario a la STS. de 7 de octubre de 1.985.* CCJC. Núm. 9. Sep.-Dic. 1.985, Marginal 238.
 - *Comentarios al Código civil. Ministerio de Justicia.* (Al art. 1.320 C.c.). Pág. 586 ss.
 - *Comentario a la STS. de 11 de diciembre de 1.992.* CCJC. Núm. 31. Enero.-Marzo. 1.993. Marginal 815.
- * ISAC AGUILAR, ANTONIO.
 - *Las consecuencias matrimoniales de separación matrimonial y del divorcio: el uso de la vivienda conyugal.* RCDI. Núm. 577. 1.986. Págs. 1.721 ss.
- * LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS.
 - *El nuevo régimen de la familia.* Ed. Civitas. Tomo I. Pág. 356 ss.
 - *Convivencia more uxorio. Estipulaciones y presunciones.* Centenario del Código civil. Fundación Ramón Areces. Pág. 1.061 ss.
- * LÓPEZ-MUÑIZ GONI, MIGUEL.
 - *La ejecución de sentencias en materia matrimonial. Guía Práctica y Jurisprudencia.* Ed. Colex. 1.993. Págs. 175-193.
- * LUCINI CASALES, ANGEL.
 - *La vivienda familiar en el régimen del Código civil reformado.* RCDI. Núm. 596. 1.990. Págs. 87 ss.
- * MARTÍNEZ CALCERRADA, LUIS.
 - *Derecho de familia: disfrute de la vivienda familiar y del mobiliario ordinario por uno de los cónyuges.* La Ley. 1.982-1. Pág. 849.
- * MARTÍNEZ VAL, JOSÉ MARÍA.
 - *Jurisprudencia y cambios legislativos: la equiparación del cónyuge y el conviviente more uxorio en la más reciente doctrina del Tribunal Constitucional.* RGD. Agosto 1.993. Pág. 6.895 ss.
- * MÉNDEZ PÉREZ, JOSÉ.
 - *La atribución judicial de la vivienda a uno de los cónyuges en los procesos de nulidad, separación y divorcio.* RGD. Diciembre 1.987. Pág. 6.287 ss.
- * MENDIETA JARAMILLO, LUZ MYRIAM.
 - *Relaciones patrimoniales en la unión familiar de hecho.* Actualidad civil. Núm. 16. 1.990. Pág. 197 ss.
- * MOZOS DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS DE LOS.
 - *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales.* (Al art. 1.320 C.c.) EDESA. T. XIII. Pág. 125 ss.
- * O'CALLAGHAN MUÑOZ, XAVIER.
 - *El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales.* Actualidad civil. Núm. 19. 1.986. Pág. 1.329 ss.
- * PANTALEÓN PRIETO, FERNANDO A.
 - *La autorregulación de la unión libre.* Poder Judicial. Núm. 4. Diciembre 1.986. Pág. 119 ss.

- * RAMS ALBESA, JOAQUÍN.
 - *Comentario a la STS. de 31 de octubre de 1.989.* CCJC. NI. 22. Ene-Mar. 1.990, Marginal 566.
 - *Uso, habitación y vivienda familiar.* Ed. Tecnos. 1.987.
 - *Comentario a la STS. de 2 de diciembre de 1.992.* CCJC. Núm. 30. Septiembre-Diciembre 1.992. Marginal 806.
 - *Comentarios a la Compilación de Derecho civil de Aragón.* (Al art. 51 Comp.) Vol. 1. Pág. 264
- * REBOLLEDO VARELA, ÁNGEL L.
 - *La vivienda familiar y la Ley de Arrendamientos Urbanos.* La Ley. 1.984-2. Pág. 503 ss.
- * ROCA CUBELLS, ISABEL.
 - *La pareja de hecho.* Ed. Fausí. Pág. 20 ss.
- * ROCA TRÍAS, ENCARNA.
 - *Comentarios al Código civil.* Ministerio de Justicia. (Al art. 96 C.c.) Pág. 398 ss.
- * RODRÍGUEZ LÓPEZ, FÉLIX.
 - *Notas sobre la vivienda habitual de la familia (en turno de rectificación).* RCDI. Núm. 553. 1.982. Págs. 1.599 ss.
- * ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, LUIS.
 - *La unión paramatrimonial y la vivienda familiar.* RGD. Núm. 584. Mayo 1.993. Pág. 4.234 ss.

Abreviaturas:

CCJC.	Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia civil.
CGPJ.	Consejo General del Poder Judicial.
EDERSA.	Editorial Revista de Derecho Privado.
PPU.	Promociones y Publicaciones Universitarias, S. A.
RCDI.	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.
RDN.	Revista de Derecho Notarial.
RGD.	Revista General de Derecho.
RJC.	Revista Jurídica de Cataluña.

