

Notas sobre la vivienda habitual de la familia

(En turno de rectificación)

SUMARIO: I. *El hogar familiar y la sociedad de gananciales. Examen del artículo 1.357, párrafo 2.º, del Código Civil, en relación con el artículo 1.354. Efectos de la ganancialidad adquirida.*—II. *El hogar familiar y el tráfico jurídico. El artículo 1.320 del Código Civil:* A) Su espíritu. B) Su ámbito objetivo. ¿Qué es vivienda familiar? C) Actos a los que se aplica: 1. Constitución de arrendamientos.—2. Usufructos.—3. Hipotecas.—4. Servidumbres.—5. Derechos de uso y habitación.—6. Agrupaciones y segregaciones.—7. Enajenación de la nuda propiedad con reserva del derecho de usufructo.—8. Cesión de la propiedad con reserva del arrendamiento.—9. Hipoteca en garantía del precio aplazado.—10. Disposición de participaciones indivisas.—11. Derecho de superficie.—D) El consentimiento y la autorización judicial supletoria. E) El párrafo 2.º del artículo 1.320: 1. ¿Quién ha de hacer la manifestación?—2. Su contenido.—3. El error o la falsedad.—4. La buena fe.—5. La protección del adquirente.—6. La manifestación en relación con el otorgamiento de la Escritura y su inscripción en el Registro de la Propiedad.

En las dos ocasiones en que brevemente he tratado de este nuevo concepto que supone la vivienda familiar habitual (1) creí correcto desarrollar un sistema que hoy se me antoja complejo en demasía y que, entre otras cosas, llevaba consigo un consejo o recomendación más o menos velada acerca de la necesidad de dar acceso al Registro de la Propiedad de dos datos que entendí especialmente relevantes: 1.º, su carácter de vivienda habitual de la familia; y 2.º, su posible ganancialidad parcial al amparo de lo prevenido en los artículos 1.354 y 1.357.

El tiempo transcurrido desde la reforma y las distintas opiniones vertidas por la doctrina sobre este punto me obligan a revisar aquellas pri-

(1) *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, núm. 166, marzo 1981, página 259. *Reflexiones y problemas prácticos inmobiliarios* (Jaén, 1981, pág. 277).

meras y apresuradas ideas y a plantear la cuestión de muy diferente modo.

Los dos fundamentales aspectos que desde el punto de vista inmobiliario interesan del nuevo sistema son, a mi parecer, los siguientes:

- El examen de la naturaleza privativa o ganancial de la vivienda familiar.
- Y el estudio de las normas y cauces ordenadores de su tráfico.

I. EL HOGAR FAMILIAR Y LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

En el régimen de la sociedad legal de gananciales la vivienda habitual de la familia puede encontrarse en alguna de las siguientes situaciones:

1.º Vivienda familiar que por las reglas generales del C.C. (artículo 1.347) tiene un originario carácter ganancial (ej.: la adquirida a título oneroso constante matrimonio y a costa del caudal común).

2.º Vivienda familiar que por las mismas reglas generales del Código (art. 1.346) tiene carácter privativo de origen (ej.: la adquirida por herencia o legado por cualquiera de los cónyuges).

3.º Vivienda familiar que por las referidas reglas generales de nuestro C.C. (arts. 1.344, 1.346 y 1.354) tiene naturaleza en parte privativa y en parte ganancial (pro indiviso ordinario entre la sociedad y cualquiera de los cónyuges).

4.º Y, por último, vivienda familiar originariamente privativa, que adquiere con posterioridad, y en razón a su cualidad de tal vivienda, hogar de la familia, naturaleza ganancial.

Es este último el caso que plantea perfiles de mayor interés; y se produce en el supuesto previsto en el artículo 1.357, párrafo segundo.

La regla general es que los bienes comprados a plazos por cualquiera de los cónyuges antes de comenzar la sociedad son privativos, pese a que la totalidad o parte del precio aplazado se satisfaga con dinero ganancial (artículo 1.357, pár. primero). De este régimen se exceptúa la vivienda familiar, a la cual se aplicará lo dispuesto en el artículo 1.354, es decir, que sobre ella quedará constituido un proindiviso entre el consorte o consortes y la sociedad conyugal, en proporción al valor de las aportaciones respectivas.

¿Tiene acceso al Registro de la Propiedad esta ganancialidad adquirida *a posteriori*? Aunque no como seguro, en otro lugar acabé optando

por inclinarme hacia la posibilidad de tal constancia, que en cierto modo da también como posible MÁRQUEZ MUÑOZ (2).

Es preciso denunciar ahora el sinnúmero de problemas que tal sistema puede implicar:

1.º El acceso al Registro de la ganancialidad adquirida puede ser solicitado:

- Por ambos cónyuges de común acuerdo.
- Por el consorte titular registral de la vivienda.
- Por el cónyuge no titular.

Si esto último no parece admisible y no existe ni tan siquiera arbitrado un remedio subsidiario para suplir la negativa del titular, los otros dos supuestos tampoco están exentos de dudas, pues ambos aparecen contradichos por el artículo 1.355 (conversión en gananciales de unos bienes privativos); en cuanto al primero, porque no estamos aquí ante bienes adquiridos «constante matrimonio»; y para el segundo, porque falta el «común acuerdo» que dicho precepto exige.

2.º Otro grave inconveniente es el que resulta del propio mecanismo adquisitivo.

Cuando adquiere un soltero (viudo, separado judicialmente o separado de bienes) la inscripción, si es que se practicó, sólo pudo hacerse a su nombre. La posterior ganancialidad está condicionada a los siguientes presupuestos:

- que se establezca un régimen de sociedad de gananciales;
- que se ocupe la vivienda por la familia y con habitualidad;
- y que alguno de los plazos pendientes se satisfaga con fondos comunes.

Esta tríada de elementos presenta, con grado creciente de la primera a la última, serias dificultades en orden a su demostración.

3.º El pro indiviso que predica el artículo 1.357, párrafo segundo, carece obviamente de fijeza y es por esencia variable. Conforme se vayan pagando plazos con aportaciones gananciales o privativas habrá que ir rectificando las respectivas cuotas de propiedad. Si los plazos son numerosos (lo que hoy cada día es más frecuente) los reajustes habrán de ser tantos cuantos sean éstos.

(2) JOSÉ MÁRQUEZ MUÑOZ: «Resumen de algunas normas del Código Civil», en *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, núm. 180, junio de 1982, página 527.

Si civilmente ello ya resulta complejo, desde el punto de vista registral hay que añadir a ese calificativo los de: gravoso y molesto; sin olvidar la enorme inseguridad que se introduce en el normal tráfico inmobiliario.

4.º Por último, la ganancialidad adquirida tiene, al menos a mi juicio, un acontecimiento que le pone fin. Si la vivienda deja de ser en un determinado momento la habitual de la familia, han de restituirse las cosas a su estado primitivo y quedar, por tanto, reintegrado el inmueble en el patrimonio peculiar de su titular, todo ello, naturalmente, sin perjuicio de los oportunos reembolsos que haya de hacer dicho cónyuge a la sociedad por razón de las aportaciones salidas del acervo de ésta.

Nueva inseguridad, nuevas rectificaciones y nuevos gastos.

La conclusión no resulta ni mucho menos segura. Rechazar un camino no supone encontrar automáticamente otro libre de obstáculos.

Decidiéndose que la ganancialidad no accede al Registro, y si se considera que éste nunca debe ser discordante de la realidad extrahipotecaria, habremos de colegir que la norma del artículo 1.357, párrafo segundo, no está concebida para el tráfico ni civil ni registral, con la importante y hasta cierto punto sorprendente consecuencia de la inaplicabilidad de los artículos 1.376, 1.377 y 1.378 del C.C. (sólo se aplicará el artículo 1.320, y ello en tanto en cuanto la vivienda familiar mantenga su carácter de habitual de la familia).