COLOQUIO

Alfredo Sánchez-Rubio García. Ponente.

Creo que, a falta de moderador nos corresponde a nosotros mismos declarar abierto el debate a las preguntas y a las intervenciones del auditorio.

Fernando García Vicente. Fiscal.

Yo quería hacer un pequeño añadido. Estoy completamente de acuerdo en lo que han dicho acerca de que el problema fundamental que se plantea es el control de lo que es vivienda familiar, porque es la base de todo lo que se ha dicho a continuación. Hoy en día el control es muy escaso. Digamos que en la mayor parte de los casos, la mayoría de los bienes inmuebles están sujetos a la protección que otorga el derecho expectante de viudedad, pero si no fuera así porque hubiera habido renuncia al derecho expectante de viudedad, el control yo creo que hoy, y esto no sé si es bueno que la gente lo sepa, no existe; y no existe por lo siguiente: El control se basa en la manifestación que hacen las partes ante el notario, sin ninguna comprobación, y esta manifestación tiene muy escaso valor. La verdad es que, como ustedes saben, hay jurisprudencia desde hace 3 años que viene manteniendo que el único que puede cometer falsedad en documento público es el notario y como no cabe falsedad por incorporación, porque también la ha negado el Supremo, pues ¿qué es lo que pasa? Que esa manifestación que se hace no tiene ningún reproche desde un punto de vista penal como falsedad y tampoco tiene ningún reproche desde otro punto de vista, por ejemplo, por fraude de un cónyuge al otro porque concurriría la excusa absoluta. Si el tercero por otra parte, se encuentra protegido, pues nos encontramos que no existe ningún control; el registrador no puede controlar el carácter familiar o no. Yo creo que esto exige que se haga lo que se ha propuesto por la ponencia, establecer un sistema de control previo porque, si no, estamos estableciendo un castillo sobre una base que me parece que es muy tenue. Nada más.

Francisco Curiel Lorente. Coponente.

Estamos totalmente de acuerdo. Aunque la doctrina no es pacífica en catalogar qué naturaleza tiene ese acto de fijación del domicilio del artículo 70 del Código civil, -para unos se trata de un negocio jurídico porque hay declaración voluntaria de los 2 cónyuges, para otros sin embargo es un acto jurídico como acto necesario que deriva del principio de igualdad de los cónyuges y de que ambos deben determinar la sede de la relación jurídica del matrimonio; otros lo consideran incluso como acto de destinación porque dicen que cambia la función económica del bien, a partir de ese momento pasa a ser la sede de la familia y tiene un régimen jurídico peculiar, la situación de posesión única pasa a ser posesión compartida y ya no puede disponer solamente el titular privativo, sino que necesita el consentimiento del otro cónyuge-, creemos que el artículo 7 proporciona base suficiente para su acceso al Registro, ya que se refiere a actos o contratos que restrinjan de algún modo o que afecten a la capacidad de una persona para disponer. Cuando se reforma el artículo 91 del Reglamento Hipotecario, primero por el Decreto de 1982 y luego por el Decreto de 1984, en el preámbulo se dice que el Reglamento Hipotecario quiere coadyuvar a defender el hogar familiar, pero el único medio que se le ocurre al legislador es el de introducir ese mecanismo indirecto de la falsedad en documento público. Con los medios que tiene el Registrador nunca podrá saber si la vivienda transmitida o gravada es o no la habitual de la familia; solamente si antes ha tenido acceso al Registro la condición de vivienda familiar, bien por acuerdo de los dos cónyuges, bien por decisión judicial, en

ambos casos en cumplimiento del artículo 70 del Código Civil, podrá el Registrador exigir el cumplimiento del artículo 51 de la Compilación de Aragón o del artículo 1.320 del Código Civil. Ahora bien, el hecho de que tenga acceso al Registro esa condición de vivienda familiar, no excluye el que para disponer de otras viviendas privativas que el disponente tuviese inscritas en el Registro, éste haya de dejar de manifestar que no constituyen vivienda familiar, primero por el carácter contingente de la vivienda familiar y, segundo, porque la doctrina admite la pluralidad de viviendas familiares.

Fernando Curiel Lorente. Registrador de la Propiedad.

Siguiendo con el tema de las manifestaciones erróneas o falsas, creo que efectivamente pone de manifiesto que esa supuesta situación normal y ordinaria del matrimonio es mucho más preocupante que la crítica, porque yo creo que ahí es donde la ley trata de poner mecanismos de control al posible acto fraudulento del cónyuge titular frente al otro cónyuge. Me ha parecido interesante la analogía con el derecho expectante de viudedad porque creo que los dos tienen en ese caso una función de control de la actividad dispositiva del propietario de los bienes en perjuicio de las expectativas, en un caso, del usufructo futuro de uno o del uso actual de la vivienda familiar.

Lo que quería preguntar es: ¿Se podría pensar entonces en la posibilidad de inscribir en el Registro las disposiciones de bienes de una vivienda en la que el disponente manifiesta simplemente que no es vivienda familiar sin perjuicio del posible derecho del cónyuge si es vivienda familiar, igual que se hace la salvedad del derecho expectante de viudedad cuando no se renuncia?

Francisco Curiel Lorente. Coponente.

Nosotros entendemos que la oponibilidad que defendemos es "de lege ferenda". Nos gustaría que el artículo 51 de la Compilación aragonesa incorporase ahora un párrafo segundo, no como el 9 de la Compilación catalana o como el segundo de la Ley 55 de Navarra porque en definitiva allí lo que han hecho ha sido: se protege a la familia pero, en caso de colisión entre los derechos de la familia y los de un tercero, decaen los de la familia; la Compilación catalana además habla de responsabilidades civiles o económicas, así de claro; que cuando el cónyuge efectivamente haga una manifestación expresa y falsa, a lo único que tiene derecho el otro cónyuge es a una indemnización pero nada más, lo único que sugerimos es que la Compilación aragonesa dé ese paso y arbitre un sistema de inoponibilidad que permita al Registrador hacer la salvedad en el acta de inscripción. Hasta que esto no ocurra, practicar la inscripción "sin perjuicio, en su caso..." supondría intranquilidad.

Fernando Curiel Lorente. Registrador de la Propiedad.

No, porque se puede acreditar. Es mucho más fácil distinguir y comprobar que no es la vivienda familiar.

Francisco Curiel Lorente. Coponente.

La prueba es muy complicada.

Fernando Curiel Lorente. Registrador de la Propiedad.

Basta con probar que el cónyuge vive en otro sitio y eso se refleja en un acta notarial.

Francisco Curiel Lorente. Coponente.

Para hacer constar en el Registro el carácter de vivienda familiar pensamos, en

principio, que bastaría con la manifestación del titular privativo de la vivienda, ya que es él mismo quien se restringe su facultad dispositiva al manifestar que una vivienda en cuestión es la habitual de la familia; pero hemos llegado a la conclusión de que la manifestación unilateral no basta. Puede encubrir intereses fraudulentos. No creemos que la acreditación pueda hacerse ni siquiera por acta de notoriedad; pensamos que la manifestación debe provenir de los dos cónyuges; sólo ellos saben qué vivienda reúne el carácter de familiar.

Fernando Curiel Lorente. Registrador de la Propiedad.

Lo que pasa que los dos pueden estar en convivencia para perjudicar a un posible acreedor en esos casos de ejecución que decíamos.

Francisco Curiel Lorente. Coponente.

En la ejecución forzosa no se protege nada, absolutamente nada; en situación de matrimonio normal, no está protegida en absoluto la vivienda familiar frente a ningún tipo de ejecución; sólo exigimos la notificación para practicar la anotación preventiva de embargo (art. 144.5 R.H.), pero sin ninguna trascendencia porque el cónyuge comparece al procedimiento y no puede hacer nada. En el judicial sumario no está prevista la notificación.

Fernando Curiel Lorente. Registrador de la Propiedad.

Puede pagar, por lo menos.

Fernando García Vicente. Fiscal.

Yo quiero llamar la atención de que la solución urge, porque cuando hicieron esto el Tribunal Supremo mantenía que había falsedad en una manifestación ante notario y esta opinión ha cambiado hace 3 años.

Francisco Curiel Lorente. Coponente.

Tenemos una Comisión Asesora de la Diputación General de Aragón que está en funcionamiento y en trance de revisar toda la Compilación. Si están aquí ya se han enterado y, si no, les haremos llegar que urge.

Persona no identificada

Se ha dicho durante toda la ponencia que hace falta un consentimiento del cónyuge, pero la ponencia es el régimen jurídico de la vivienda familiar, no de la vivienda conyugal y también se ha dicho que los hijos consolidan derechos y que estos derechos de los hijos van más allá de la mayoría de edad de los hijos. Yo pregunto lo siguiente: Si fallecido un cónyuge es necesario que la falta de ese cónyuge se supla con un consentimiento, bien de la Junta de Parientes, o bien de los propios hijos si son mayores de edad, lo mismo en una situación normal del matrimonio que en una situación anormal en la que incluso han podido ver reconocidos esos derechos por vía judicial, tenerlo inscrito en el Registro de la Propiedad y ser mayores de edad.