La posible ganancialidad sobrevenida de la vivienda familiar no opera, entonces, de momento.

Es esclarecedora al respecto la lectura de las *Notas de urgencia sobre algunos aspectos de la reforma de 1982 del Código Civil* (Comisión de Estudios del Colegio Nacional de Registradores, 5 de junio de 1981, página 10), en las que se dice:

«El artículo 1.357, 2, que determina la ‘ganancialización’ parcial de la vivienda familiar, hay que entender que es una norma para la liquidación en su día de la sociedad de gananciales y no una norma para el tráfico. Si así no fuera se daría el absurdo de que los cambios de domicilio familiar irían convirtiendo en parcialmente gananciales todos los pisos adquiridos a plazos antes del nacimiento de la sociedad de gananciales y pagados después de este nacimiento, según fueran siendo ocupados por la familia, con lo cual se desbordaría la finalidad de la Reforma; si lo que éste pretende es evitar que el cónyuge propietario deje en la calle al otro mediante la enajenación a sus espaldas de la vivienda familiar, ya tenemos para impedirlo el artículo 1.320; y si lo que se quiere es proteger al viudo o viuda (suponiendo»

que la disolución se produce por muerte) contra los herederos del otro cónyuge basta que se considere parcialmente ganancial, en su caso, en la liquidación de la sociedad, el piso que en ese momento sea hogar familiar sin necesidad de ir afectando todos los pisos que vaya ocupando la familia, sin más resultado práctico que evitar la administración unilateral (la disposición unilateral ya está impedida, como decimos, por el art. 1.320) por el cónyuge adquirente.»

Para TOMÁS GIMÉNEZ DUART (3) esta es la única manera razonable de interpretar el precepto.

El artículo 1.354 (en relación con el 1.357, pár. segundo) no es posible aplicarlo en sus consecuencias inmediatas, sino en su faceta liquidatoria.

Durante la vigencia de la sociedad el régimen de la vivienda familiar comprada a plazos antes de su comienzo quedará atenido a las normas generales sobre los bienes privativos sin más modalizaciones que la contenida en el artículo 1.320, según se ha dicho.

A pesar de todo ello, y como quiera que el mundo práctico del derecho exige examinar todas las consecuencias, hasta las más remotas, que la adopción de una determinada tesis comporta; habrá que reconocer que la que vengo exponiendo plantea un nuevo desafío interpretativo.

En efecto, siendo el artículo 1.357, 2, norma para la liquidación, ello significa que su plena operatividad se alcanza al disolverse la sociedad de gananciales, y llegados a este punto, ¿qué ha de suceder disuelta la sociedad pero aún no realizadas las pertinentes adjudicaciones? ¿Puede el viudo o viuda enajenar libremente la vivienda que, siendo habitual hasta el fallecimiento de su consorte, fue adquirida a plazos antes de comenzar la sociedad conyugal?

El obstáculo no está, entonces, en el artículo 1.320 (pues al enajenar el viudo la vivienda ya no es la habitual de la familia), sino en las normas reguladoras de la disposición de bienes gananciales, que en la parte correspondiente deberían ser aplicables, en principio, a la vivienda que ganó tal carácter.

No obstante la posibilidad de arbitrar soluciones teóricas, lo cierto es que en la práctica poner freno a las enajenaciones de referencia exige en el Registrador calificador un más que extraordinario esfuerzo indagador, obligándole a determinar:

(3) «Los bienes privativos y gananciales tras la Reforma de 13 de mayo de 1981», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 548, enero-febrero 1982.

- Si el que hoy vende adquirió antes de comenzar la sociedad conyugal (si A compró viudo, contrajo matrimonio, y nuevamente viudo vende, la dificultad de fijación de este primer punto es casi insuperable).
- Que se constituyó una sociedad de gananciales (si A compró soltero, se casó en régimen de separación de bienes, y vende ahora viudo, la inaplicabilidad del art. 1.357, párrafo segundo, es obvia).
- Que cuando ésta comenzó quedaban plazos por pagar (la posibilidad de anticipación de plazos y la no constancia de los mismos en el Registro suponen nuevas dificultades).
- Que se pagaron durante la misma, y siendo ya vivienda habitual (no parece que la ocupación de la vivienda familiar tenga efectos retroactivos, por lo que respecto de aquellos plazos que, aun con fondos comunes, fueron satisfechos constante la sociedad, pero antes de que la vivienda fuese la habitual de la familia, la norma de aplicación debe ser la del artículo 1.357, párrafo primero, y no la del segundo. Aunque todo ello haya que darlo siempre con las naturales reservas).
- Y, en fin, que se destinó a última vivienda habitual. Las anteriores que dejaron de ser tales recuperan su —nunca perdido— carácter privativo, como en otro lugar he indicado.

Si a toda esta sarta de inconvenientes unimos que antes de la liquidación y adjudicación no puede conocerse con exactitud cuál sea la parte que corresponde a la sociedad y cuál la del cónyuge; la conclusión más congruente no ha de ser otra que la de estimar que puede el cónyuge por sí solo disponer de la vivienda que fue habitual:

1.º Porque ya no lo es.

2.º Porque no cabrá (caso de disolución por muerte) recurrir al consentimiento de su esposo.

3.º Y porque su posible ganancialidad parcial no puede conocerse hasta que concluyan las operaciones liquidatorias.

Resulta, a la postre, que el artículo 1.357, 2, no es aplicable sino en el último instante del proceso disolutorio, y ello casi equivale a pregonar su inutilidad, por cuanto hemos acabado por convertirlo en un puro y simple reembolso, siendo así que para esa finalidad ya contábamos con su párrafo primero.

A pesar de todo, creo que esa conclusión desalentadora no es correcta; el artículo 1.357, 2, cumple una finalidad que sin su existencia no podría alcanzarse. Así:

- Si la vivienda familiar última existe al emprenderse las operaciones liquidatorias los interesados pueden y deben aplicar respecto de ella el artículo 1.354 y, por tanto, proceder a adjudicársela de acuerdo con su carácter parcialmente ganancial.
- Si ya no existe por haber dispuesto de ella el cónyuge titular (en el caso visto; es decir, disuelta la sociedad, pero aún no liquidada) podrá, en mi opinión, el otro cónyuge o sus herederos solicitar la inclusión en el haber de la sociedad del «importe actualizado del valor que tenía la parte ganancial del bien cuando éste se enajenó» (en analogía con lo prevenido en el art. 1.396, 2); y aquí justamente radica la diferencia con el simple reembolso cuya cuantía es fijada en «el importe actualizado de las cantidades pagadas por la sociedad» (art. 1.397, párrafo tercero).

II. EL HOGAR FAMILIAR Y EL TRAFICO JURIDICO

Dice el artículo 1.320 del C.C.: «Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial.»

Se ha convenido con unanimidad en que el precepto es aplicable a toda clase de regímenes matrimoniales (gananciales, separación y participación) y que ciñe su ámbito a los actos de disposición *inter vivos* (4).

A) EL ESPÍRITU DE LA NORMA

Es fácil observar cómo es general la coincidencia doctrinal a la hora de fijar el espíritu que animó a los redactores del artículo 1.320. En el lenguaje llano de LACRUZ BERDEJO (5) se trata de evitar que un cónyuge pueda por sí solo dejar al otro en la calle. En igual sentido, MARTÍNEZ CALCERRADA (6).