Alfredo Sánchez-Rubio García. Ponente.

Evidentemente la solución está en la consideración de la vivienda como familiar. Ya hacíamos al principio la precisión de que se regula exclusivamente el régimen de las relaciones conyugales. Eso es lo que tenemos, lo que pueda formularse como deseo es algo que tendrá que tomarlo en cuenta, en su caso, el legislador. Los hijos no son llamados

nunca, eso lo habíamos puesto incluso de manifiesto, son sólo en el párrafo cuarto del artículo 96, criterio preferente de atribución de uso. A los hijos no se les llama nunca y eso a pesar de la reforma de 1993 del Código Civil en el sentido de que ya se pueden pedir alimentos para los hijos mayores que convivan, que puede llegar la atribución de los mismos más allá de la mayoría de edad, vamos, de la emancipación por edad de los hijos; una cosa son los deseos, que evidentemente pueden ser muy loables y pueden actuar en ese sentido las posibles reformas legislativas, pero aquí el control lo ejerce exclusivamente el cónyuge y sólo el cónyuge y en este caso no el conviviente en ningún supuesto, aunque se trate de una familia estabilizada pese a que falte el vínculo matrimonial; no parece tener cabida el que uno de los convivientes progenitores, habiendo hijos, pueda ejercer las mismas facultades del 51, del 1320 sobre el acto de disposición de su conviviente sobre los derechos de la vivienda que ocupa esa familia, que sociológica y constitucionalmente es evidentemente una familia; hay una disfunción evidente, si lo que se quiere proteger es la familia, con la atribución única y exclusiva al cónyuge hasta el punto de que la mayoría de la doctrina y de las opiniones vertidas dicen que cuando se acaba el matrimonio, por el fallecimiento de uno de los cónyuges, se acaba todo.

Gonzalo Gutiérrez Celma. Coponente.

Yo matizaría eso más todavía. Más que matizar, es la preocupación de cara a los hijos; me parece a mí que el legislador ha partido de una premisa básica, que es que el domicilio conyugal, y esta es la base de todo, se fija de mutuo acuerdo; y de nada serviría ese mutuo acuerdo si luego el cónyuge titular, por sí solo, pudiera sustraerlo de ese fin común. De esta manera, los hijos sólo son contemplados a modo de reflejo, son protegidos por el propio cónyuge pero no por sí mismos. Si falta uno de los cónyuges no hay que proteger a los hijos contra su padre o madre, no es preciso.

Honorio Romero Herrero. Notario.

Quiero hacer una reflexión y luego plantear 2 cuestiones.

La única fisura que habéis tenido ha sido sobre la disposición de la nula propiedad con reserva del usufructo en favor del cónyuge propietario...

Alfredo Sánchez-Rubio. Ponente.

Y más fisuras también, pero no íbamos a estar exponiendo todas las discrepancias o las reservas. Y aquí, en este caso, pidió uno de los integrantes de la ponencia que se salvase expresamente.

Honorio Romero Herrero. Notario.

Yo estoy de acuerdo con Gonzalo Gutiérrez Celma. Estoy de acuerdo con él porque la reserva del derecho de usufructo debilita la situación de la titularidad de la vivienda y luego el establecer, como parece que hacía referencia Alfredo Sánchez-Rubio, los derechos a favor del otro cónyuge de la vivienda familiar, debería de ser a través de una estipulación a favor de un tercero y ya sería un contrato nuevo. Yo ahí, Gonzalo, estoy de acuerdo contigo.

Las dos cuestiones: sobre todo una muy importante que habéis dado por zanjada en 15 segundos: el juego de los artículos 1354 y 1357 del Código Civil, ¿se aplican estos artículos para los cónyuges aforados aragoneses?.

En segundo lugar, toda la problemática que se plantea si compras y, como se hace casi en el 99 por ciento de los casos, acto seguido, formalizas la escritura de hipoteca con lo cual

pagas el precio del piso, con todo el tema de la fungibilidad del dinero. Eso vamos a dejarlo estar, creo que con ver si se puede aplicar, si os inclináis por la aplicación del 1354 y 1357 aquí al Derecho aragonés, creo que es suficiente.

Y luego la tercera, que también estuvimos hablando en la Comisión de Coordinación, y a la que también habéis hecho referencia, es la naturaleza jurídica del derecho nacido de la resolución judicial en virtud del cual se atribuye al otro cónyuge el uso de la vivienda familiar. Me ha chocado la sentencia del Tribunal Supremo del año 1992 - yo no la conocía - de acudir a la figura del comodato. Pero lo que digo siempre: ¿hasta donde llega el derecho del otro cónyuge a usar la vivienda familiar?