(4) En cuanto a su aplicabilidad en las zonas forales, véase TOMÁS GIMÉNEZ DUART: «La organización económica del matrimonio tras la Reforma de 13 de mayo de 1981», en *Revista de Derecho Notarial*, núms. 113 y 114 (julio-diciembre 1981), páginas 99 y ss.

(5) J. L. LACRUZ BERDEJO: «La reforma del Derecho de familia», en *Jornadas Hispalenses sobre la Reforma*, Sevilla, 1982, pág. 104.

(6) LUIS MARTÍNEZ CALDERRADA: *El nuevo Derecho de familia*, tomo I, 2.ª edición, Madrid, 1981, pág. 117.

No ha faltado quien, como GARRIDO CERDÁ (7), junto a esta *ratio* genérica, haya encontrado para el precepto otra fundamentación: la de constituir una garantía de la efectividad de lo preceptuado en el artículo 70 del C.C. (fijación de común acuerdo del domicilio conyugal).

B) AMBITO OBJETIVO. ¿QUÉ ES VIVIENDA FAMILIAR?

De la dicción del párrafo primero del artículo 1.320 (vivienda habitual de la familia) se desprenden los tres elementos de indispensable concurrencia para que el hogar pueda ser calificado de familiar:

- debe de tratarse de una edificación habitable;
- ocupada de hecho y con habitualidad;
- y habitada por la familia.

1.º Por no constituir viviendas, AVILA (8) excluye los solares, locales de negocios, fábricas, etc., y ALBALADEJO (9), los garajes. Añade LACRUZ que la destinada exclusivamente al ejercicio de una profesión tampoco es vivienda.

2.º Por faltar el requisito de la habitualidad, los citados autores dejan fuera de su ámbito las denominadas segundas residencias o, como dice GIMÉNEZ DUART (10), las viviendas de recreo en general.

Debe tenerse en cuenta que el requisito de la habitualidad es algo que mira al presente y al futuro aún más que al pasado. No hay fijado un tiempo mínimo de ocupación de la vivienda para estimarla habitual. Tan habitual será la ocupada desde hace muchos años como la habitada recientemente. Incluso cabría pensar si entra o no en la categoría de referencia aquella vivienda aún no ocupada (por razón de estar en construcción o reparación), pero ya destinada por la familia para constituir su hogar habitual. LACRUZ (11) se muestra contrario al supuesto de vivienda adquirida para instalar la residencia, pero aún no ocupada.

(7) EMILIO GARRIDO CERDÁ: «Derechos de un cónyuge sobre los bienes del otro», en *Revista de Derecho Notarial*, núm. 115, enero-marzo 1982, pág. 106.

(8) PEDRO AVILA ALVAREZ: «El régimen económico matrimonial en la reforma del Código Civil», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 547, noviembre-diciembre 1981, pág. 1381.

(9) MANUEL ALBALADEJO: *Curso de Derecho Civil*, tomo IV, Zaragoza, 1982, página 155.

(10) *Revista de Derecho Notarial*, cit., pág. 87.

(11) J. L. LACRUZ BERDEJO y F. DE A. SANCHO REBULLIDA: *Elementos de Derecho Civil*, IV: *Derecho de Familia*, Barcelona, 1982, pág. 300.

3.º El último elemento por examinar es el aspecto familiar. De lo dicho en el anterior apartado se desprende que lo preponderante, más que el concepto de familia, es el de cónyuges. El viudo no está necesitado de recurrir a la autorización judicial supletoria para enajenar su vivienda privativa, aunque sea la ocupada habitualmente por su familia. La vivienda ha de ser, pues, la de los cónyuges, y, por ello, podrían estimarse excluidas de su ámbito aquellas viviendas que de ordinario, en diferente localidad, los hijos, quizá con más habitualidad que el hogar paterno, ocupan por razón de sus estudios o trabajo, y ello incluso aunque la madre o el padre conviviesen con ellos temporadas más o menos prolongadas (12).

No se me escapa que esta reducción por asimilación de la vivienda-hogar a la de los cónyuges puede despertar serias suspicacias. Máxime teniendo en cuenta que nuestro C.C. (arts. 1.320 y 1.357) utiliza expresamente el término familia.

Posiblemente por ello, ALBALADEJO (13) apunta que la aplicación del artículo 1.320 ha de extenderse tanto a los muebles de uso ordinario de la familia contemplada en su conjunto como de algunos de sus miembros en particular: así, el dormitorio de soltera de una hija.

Pero reparemos en que la extensión que predica el citado autor lo es sólo para los «muebles», y que no han faltado ya autores que, como SANTOS BRIZ (14) o LACRUZ, se muestran radicalmente contrarios a ella.

El interés prevalentemente protegido es entonces el del cónyuge no titular, aunque por vía de consecuencia o utilidad colateral se proteja al colectivo de la familia (15).

Se deduce ello:

- de los antecedentes del Derecho comparado;
- de la misma *ratio* de la norma de nuestro Código Civil;
- del hecho de que el consentimiento para la disposición que de con exclusividad atribuido al cónyuge sin dar intervención alguna, que por otro lado sería harto engorrosa, a los demás miembros de la familia.

Resumiendo, y descendiendo al terreno práctico, veamos los posibles casos que pueden ofrecerse:

(12) En contra de esta exclusión LACRUZ.

(13) *Ob. cit.*, nota en pág. 154.

(14) JAIME SANTOS BRIZ: *Derecho Civil*, tomo V, Madrid, 1982, pág. 122.

(15) Dice JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS que la norma del artículo 1.320 protege inmediatamente al otro cónyuge... y mediatamente a la familia... (*Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo XVIII, vol. 1.º, 2.ª ed., pág. 126).

- Vivienda ocupada por los dos cónyuges. No hay duda de que es la habitual de la familia.
- Vivienda ocupada por uno solo de los esposos.

ALBALADEJO y LACRUZ la excluyen. Por su parte, AVILA matiza que si por alejamiento voluntario de uno de los cónyuges continúa el otro ocupando por sí solo la vivienda, ésta debe merecer la condición de familiar.

Esta precisión nos complica las cosas y nos obliga a considerar otra serie de supuestos:

- Separación de hecho por mutuo acuerdo de los esposos, ocupando cada uno una vivienda. ¿Son familiares las dos? ¿Sólo la ocupada anteriormente por ambos, si uno permanece en ella? ¿Acaso la ocupada por el cónyuge que queda con los hijos? ¿No lo es ninguna?
- Abandono. ¿Es familiar la vivienda abandonada? ¿Lo es la nueva ocupada por el cónyuge que se fue? ¿Lo son ambas? ¿No lo es ninguna?
- Y aunque no sea el caso más frecuente no podemos olvidar, por último, el del cónyuge expulsado de su hogar o constreñido a abandonarlo por los malos tratos físicos o psíquicos recibidos del otro. ¿Es familiar la nueva vivienda que ocupe aquel cónyuge? ¿Lo es la habitada por el que ejerció la violencia? ¿No lo es ninguna? ¿Lo son las dos?

Esta casuística, añadida a la alternativa de quién sea el cónyuge titular privativo de la vivienda, llevaría a una interminable lista de problemas, y por ello casi parece preferible, aun reconociendo que puede dar lugar a determinadas situaciones de desequilibrio y desprotección, aceptar la tesis simplificadora que, como antes apuntaba, sostenían los maestros ALBALADEJO y LACRUZ (16): disgregada la pareja, no cabe ya hablar de vivienda habitual.

C) ACTOS A LOS QUE SE APLICA

La norma habla de «disponer de los derechos sobre la vivienda».

Cuando menos, hay que convenir en que —como dice LACRUZ— no queda expresada con ello la total intención del legislador.

(16) En igual sentido, J. L. DE LOS MOZOS: *Ob. cit.*, pág. 130.

Por amplia y poco técnica, la expresión disponer de los derechos no puede estimarse afortunada, y ya ha ocasionado numerosas dudas, habiéndose al respecto formulado una triple interpretación.

- Equivale a disposición de los bienes mismos. En un primer momento he sostenido esta tesis, mas creo que debe ser hoy abandonada, pues con ella se limitan arbitrariamente los términos de la norma y deja a la larga sin cumplir el objetivo último que se persigue (estaría excluido el arriendo que no implicase la facultad de disposición; v.gr.: el arriendo por temporada).
- Disposición de los derechos, cualesquiera que sean éstos.
- Disposición de aquellos derechos que impliquen la pérdida de la facultad de ocupar la vivienda por el grupo familiar.

En la doctrina parecen haber hecho fortuna estas dos últimas orientaciones, que con la sola finalidad de permitir cómodas remisiones a ellas llamaré tesis literalista y tesis finalista, respectivamente.

Se adscribe a la primera AVILA (17), para el que están necesitados de consentimiento la transmisión aun con reserva del usufructo o del derecho de arrendamiento y la constitución del de hipoteca; en tanto que parecen militar en la segunda LACRUZ, DE LOS MOZOS y ALBALADEJO. Para este último (18), de la exigencia de consentimiento se excluyen la transmisión de nuda propiedad con reserva de usufructo o la venta bajo condición de un presumible traslado del domicilio habitual.

Otros autores, sin mostrar una línea tan uniforme, se limitan a enumerar una serie de actos precisados de consentimiento, elaborando otra de dispensados de tal requisito.

Creo que, aunque no para el punto de vista de la elaboración doctrinal, sí para el práctico, es útil una enumeración de tal índole; en esa idea, y con referencia sólo a los casos que mayores dudas ofrecen, cabe citar:

1.º *Constitución de arrendamientos*

Hay una práctica unanimidad en la doctrina sobre la necesidad de consentimiento del cónyuge no titular (LACRUZ, ALBALADEJO, SANTOS BRIZ, MARTÍNEZ CALCERRADA, GIMÉNEZ DUART, etc.).

(17) *Loc. cit.*, pág. 1380.

(18) *Ob. cit.*, pág. 156.

Igual estado de opinión se aprecia en cuanto a la cesión o renuncia al arriendo, si era éste el derecho por virtud del cual se ocupaba la vivienda.

Admite LACRUZ como excepcional el arriendo parcial de aquellas habitaciones que no se utilicen por la familia.

2.º *Constitución de usufructo*

La constitución de un derecho de usufructo está comprendida en la disposición de derechos a que alude el artículo 1.320, y precisará, por ello, del consentimiento del cónyuge no titular de la vivienda, a menos que dicho usufructo se constituya precisamente a su favor.

La renuncia o cesión del usufructo son actos que también deberán ser consentidos, salvo que el nudo propietario o cesionario, respectivamente, resulte ser el otro cónyuge.

3.º *Constitución de hipoteca*

Es un acto necesitado de consentimiento. Así, AVILA, ALBALADEJO, GIMÉNEZ DUART (19) y VÁZQUEZ IRUZUBIETA (20).

Este último autor incluye por analogía la constitución de un derecho de anticresis.

A mí, que desde luego acepto aquella general tesis, no deja de causarme perplejidad el comprobar cómo no se admite la constitución de una hipoteca sobre la vivienda hoy hogar familiar y que al ejecutarse ya no lo es, y deba indudablemente permitirse la constitución de tal gravamen sobre la vivienda que no es hogar familiar en ese momento inicial, pero sí en el de la ejecución.

4.º *Servidumbres*

La constitución de servidumbres voluntarias pasivas —dice VÁZQUEZ IRUZUBIETA— está sujeta a la prestación de consentimiento.

Matizando esa afirmación, y en sintonía con la tesis finalista, cabría entender innecesario aquel consentimiento en aquellos casos en que la entidad de la servidumbre fuese tal que no afectase al disfrute de la vivienda por la familia. Otro tanto sería dable opinar respecto de la renuncia a las servidumbres de que disfrutase la vivienda.

(19) *Revista de Derecho Notarial*, cit., pág. 88.

(20) *Régimen económico del matrimonio*, Madrid, 1982, pág. 62.

Aludiendo a un caso concreto, AVILA considera incluida en el artículo 1.320 la constitución de una servidumbre de paso.

5.º *Derechos de uso y habitación*

Su evidente analogía con el usufructo obliga a estimarlos incluidos en la exigencia general de consentimiento (LACRUZ, VÁZQUEZ IRUZUBIETA y DE LOS MOZOS).

6.º *Agrupaciones, segregaciones, divisiones y agregaciones*

GIMÉNEZ DUART los considera dispensados de consentimiento. Los mismos argumentos que en materia de gananciales se manejan de ordinario respecto de este tipo de operaciones dan la razón al autor citado.

7.º *Enajenación de la nuda propiedad con reserva de usufructo*

Su posibilidad sin necesidad del consentimiento prevenido en el artículo 1.320 es defendida, entre otros, por LACRUZ, ALBALADEJO, DE LOS MOZOS, SANTOS BRIZ y GARRIDO CERDÁ. En contra se manifiestan AVILA, como ya sabemos, y GIMÉNEZ DUART.

Sin embargo, entre los partidarios de su viabilidad hay que hacer una diferenciación. Y así, mientras de la lectura de ALBALADEJO se trasluce que lo admitido es que el cónyuge disponente se reserve para sí el usufructo, LACRUZ acaba exigiendo el que la reserva lo sea «en provecho del cónyuge sobreviviente y de la familia entonces convivente». GIMÉNEZ DUART califica de excesivamente complicado este especial tipo de usufructo. Los casos que en mi opinión se presentan como posibles son los siguientes:

- Reserva del usufructo a favor de ambos cónyuges. Resulta la más aceptable, en cuanto que con ella se respeta el espíritu de la Ley.
(Sobre la posibilidad jurídica de esta reserva, y a su favor, ver *R.C.D.I.*, núm. 535, noviembre-diciembre 1979, páginas 1318 y siguiente.)
- Reserva del usufructo a favor de ambos cónyuges, pero con carácter sucesivo. También en mi opinión queda salvada la finalidad de la norma, pues se asegura, aun para el futuro, un título jurídico de habitabilidad para el cónyuge no titular.
- Reserva del usufructo a favor sólo del consorte disponente.

Haber disposición de derechos, la hay, y por tanto la letra del artículo 1.320 resulta violada; pero no olvidemos que igual acontece en los otros dos casos. ¿Queda igualmente vulnerado su espíritu? Creo que no. Con la expresada reserva, el cónyuge disponente conserva —junto a otras— la facultad de habitar la vivienda enajenada y, por tanto, no deja a su consorte «en la calle».

Sólo un pero que apuntar, y que es el que parece preocupar a algunos autores. Fallecido el usufructuario, queda su consorte sin derecho alguno. ¿Es esto contrario a la idiosincracia del nuevo sistema? Yo estimo, sinceramente, que no, pues si hay unanimidad en afirmar que el artículo 1.320 no limita en modo alguno los actos *mortis causa*, es decir, que si el titular de la vivienda la puede legar a un extraño, es claro que la protección del otro cónyuge está pensada para un tiempo determinado: la vida del propio titular de la vivienda. Más allá de ese momento la Ley no le protege, como no sea en materia de ganancialidad, tal y como predicen los conocidos artículos 1.354, en relación con el párrafo segundo del artículo 1.357.