Yo recuerdo que en un caso práctico que teníamos se suscitaba el mismo caso que este del Tribunal Supremo: la suegra le deja el chalet al hijo, el hijo se casa, tiene un hijo, fallece éste, se divorcian, la nuera continúa utilizando la vivienda, fallece el marido divorciado también, sigue utilizando la vivienda la nuera, después la nuera se junta con otro, vive de hecho en el chalet..., la suegra sigue protestando. En qué momento, en qué límite se fija el cambio de criterio del juez para terminar: hasta aquí está la protección de la vivienda familiar y de aquí en adelante no. El caso es que el planteamiento es igual pero claro, un dictamen sigue con todos los supuestos. Sobre todo me interesan el 1354 y 1357. Gracias.

Francisco Curiel Lorente. Coponente.

Si en 15 segundos lo ha despachado el ponente, yo lo despacho en medio segundo. Nosotros creemos que los artículos 1354 y 1357 no se aplican en Aragón. Hemos contemplado la problemática del régimen jurídico de la vivienda familiar y desechado que fuesen aplicables esos artículos, porque creemos que es bastante diferente el régimen de la sociedad legal tácita y el régimen de gananciales. Unos preceptos tan específicos del régimen de la sociedad de gananciales requerirían un reflejo expreso en el régimen legal de nuestra Compilación para ser aplicables.

Por otra parte, quiero destacar que el artículo 1357 del Código Civil se ha calificado como un precepto dirigido solamente a la liquidación y no al tráfico. Tú recuerdas que el artículo 91 R.H. tiene tres párrafos, el primero que dice que para inscribir los actos dispositivos sobre la vivienda familiar es necesario manifestar que no lo es o bien obtener consentimiento del otro cónyuge; el segundo que se refiere a cómo se hacen constar en el Registro esos pagos sucesivos de la vivienda comprada a plazos, pero en estado de soltero, por uno de ellos y el tercero que es el que permite el cambio de titularidad en el Registro.

El segundo párrafo, como recuerdas, permite hacer constar el carácter de los pagos aplazados, si privativos o gananciales, pero no permite el cambio de titularidad en ningún momento. Y en el párrafo tercero sí permite ya el cambio de titularidad y se dice: una vez que se haya terminado de pagar la vivienda, los cónyuges de común acuerdo determinarán en qué proporción es privativa y en qué proporción es ganancial. Y en este caso por nota marginal se hace constar.

Este precepto no ha acarreado ningún problema porque realmente, al menos aquí, nosotros no hemos tenido ninguna aplicación del mismo. Estaba justificado el párrafo tercero de no permitir en ningún momento el cambio de titularidad del bien hasta el final, hasta que se terminara de pagar la vivienda, porque se planteaba el problema de si esa constancia sucesiva iba convirtiendo en ganancial automáticamente el bien, o si había un cambio familiar de la vivienda, en el interín, si volvía retroactivamente a ser privativo o si también se convertía en ganancial y así sucesivamente y decía: ante un cambio del domicilio del cónyuge por razones profesionales o por lo que sea, podría ocurrir que

íbamos a estar afectando varias viviendas al régimen de condominio cuando no era ese el propósito de la reforma. Lo que pasa es que el legislador estaba convencido de que el sistema era deficiente, pero tenía que dar solución al 1354: permite que el cambio de titularidad se haga solamente al final, ya no digo para evitar gastos sino además situaciones en las que el Registrador tendría que comprobar caso por caso: que el régimen sigue siendo ganancial, cuál ha sido la naturaleza del dinero y si esa es la vivienda familiar; ya hemos dicho que el saber si es la vivienda familiar o no, es difícil; que el saber si el dinero es privativo o no, es difícil; en cambio, el saber si el régimen es ganancial o no, si que sería fácil.

Honorio Romero Herrero. Notario.

Comprobar nada. Basta con la declaración y confesión.

Francisco Curiel Lorente. Coponente.

Bien, pero solamente con ese alcance, Honorio; solamente al final te permite el Reglamento que, si ya han acabado de pagar, determinen qué cuantía efectivamente corresponde a cada uno. Estamos distinguiendo lo que el Código no distingue.

Pero yo me estoy refiriendo al reflejo que ha tenido en el Registro ese artículo, cómo se articula en el Registro. Entonces te decimos: nosotros creemos que el 1354 no se aplica en Aragón. Aquí, el bien comprado por una persona en estado de soltería, aunque todos los pagos se hagan después, es privativo sin perjuicio del reembolso al que en su caso haya lugar.