En conclusión, la enajenación de la nuda propiedad con reserva para el cónyuge enajenante del derecho de usufructo está dispensada de consentimiento.

A su favor, a más de lo dicho, es de resaltar el dato del carácter eminentemente familiar que de ordinario suele rodear a los negocios del tipo del examinado; y abundando, añadir que el argumento contrario de AVILA (perjuicio al cónyuge no titular por imposibilidad de aplicación del número 4 del art. 1.406 C.C.) da como bueno el que este artículo se refiere a bienes privativos, entendiéndolo yo, con GARRIDO CERDÁ, que se ciñe con exclusividad a los gananciales, que son los únicos que se incluyen en el inventario de la sociedad.

8.º *Cesión de la propiedad con reserva del derecho de arrendamiento*

AVILA, LACRUZ y GARRIDO CERDÁ afirman que la operación de referencia, al suponer una merma en la entidad del derecho en virtud del cual se disfruta la vivienda, está necesitada de consentimiento.

Suscribo esa tesis en razón a que se trata de una dualidad de negocios: la cesión del dominio y la constitución del arrendamiento; y es indudable que para el primero es preciso aquel consentimiento.

9.º *Hipoteca en garantía del precio aplazado*

El caso es el del marido o mujer que adquieren con carácter privativo, y por compra, una vivienda destinada a ser la habitual de la familia. El precio se aplaza en parte y se garantiza éste con hipoteca.

¿Ha de prestarse el consentimiento previsto en el artículo 1.320? LACRUZ sostiene que no es necesario, porque la vivienda adquirida, pero aún no ocupada —recordémoslo—, no le merece la condición de habitual de la familia.

Yo, que comparto la solución, encuentro que su fundamento no es otro que el mismo que inspira el supuesto similar caso de ser ganancial lo adquirido, es decir, que compra e hipoteca en garantía del precio en ella aplazado; son dos negocios conexos y pertenecen a la unidad de un mecanismo adquisitivo. Estamos, pues, ante un supuesto, peculiar, desde luego, pero frecuentísimo, de «adquisición»; y sabemos que el artículo 1.320 se refiere exclusivamente a la «disposición de derechos».

10. *Disposición de parte indivisa de finca*

Tanto si el transferente es titular de la totalidad y ahora transmite parte, como si lo es sólo de la participación que enajena, entiendo que el consentimiento del otro cónyuge es inexcusable.

Un caso práctico puede poner de manifiesto lo justificado de esta exigencia: el de las denominadas «partes determinadas de casa». Se trata de porciones indivisas de casa que tienen concreción de uso a unas dependencias con carácter exclusivo (cámaras y alcobas) y a otras de modo compartido (patios, zaguanes, escaleras, azoteas, etc.). En el fondo no es sino una propiedad horizontal *sui generis* que aparece al exterior como un condominio romano.

11. *Constitución de un derecho de superficie*

DE LOS MOZOS (21) lo entiende incluido en el término «disposición de derechos», y por ello necesitado de consentimiento. Por mi parte, y puesto que la concesión de un derecho de superficie no se presenta fatalmente como atentatoria de la estabilidad e integridad del hogar familiar, no creo fácil que respecto de él pueda formularse una regla absolutamente general.

(21) *Ob. cit.*, pág. 129.

De todo lo anteriormente consignado se deduce que mi opinión, siguiendo la de la generalidad, se acerca en gran medida a la tesis que denominé finalista; y desde esta perspectiva sí que es criticable, como ya dije, la dicción del artículo 1.320, que se presenta como rigurosa en extremo, pero que bien puede quedar corregida si su fórmula se interpreta atendiendo «fundamentalmente» a su espíritu y finalidad, que es, a fin de cuentas, lo que «manda» el artículo 3.º, 1, del C.C. y por donde parece discurrir el cauce de la corriente doctrinal mayoritaria.

D) EL CONSENTIMIENTO Y LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL SUPLETORIA

a) *Consentimiento*

Aunque en puridad doctrinal no puede darse al consentimiento del cónyuge no titular igual entidad que al consentimiento conyugal al que aluden los artículos 1.376 y 1.377, debido a que en este último el que consiente es partícipe en el bien que se administra o de que se dispone, en tanto que en el otro, como dice LACRUZ, se trata de un «asentimiento», dado por quien no es parte en el acto dispositivo; lo cierto es que sus consecuencias prácticas vienen a ser las mismas: su falta provoca la anulabilidad prevista en el artículo 1.322.

Tres cuestiones cabe plantearse respecto de este «asentimiento»: 1.º Si ha de ser específico. 2.º Si ha de ser especial; y 3.º Si ha de ser coetáneo al negocio de disposición.

1.º Por específico me refiero a si ha de ser consentimiento «para disponer de la vivienda familiar» o si, por el contrario, cabe arbitrarlo o entenderlo subsumido en otras fórmulas concebidas en términos generales, como en el otorgado para enajenar bienes gananciales.

GARRIDO CERDÁ apunta que el consentimiento a que se refiere el artículo 1.320 no puede considerarse embebido en el consentimiento general para disponer de gananciales.

Pero conviene examinar caso por caso a fin de confirmar o no la afirmación —mejor, negación— del autor citado.

- Vivienda privativa.—Parece en principio claro que el cónyuge titular no podrá enajenarla valiéndose del consentimiento previo y general que para «disponer de los gananciales» le hubiese otorgado el otro consorte.
- Vivienda ganancial.

¿Hay un consentimiento para la disposición de gananciales y otro diferente para la disposición de la vivienda habitual?

La impresión es que sí:

- Su objeto es distinto: uno versa sobre gananciales y el otro alcanza aún a los privativos.
- También lo es su finalidad: en uno, la protección del acervo común; en otro, el aseguramiento para la familia de un techo bajo el que habitar.
- El artículo 1.320, párrafo primero, al precisar que su régimen se aplica «aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges», permite colegir que este especial asentimiento también opera tratándose de bienes comunes.
- En fin, el artículo 1.320, párrafo segundo, refuerza todo lo dicho al referirse específicamente «al carácter de la vivienda».

Cabe entonces, en principio, dar la razón a GARRIDO CERDÁ y, llevando la cuestión a su aspecto práctico, concluir:

- Que si un cónyuge enajena la vivienda familiar, sea ésta privativa o ganancial, haciendo uso del consentimiento general que, para disponer de gananciales, le tenía otorgado su consorte, el acto seguirá siendo anulable conforme a los artículos 1.320 y 1.322.
- Que si el esposo no titular comparece en la escritura o la ratifica con posterioridad, aunque en su intervención (por tratarse de vivienda ganancial) exprese que presta el consentimiento prevenido en el artículo 1.377, el acto será válido e inatacable, por cuanto debió conocer que la vivienda enajenada era la familiar y consintió o ratificó el negocio en su totalidad.

2.º ¿Ha de ser el asentimiento especial para cada caso concreto? GARRIDO CERDÁ así lo entiende (el derecho establecido en el art. 70 es, en su opinión, irrenunciable). A mi juicio, y porque, como dice LACRUZ, «la protección que presta el artículo 1.320 puede ser renunciada» (sin olvidar, además, que se admite, como después veremos, un consentimiento preventivo), no es precisa esa concreción; y sería de recibo el consentimiento dado para disponer de la vivienda familiar, cualquiera que ésta fuese.

3.º ¿El asentimiento ha de ser coetáneo con el acto dispositivo?

El mismo LACRUZ apunta que puede ser prestado preventivamente, e incluso en forma irrevocable, en capítulos.

MÁRQUEZ MUÑOZ (22) acepta, por su parte, en analogía con lo que ocurre tratándose de bienes gananciales, tanto el consentimiento anticipado como la ratificación posterior.

- En el artículo 1.322 puede encontrar su más justificado asiento esta línea interpretativa.

b) *La autorización judicial*

No obteniéndose el consentimiento del otro cónyuge, la disposición de los derechos sobre la vivienda habitual requerirá «en su caso, autorización judicial» (art. 1.320).

En cuanto al procedimiento para obtenerla, SANTOS BRIZ y DE LOS MOZOS señalan que será el de los actos de jurisdicción voluntaria (Disposición transitoria décima de la Ley de 13 de mayo de 1981). VÁZQUEZ IRUZUBIETA se inclina por el juicio declarativo ordinario de mayor cuantía.

Respecto de los supuestos en que procede, hay que reconocer que el precepto no ha puesto las cosas fáciles, al emplear una locución tan ambigua como es la de «en su caso».

Inducido por su literalidad, yo entendí, en un primer momento, que ese «en su caso» aludía a una doble circunstancia.

Primero.—Que aquel a quien se pida el consentimiento lo niegue o esté impedido para darlo (arts. 1.376 y 1.377).

Segundo.—Que el acto a realizar sea de los que admiten la autorización judicial supletoria, es decir, que sea uno a título oneroso.

ALBALADEJO, por el contrario, nos ofrece desmenuzados los siguientes supuestos:

- Vivienda privativa. Tanto si el negocio es oneroso como si es lucrativo cabe la autorización judicial supletoria (id. LA-CRUZ).
- Vivienda ganancial. La autorización judicial sólo procede si el acto es oneroso, no si fuese gratuito.

Lo cierto es que esta tesis, que acabaré aceptando, y que goza en su pro los argumentos que luego señalaré, tiene por compensación en su contra el avenirse mal con la mecánica de la autorización judicial, en la que media una información sumaria cuyo objeto es proporcionar al Juez los elementos necesarios que le pongan de manifiesto la conveniencia o necesidad del acto pretendido.

(22) *Loc. cit.*, pág. 525.

Para salvar este escollo dice VÁZQUEZ IRUZUBIETA (23) que «nunca la decisión judicial debe llegar al extremo de catalogar la conveniencia o inconveniencia del negocio propuesto» y sí sólo «lo relativo al mantenimiento de la calidad de vida de la familia».

Acaso la clave la dé GIMÉNEZ DUART (24), que aunque acaba por rendirse ante el criterio de la utilidad, señala que la solución debería depender en principio del régimen del bien: en viviendas gananciales el Juez ponderaría la utilidad o conveniencia; en viviendas privativas se impondría el criterio de la ausencia de peligro (así, si se tuviese ya prevista otra vivienda para habitar).

Como ya anuncié, la tesis de que en viviendas privativas es posible la autorización judicial supletoria, aun en los actos gratuitos, cuenta a su favor con un importante bagaje de argumentos:

- El artículo 1.320 habla en general de «disponer», sin precisar que el acto sea oneroso o gratuito.
- El artículo 1.322, en su párrafo segundo, determina la nulidad radical por falta de consentimiento conyugal para los actos a título gratuito, pero sólo cuando tengan por objeto «bienes comunes».
- Ningún bien del acervo común debe perderse sin utilidad alguna por la sola voluntad de uno de los cónyuges, y para ello no cabe ni el recurso a la autoridad judicial. Esto, que es regla de oro tratándose de gananciales, no puede ser de aplicación a bienes privativos.

Las anteriores constituyen razones más que suficientes para que, abandonando mis primeras opiniones, termine por acoger una tesis que tiene por abanderados a dos autores de tanta cualificación y que cada día cala en mayor medida en el ánimo de los juristas.

E) EL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 1.320

En él se dice, como sabemos, que «la manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe» (25).

Las interrogantes que suscita la norma pueden resumirse en las siguientes:

(23) *Ob. cit.*, pág. 63.

(24) *Loc. cit.* en nota 3, al pie de pág. 87.

(25) Una demoledora crítica a este párrafo puede verse en J. L. DE LOS MOZOS (*ob. cit.*, pág. 131), quien llega a la conclusión de que el legislador ha querido decir «tercer adquirente» y no adquirente.

¿Quién ha de hacer esa manifestación?
 ¿Cuál ha de ser su contenido?
 ¿Qué significa que sea errónea o falsa?
 ¿En qué consiste la buena fe del adquirente?
 ¿Qué incardinación tiene la manifestación de referencia en el tráfico jurídico?; y ¿en qué medida queda protegido el adquirente?

Uno.—Del texto del precepto se deduce que la manifestación ha de ser formulada por el transferente.

Una declaración similar que proviniese del adquirente no parece de relevancia, pues ni reforzaría su buena fe, que *a priori* se le presume, ni salvaría su mala fe, si ésta llegase a quedar demostrada.

¿Cabe la manifestación hecha por apoderado? ¿Qué efectos tendrá entonces?

Si el poderdante declaró en el poder no ser la vivienda cuya enajenación autoriza la habitual de su familia, o si facultó al apoderado para hacer igual declaración, no hay problema.

En otro caso, la solución parece muy otra, pues quien delegó sus facultades no pudo presuponer que necesariamente el negocio a realizar estaba con ello hábil y completo. Si el apoderado observa la falta de algún requisito debe gestionar, en todo caso, su subsanación, sin rebasar los estrictos límites de su poder.

Por otra parte, como dicen AVILA y GARRIDO CERDÁ, la manifestación ha de ser explícita, no bastando con que el vendedor señale como domicilio en la comparecencia otro diferente a la vivienda enajenada. A mi juicio, cabría sobreentender la manifestación si el transferente afirmase estar la vivienda arrendada a un tercero al que notificó o notifica ahora, a los efectos del ejercicio de los derechos de preferente adquisición.

Dos.—La manifestación ha de versar, como apunta la norma, «sobre el carácter de la vivienda», es decir, sobre el punto de si la enajenada es o no la habitualmente ocupada por la familia.

Tres.—El error o la falsedad en la manifestación.

Apenas si suscita dudas la eventualidad de que el transferente haga una declaración falsa acerca del carácter de la vivienda que transmite; sin embargo, el supuesto de error ha motivado mayor polémica.

GIMÉNEZ DUART se pregunta si puede alguien ignorar cuál es su domicilio, y de ello se hace también eco GARRIDO CERDÁ.

LACRUZ, que recoge esta interrogante, buscando una explicación a las palabras del Código, sugiere que la manifestación es errónea, porque «hace equivocarse al adquirente».

Yo entiendo que cabe perfectamente un error en la manifestación, pues si en el punto B) del anterior apartado I he reflejado las numerosas dudas expresadas a la hora de definir con exactitud lo que sea la vivienda ha-

bitual familiar, dudas en algún caso resueltas contradictoriamente por autores de enorme prestigio, con mucho mayor motivo debe admitirse que el transferente abrigue estas vacilaciones y emita una errónea declaración.

Nadie puede ignorar cuál es su domicilio efectivo, pero sí si éste constituye o no la vivienda habitual de la familia a que se refiere el artículo 1.320 (casos de separación de hecho, viviendas de los hijos estudiantes, segundas residencias que no son tales, etc.).

Cuatro.—La buena fe.

GIMÉNEZ DUART distingue entre la buena fe y la no buena fe.

Para él se da la primera cuando se emplea una diligencia más o menos amplia, según los casos (pareciendo cifrarla en el previo examen de la cosa), o, al menos, una conducta excusable.

La no buena fe supone, según sus palabras, tanto el dolo (mala fe) como la simple negligencia.

El adquirente de buena fe, concluye, estará siempre protegido; en cambio, contra el de «no buena fe» (doloso o negligente) prosperará la acción de anulabilidad contenida en el artículo 1.322.