Fragmento de intervención inaudible para su transcripción

Gonzalo Gutiérrez Celma. Coponente.

Sería discutible y opinable según el concepto que se tenga del sistema de fuentes. Es razonable defender que en Aragón tenemos un artículo 38 que, en el párrafo primero habla de los bienes inmuebles aportados al matrimonio, sin perjuicio luego de los reintegros que hubiera que hacer entre los patrimonios. En principio tendríamos norma específica que no distingue según la compraventa sea o no a plazos y, en consecuencia, no haría falta acudir al Código Civil salvo que entiendas el sistema contrario.

Honorio Romero Herrero. Notario.

El sistema es un sistema completo que no admite ninguna remisión del Código Civil, ninguna supletoriedad.

Gonzalo Gutiérrez Celma. Coponente.

O incluso admitiendo remisiones; depende del rigor con que lo apliques: aquí hay una laguna en la Compilación, aplico Código Civil o bien, por el contrario, decir: no, no, la Compilación no ha querido hacer esa distinción y entonces aplico la Compilación.

Hablabas también de la extinción del derecho de uso del art. 96.4 C.c. Pienso que puede terminar por dos razones:

Primera, en función de las relaciones entre los cónyuges, porque hayan cambiado las circunstancias de la familia y ya no haya razón de ser para que persista esa adjudicación del uso. Y, una segunda, que yo creo que va a ser muy discutible, es que se extinga el derecho del cónyuge titular. Si la familia está en precario, si se extingue ese derecho de precario, si lo llamamos así, del cónyuge titular, pues va a ir fuera el cónyuge titular con los

hijos. Incluso en régimen de propiedad, a mi me parece que en el caso de que se haya hecho la adjudicación del uso al cónyuge no titular con sus hijos, si el cónyuge titular fallece o hay una enajenación forzosa, yo creo que se ha terminado, porque claro, el 96.4 a mi me parece que es la misma manifestación del 1320, pero en otro estado de las cosas; en realidad lo único que cambia es que le dices al cónyuge titular: “ahora no entras, no posees”, pero en lo demás es exactamente lo mismo y si concluimos como parece que hemos concluido unánimemente que en los casos de trasmisiones “mortis causa” no entran en juego estas limitaciones de disposición, en consecuencia, si fallece el cónyuge titular yo pienso que se ha terminado el 96.4 y si se subasta, por ejemplo, la vivienda a instancia de un acreedor pues también terminaría el 96.4. Es decir, por mucho que lo configuráramos como un derecho real, a mi me parece que estaría siempre supeditado y me parece que Francisco Curiel no va a estar de acuerdo conmigo con relación al derecho del cónyuge titular.

Francisco Curiel Lorente. Coponente.

Yo, ahí solamente introduzco una matización, Honorio.

Si yo en el Registro tengo inscrita la titularidad privativa y me ha llegado la sentencia definitiva en la que se otorga el uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular, para mi la enajenación forzosa de esa finca se hace con la carga del uso si ha accedido ésta al Registro antes que el asiento del que se deriva la ejecución. El Tribunal Supremo ya ha destacado que, efectivamente, se trata de un derecho real con acceso al registro y si yo lo tengo inscrito en el Registro por mucha ejecución forzosa que haya... Otra cosa es si ejecutase una hipoteca que hubiese llegado al Registro antes de la adjudicación del uso. Si yo tengo inscrito el uso en el registro, aunque venga la enajenación forzosa será con respeto de ese derecho del uso. Ese es el matiz que hago con respecto a esto.

Gonzalo Gutiérrez Celma. Coponente.

Yo discrepo, estamos casi convirtiendo al acreedor, ese acreedor que había dejado el bien en precario, en comodatario. Si el acreedor en la situación normal del matrimonio puede conseguir la subasta de la vivienda familiar y determinar la salida de todo el grupo familiar detrás de ella, ¿por qué no va a poder hacerlo en un supuesto de crisis?, la situación es la misma.

Francisco Curiel Lorente. Coponente.

Yo creo que por la razón que te digo, porque ha accedido prioritariamente al Registro.

Gonzalo Gutiérrez Celma. Coponente.

Ten en cuenta, de todas maneras, que las sentencias del Tribunal Supremo que hablan de esa inoponibilidad, de esa configuración del derecho de uso como un derecho real accesible al Registro, se están refiriendo a un supuesto en el que se produce una enajenación que no es ni forzosa, ni “mortis causa” y que además, no cuenta ni con la autorización judicial ni con el asentimiento del otro cónyuge. De manera que nos está llevando al tema de la inoponibilidad; es decir, si yo, como propietario, promuevo la venta en pública subasta para salir de la división y no tengo la autorización judicial para hacerlo así, esa enajenación no va a ser oponible frente al cónyuge titular. Los efectos prácticos son como si tuviera un derecho real de uso, pero sólo en ese caso. Si yo cuento con la autorización del juez o con el asentimiento de cónyuge, se ha terminado. Y si yo estoy haciendo una transmisión “mortis causa” también se acabó, no hay modo de que perdure el derecho indefinidamente me parece a mí, aunque sin duda será muy discutible.

Fernando Curiel Lorente. Registrador de la Propiedad.

¿Os estais refiriendo a una hipoteca anterior o posterior?

Francisco Curiel Lorente. Coponente.

No, Gonzalo Gutiérrez no se estaba refiriendo a ninguna hipótesis. Estaba hablando de una ejecución forzosa y él no distinguía entre que el uso esté o no inscrito en el Registro y que el derecho que se ejecute esté inscrito antes o después del derecho de uso.

Honorio Romero Herrero. Notario.

Lo que está claro es que la resolución judicial no puede crear un derecho de uso en base a una relación de una naturaleza superior al derecho que tiene el titular.

Francisco Curiel Lorente. Coponente.

La premisa de todo esto es que la titularidad inscrita en el Registro permita la inscripción de ese derecho de uso. En una relación de precario, sería imposible. Debe basarse en una titularidad dominical previa de uno de los cónyuges. Si la titularidad lo permite, el derecho de uso inscrito es oponible "erga omnes" mientras subsista.

Gonzalo Gutiérrez Celma. Coponente.

Mientras perdure la titularidad del cónyuge titular; si la pierde en una subasta pública, pues se ha perdido.

Francisco Curiel Lorente. Coponente.

Estoy de acuerdo en eso, en situación normal de matrimonio, pero en situación de crisis, donde ya ha accedido un derecho diferente, yo creo que se puede sostener lo que he dicho, siempre que el derecho de uso haya accedido al Registro con anterioridad.

Antonio López Millán. Magistrado.

Yo quería preguntar si hay alguna solución al problema que se sigue planteando en los juzgados de familia, con respecto a la inscripción en el Registro de aquellas viviendas que se han adjudicado en procedimiento de ejecución a consecuencia de deudas de uno de los cónyuges sin que previamente se haya liquidado la sociedad conyugal. La liquidación, si no es de común acuerdo, requiere unos trámites y esos trámites son generalmente mucho más lentos que lo que cuesta la subasta. Al respecto, ¿hay algún tipo de modificación, o se mantiene el mismo criterio?

Francisco Curiel Lorente. Coponente.

Seguimos con el criterio, defendido por la resolución de la DGR y N de 8-6-1991. Nos parece razonable que no se pueda subastar algo que no está concretado.

¿Cuáles son esos derechos del cónyuge deudor que se subastan si no se ha hecho la liquidación de la sociedad conyugal? ¿Quién va a acudir a esa subasta? Lo que procede es arbitrar procedimientos rápidos para agilizar la liquidación.

Antonio López Millán. Magistrado.

Resulta bastante incomprensible para la gente en general que, de un día para otro, lo que antes se permitía, ahora ya no se permita.

Francisco Curiel Lorente. Coponente.

Pues no ha habido ninguna novedad en este punto.

José Luis Pueyo. Abogado.

A mí, hay un pequeño tema que me preocupa y que planteo a la mesa por si es posible que disipe esta pequeña preocupación. Es en relación con la comunidad conyugal continuada. El artículo 67.1º parece permitir los actos de disposición a título oneroso de los bienes comunes con el común acuerdo de la totalidad de los partícipes. Mi pregunta es: en el supuesto de la vivienda familiar como bien común dispuesta a título lucrativo, ¿no haría falta este consentimiento?, puesto que el cónyuge muerto no participa en este consentimiento, y entonces, se podría entender efectuada la disposición a título lucrativo de común acuerdo exclusivamente con el cónyuge.

Alfredo Sánchez-Rubio García. Ponente.

La verdad es que el tema de la comunidad conyugal continuada no habíamos entrado en él desde el momento en que al fallecer uno de los cónyuges realmente la aplicación del artículo 51 huelga, no existe ejerciente de la facultad de control y, desde luego, no pensamos nunca que los hijos, aunque sean mayores y puedan estar interesados en la comunidad continuada tengan prerrogativas ni facultades expresas en relación con la enajenación de la vivienda familiar. En consecuencia, yo creo que este problema requerirá el estudio y su planteamiento en otro marco distinto, porque la vivienda familiar, en este caso, no se singulariza de la disposición de cualesquiera otros inmuebles a título lucrativo o a título oneroso. En definitiva, es un problema que no teníamos tratado, ni creo que afecte específicamente a la vivienda familiar.