En mi opinión, muy cercana a la del citado autor, hay buena fe cuando se despliega una diligencia suficiente, la cual puede consistir tanto en el previo examen de la cosa como en la obtención de la manifestación del transterente relativa al carácter no habitual de la vivienda.

Tan de buena fe es el accipiente que se cerciora mediante visita de que la vivienda que va a adquirir no es la familiar, como el que obliga a su transmitente a que le realice igual declaración negativa.

Así parece que debe entenderse el párrafo segundo del artículo 1.320: el error o la falsedad en la manifestación sobre el carácter de la vivienda, aunque sean luego demostrados, no perjudicarán al adquirente que ignore aquel carácter y hubiese confiado en la referida manifestación (buena fe).

Cinco.—La protección del adquirente se obtiene por simple conclusión de los postulados anteriores:

- El adquirente de buena fe queda siempre protegido, exista o no manifestación de su transferente.
- El adquirente que obtenga de su transmitente la declaración de no ser la enajenada vivienda familiar queda igualmente protegido, salvo que se pruebe que conocía o debió conocer aquel carácter.
- Por último, el adquirente de mala fe no queda amparado ni aun en el caso de haberse formulado en el negocio la manifestación negativa a que se refiere el párrafo segundo del artículo 1.320.

El subadquirente que reúna las condiciones del artículo 34 de la Ley Hipotecaria será en todo caso mantenido en su adquisición, «aunque se anule la de su otorgante».

Queda por precisar si todo adquirente de buena fe está protegido o sólo los que lo sean a título oneroso. GIMÉNEZ DUART señala que la protección del tráfico jurídico no se extiende nunca al adquirente a título gratuito y, en consecuencia, se adscribe a la última y restrictiva opción.

En verdad que resulta fuerte aceptar que el cónyuge no titular quede privado de su acción de anulabilidad en un negocio gratuito, pero lo cierto y verdad es:

- Que el artículo 1.320 no distingue ni exige en ningún caso una transmisión onerosa.
- Que el excluir de la protección a los adquirentes gratuitos nos llevaría a una nueva casuística, al tener que examinar por separado las donaciones simples, las con causa onerosa, las remuneratorias, las con cargas, las publicitarias, etc.
- Que la exigencia de un título oneroso de adquisición queda referida en nuestras leyes a los subadquirentes y no a los primeros adquirentes (art. 34 L.H.).
- Y que el artículo 1.320 mira a la estabilidad de los negocios en general, frente a una limitación de muy difícil cumplimiento, por descansar en supuestos meramente fácticos.

Aunque no sea una cuestión ni mucho menos indubitada, estimo yo que la protección procede concederla a todo adquirente oneroso o gratuito (nos evita con ello el complejo problema de decidir la onerosidad o no de ciertos negocios, singularmente algunos tipos de hipotecas).

Seis.—El último punto a considerar es el de si la manifestación de no constituir la enajenada la vivienda habitual del transferente es de consignación necesaria en toda escritura de «disposición de derechos»; y asimismo si tal declaración es indispensable para acceder el título a los libros del Registro de la Propiedad.

A favor de tal exigencia, AVILA y GARRIDO CERDÁ (26). En contra, LACRUZ, para quien no existe tal deber, que, en su caso, hubiera debido la Ley imponer de modo expreso; y en parecido sentido, GIMÉNEZ DUART, para el que lo único que cabe es que el Notario autorizante del título haga expresamente la advertencia del contenido del artículo 1.320 del Código Civil.

(26) Llega más lejos CANO TELLO, que exige la comparecencia del cónyuge no titular en el instrumento, a fin de hacer aquella manifestación.

La tesis de AVILA y GARRIDO, que en otro tiempo también ha sido la mía, tiene en su abono el dato de que el Registro rechaza, por lo general, los actos anulables, y la disposición de una vivienda sin el oportuno consentimiento puede incurrir en anulabilidad. Como dice GARRIDO, es algo parecido a la existencia de una relación arrendaticia, y en estos casos debe hacerse constar que la vivienda está libre de arrendamientos.

Creo, no obstante, que gozan de mayor peso las razones favorables a los postulados defendidos por LACRUZ y GIMÉNEZ DUART.

- La protección del adquirente se basa en normas exclusivamente civiles. Un negocio en el que no exista manifestación puede ser inatacable (caso de adquirente de buena fe o de no ser la enajenada la vivienda habitual de la familia), en tanto que otro en el que aquélla se haya producido puede verse afecto de anulabilidad (caso de mala fe en el adquirente).
- La circunstancia de ser o no la enajenada la vivienda habitual de la familia es un dato puramente fáctico. Ni hay un Registro de viviendas familiares ni existe base jurídica en aquella naturaleza, al contrario de lo que ocurre con los bienes gananciales o privativos.
- La manifestación de circunstancias negativas (caso de los arrendamientos) es algo en cierto modo excepcional y sólo exigible cuando la Ley lo impone de modo terminante.

En resumen:

- El Notario autorizante debe instruir a los otorgantes, en los casos que proceda, del contenido y alcance del artículo 1.320 del Código Civil.
- La manifestación negativa será consignada en el instrumento si las partes lo solicitan, bien por mutuo acuerdo voluntario, bien por imposición del adquirente instruido oportunamente por el fedatario.
- La falta de manifestación no es defecto que impida la inscripción del documento. No puede invocarse al sostener una calificación desfavorable ninguna norma o doctrina legal que la sustente, y esto es algo esencial al principio de calificación.

Pero afirmar ello sin más es tanto como desconocer el procedimiento de elaboración del documento público, en el que se desarrolla por parte del Notario una previa actividad de acumulación de datos tendente a

conseguir la más completa información con base a la cual el instrumento ante él otorgado reunirá, en la medida de lo posible, todas las condiciones de validez y eficacia.

Precisamente en esa fase preliminar, y porque el fedatario no ignora, no puede ignorar, la disposición del artículo 1.320 y la sanción de anulabilidad del artículo 1.322, será normal el que por éste se inquiere del transferente en los casos que proceda si la vivienda que se propone transmitir es la familiar. Obteniendo respuesta afirmativa, recabará la prestación del oportuno consentimiento; caso de negativa, se cuenta ya, obviamente, con una manifestación que el Notario, si quiere, y subrayo este matiz voluntarista, puede reflejar en el instrumento. La posterior lectura y firma de aquél supondrá la aceptación y ratificación por las partes de todo su contenido, dentro del cual irá comprendida la manifestación de referencia.

En resumen, la declaración negativa acerca del carácter de la vivienda aparecerá de ordinario, y es deseable que así sea, en las escrituras públicas de disposición de derechos, bien debido a la propia mecánica de su otorgamiento o bien a la expresa solicitud o imposición de las partes; pero su ausencia no tacha al instrumento de defecto alguno ni notarial ni, desde luego, registral.

Una última cuestión: ¿deben recogerse en los asientos del Registro las menciones que acerca del carácter familiar de la vivienda se contengan en los títulos presentados a inscripción?

La solución, que debe ser la negativa, está fundamentada:

- en el ya señalado carácter de simple hecho del dato consignado, así como en su también apuntada extraordinaria mutabilidad;
- y en que aquella constancia registral ocasionaría insalvables e injustificados perjuicios para la buena fe de los futuros adquirentes.

NOTA FINAL

Ya en prensa estas «Notas», el *Boletín Oficial del Estado* de 27 de noviembre de 1982 publica el Real Decreto 3215/1982, de 12 de noviembre, por el que se modifican determinados artículos del Reglamento Hipotecario. En sus normas se contienen dos preceptos que afectan directamente a algunas de las conclusiones extraídas en las referidas notas.