José Luis Pueyo. Abogado.

No obstante, si la vivienda familiar es bien común y se dispone a título lucrativo, no se necesitaría el consentimiento de los demás partícipes de la comunidad legal continuada, con lo cual se podría actuar en fraude de ellos.

Fernando Curiel Lorente. Registrador de la Propiedad.

Con las premisas que habeis sentado al principio, prevalece la comunidad continuada. No hay vivienda familiar, ya se ha terminado. Es que la vivienda familiar cesa con la muerte.

José Luis Pueyo. Abogado.

Me permito discrepar en este caso puesto que no estoy hablando de la vivienda conyugal, sino de la vivienda familiar. La familia sigue persistiendo con la esposa y los hijos que sobrevivan al cónyuge.

Francisco Curiel Lorente. Coponente.

Pero nosotros pensamos que siempre está basada en la situación de conyugalidad, lo hemos dicho al principio de la delimitación del tema.

Solamente, en uniones de hecho con hijos, es cuando el Tribunal Constitucional entiende que hay también familia protegible pero, fuera de estos casos, creemos que si no hay cónyuges, no hay vivienda familiar.

José Luis Pueyo. Abogado.

Me parece peligroso.

Gonzalo Gutiérrez Celma. Coponente.

Sin haber estudiado en absoluto el tema, lo que caracteriza al régimen de la vivienda familiar es precisamente que sea sólo de uno, del disponente. Si entramos en formas de comunidad, entramos ya en las reglas específicas de la comunidad de que se trate. Ahora, en cuanto entramos en un régimen de comunidad, ya no son aplicables las normas específicas de la vivienda familiar, estamos pensando en lo peculiar del 1320 y lo peculiar del 51; no es que se haga la comunidad de los dos, sino que es sólo de uno, civilmente, sin perjuicio de que se destine como uso, sin merma de la propiedad, a vivienda familiar.

José Enrique Cortés Valdés. Notario.

Yo solamente quería hacer una breve reflexión y la verdad es que no lo tengo nada pensado. Pero Fernando García Vicente ha levantado un poco aquí el polvo en este tema y, realmente, yo creo que la vivienda familiar solamente puede ser familiar de una manera, por la voluntad de uno de los dos cónyuges, porque si creamos un catálogo de viviendas familiares, tendríamos unos problemas tremendos porque llegará el momento en que tendremos, pues, como los tintoreros, las arte gráficas, tendremos registros para todos y nunca los sabremos. Creo que hay que partir de un sentido de absoluta libertad, creo que hay que admitir también, necesariamente, la voluntad de las partes, y creo que hay que admitir la manifestación de que lo es o de que no lo es y me parece que la solución radica precisamente, yo estoy de acuerdo con la Compilación catalana, en el sentido de que lo mismo que moderamos la cláusula penal, vamos por ese camino, porque si no estaremos frenando y poniendo unos obstáculos al tráfico jurídico impresionante, y el hilo es este: decíais antes, por ejemplo, el problema de la separación y del derecho de uso en la sentencia del Tribunal Supremo que se nos plantea muchísimas veces, estamos siempre por criterios mucho más espiritualistas, por ejemplo, con tráfico mercantil, pero se va evolucionando completamente, preferimos cuidar la seguridad del tráfico que cuidar la seguridad del crédito, porque nos da una idea mucho más ordenada de cómo funciona el derecho, de cómo funciona la vida y unas mayores posibilidades de justicia y que el juez intervenga y modere, en todo caso, ese tipo de situaciones; pero el llevar los Registros de una manera concreta, decir cuál tiene que ser una vivienda familiar por criterios objetivos, y en las situaciones en que hoy estamos, en que hay familias que tienen 2, 3 y 4 viviendas, sería, en mi opinión, un verdadero lío en todos los sentidos porque sería un semillero posible de futuros pleitos.

Francisco Curiel Lorente. Coponente.

Si el legislador español, animado por todas las legislaciones que le rodean, se lanza a proteger la vivienda familiar, para algo será, ¿no te parece?

A mí la solución que dan los catalanes no me parece adecuada. Si el legislador español quiere proteger la vivienda familiar, ha de hacerlo de un modo que resulte eficaz. Una indemnización no basta.

Alfredo Sánchez-Rubio García. Ponente.

Parece que no hay ninguna intervención más, así que, igual que abrimos, cerramos la sesión.