I

Artículo 91. 1. Cualquiera que sea el régimen económico del matrimonio para la inscripción del acto de disposición que recaiga sobre el inmueble que constituya la vivienda habitual de la familia, deberá constar el consentimiento del otro cónyuge a no ser que se justifique que no tiene tal carácter o que el disponente lo manifestare así.

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

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

A) En su número 1 el precepto viene a dar la razón a las tesis de AVILA y GARRIDO: para la inscripción es necesaria la manifestación negativa del disponente acerca de no ser la enajenada la vivienda habitual de la familia.

Pero en la redacción de este número 1 se aprecia una importante omisión y una, no menos grave, incorrección terminológica.

La omisión es la de no prever el posible recurso a la autorización judicial supletoria; y la incorrecta terminología radica en el empleo de la expresión «acto de disposición que recaiga sobre inmueble», siendo así que el artículo 1.320 del Código Civil a lo que se refiere es a «disponer de los derechos». (El R.H. excluiría de su ámbito los arrendamientos, que en el Código quedan, desde luego, comprendidos.)

Debe, además, denunciarse que no se explican, y ni tan siquiera doctrinalmente son vislumbrables, los medios por los que pueda «justificarse» que la vivienda transmitida no tiene el carácter de habitual de la familia.

De lo que no parece haber duda es que este artículo 91, como consecuencia hipotecaria que es del artículo 1.320 del Código Civil, debe sufrir la misma interpretación que este último, y, por tanto, y pese a su aparente amplitud («acto de disposición»), vale para el todo lo consignado en el apartado II, C, de las precedentes «notas» en orden a los actos

a los que es de aplicación. No otra cosa han de significar las palabras que el preámbulo del Real Decreto modificativo dedica a esta materia cuando dice que se ha pretendido, «mediante ciertas normas limitativas, que el Registro *coadyuve a la defensa y conservación* del hogar familiar, a que tienden varios de los nuevos preceptos» del Código Civil.

B) El número 2, en su primer inciso, acaba por confirmar, en cierta medida, el postulado de que la norma del artículo 1.357, 2, del Código Civil no es automática y tiene una aplicación más de futuro que de presente.

Su segundo inciso (reflejo registral de los pagos a cuenta) ocasiona mayores problemas. ¿Contiene un mandato?; es decir, ¿se suspenderá la práctica de la nota marginal si no se especifica la naturaleza privativa o ganancial del dinero entregado? Yo entiendo que no, que la nota puede ser extendida sin esa especificación:

1.º Porque al practicar la nota se carece de datos que revelen el carácter de habitual de la vivienda en cuestión (está inscrita como privativa y adquirida antes del nacimiento de la sociedad).

2.º Porque, en general, en la adquisición de bienes dentro del régimen matrimonial no se exige dicha especificación (el art. 94 del nuevo Reglamento Hipotecario es el más claro exponente de ello).

3.º Y porque la exigencia especificadora que se comenta se aviene mal con la posibilidad de que la carta de pago del precio aplazado sea otorgada unilateralmente por el acreedor (vendedor) sin intervención alguna del adquirente. Habría, entonces, que requerir una instancia separada que fuese suscrita por el comprador.

Por último, concluir apuntando que en el concepto «especificar» utilizado por la norma caben tanto la justificación plena de la procedencia del dinero entregado como la simple alegación de tal procedencia.

C) El nuevo artículo 91, en su número 3, permite, en contra de la orientación que yo he defendido en las anteriores «notas», la constitución del pro indiviso recogido en el artículo 1.357, 2, del Código, aun antes de la liquidación de la sociedad conyugal, exigiendo para ello el consentimiento de ambos cónyuges.

Tres precisiones:

1.ª La posibilidad que viabiliza ese número 3 parece que sólo será aplicable cuando se haya satisfecho el total precio aplazado; lo que resulta razonable en cuanto que evita así los futuros y numerosos reajustes que en otro caso habría que realizar.

2.ª Cuando la determinación del pro indiviso no guarde la debida proporcionalidad con el origen del dinero entregado (deben ser necesaria-

mente privativas las fracciones pagadas por el cónyuge titular antes del comienzo de la sociedad y las satisfechas después con dinero justificadamente peculiar) estaremos ya en presencia de una transmisión entre cónyuges con las consecuencias de toda índole —especialmente fiscales— que a ello comporta.

Hay más: si uno de los esposos desea esa constancia del pro indiviso y el otro se resiste, ¿cabe algún recurso supletorio? No hay de momento contestación a esta pregunta.

3.^a La última precisión es la referencia a la irreversibilidad o no del pro indiviso para el caso de que con posterioridad deje de ser la vivienda la habitual de la familia.

Parece que mediando nuevamente el consentimiento de ambos consortes cabrá acceder a ello, reponiendo las cosas a su primitivo estado. La duda está en si aportándose la pertinente justificación podría por sí solo el cónyuge titular primitivo de la vivienda conseguir igual resultado.

II

Artículo 144, 5. Cualquiera que sea el régimen económico del matrimonio, si el bien embargado de pertenencia exclusiva de uno de los cónyuges constituye la vivienda habitual de la familia, deberá constar que la demanda se ha dirigido contra el cónyuge titular y se ha notificado el embargo al otro cónyuge.

Este artículo, que en apariencia se presenta como un congruente desarrollo del 91, 1, viene a la postre a desdecir la bondad del sistema que se ha tratado de instaurar.

En efecto: apareciendo en el Registro inscrita la vivienda a nombre de un soltero, y presentándose un mandamiento de embargo contra la misma, como éste no exprese otra cosa que el estar dirigida la demanda contra el titular registral, sin constatar la circunstancia de su estado civil (lo permite así la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de agosto de 1919), el embargo será, desde luego, anotable.

Si en el mandamiento se especificare que el demandado es hoy casado, ¿debe entonces ser rechazado sin más? Si así sucede, al acreedor le quedan abiertas dos salidas:

1.^a Alegar que no es la embargada la vivienda habitual de la familia de su deudor. ¿Pero acaso tiene esta alegación fuerza alguna? No olvidemos que tanto el Código Civil como el Reglamento Hipotecario la refie-

ren siempre al «disponente». Podría también intentar recabar del deudor ejecutado la manifestación de tal circunstancia negativa, lo que en el cada día más frecuente, caso de rebeldía de éste, resulta notoriamente imposible.

2.^a Pedir que se notifique el embargo al consorte del deudor, al cual se le pondrá en aviso de algo que puede ser no le interese ni afecte en lo más mínimo (si la vivienda no fuese la habitual).

Y no concluyen aquí los problemas porque habrá que decidir si bastará con notificar a la persona que el acreedor designe como cónyuge de su deudor, o si, por el contrario, será preciso que por aquél se acredite esta circunstancia (con certificación del Registro Civil), a fin de que la notificación esté siempre correctamente dirigida.

Ante tales interrogantes no resueltas, y, sobre todo, ante un sistema originador de perjudiciales dilaciones en el aseguramiento de los créditos, no es aventurado predecir la decantación práctica hacia soluciones más sencillas y seguras, y la que yo propongo consiste en estimar que todo embargo recayente sobre bienes privativos es anotable a no ser que el demandado (o su cónyuge) haya invocado en la traba el carácter de vivienda habitual de la familia concurrente en la que se pretende embargar, y en este caso es cuando debe ser inexcusablemente cumplido el artículo 144, 5 (notificación al consorte no titular). La norma, podría concluirse, más que al Registrador va dirigida al Juez que conozca de los autos.

FÉLIX RODRÍGUEZ LÓPEZ