

La autonomía privada y el artículo 1320 del Código civil

AURELIO BARRIO GALLARDO

Profesor Ayudante Doctor de Derecho civil
Universidad de Zaragoza

RESUMEN

En este trabajo se exponen los distintos argumentos que han contribuido, en opinión del autor, a atenuar el carácter imperativo e indisponible que antaño se pudo conferir al régimen de la vivienda familiar. Se recogen, además, varias razones que aconsejarían permitir un mayor juego de la autonomía de la voluntad en este ámbito hasta llegar a admitir que los cónyuges, mediante pacto capitular, excluyeran la aplicación del artículo 1320 CC si de tal acuerdo no se deriva ningún perjuicio para terceros. Ésta es la única restricción a la autonomía privada que hoy razonablemente cabría mantener. Se parte de la convicción de que la igualdad conyugal está tan firmemente asentada en la sociedad española que sería preciso redefinir los límites de la libertad capitular para aproximarlos a los generales establecidos en el artículo 1255 CC, de tal forma que los cónyuges se pudieran relacionar entre sí, en el plano interno, como lo harían cualesquiera otros dos contratantes.

PALABRAS CLAVE

Autonomía privada, libertad capitular, renuncia a derechos sobre la vivienda familiar, artículo 1320 CC.

SUMMARY

This paper presents various arguments which have contributed, in author's opinion, to reduce the mandatory character that once was given to the marital home legal scheme. In addition, several reasons are exposed to allow greater play of private autonomy in this law field, even in order to

admit that spouses, by means of a matrimonial agreement, were able to exclude application of sect. 1320 CC, provided such covenant causes no damages to third parties. This is the only restriction on private autonomy which would be found reasonable to have been maintained nowadays. The essay is written with the conviction that marriage equality is so firmly rooted in Spanish society that would be necessary to redefine the limits on freedom of marriage contract to bring them to the general standards set out in sect. 1255 CC; so that spouses could relate to each other, internally, as any other two contracting parties would do.

KEYWORDS

Private autonomy, matrimonial covenants, renounce to marital home rights; section 1320 of the Spanish Civil Code.

SUMARIO: I. *El Régimen Primario y el artículo 1320 del Código civil.*—II. *Posibles pactos concernientes a la disposición de la vivienda familiar.* 1. La disociación entre la prestación del consentimiento y el asentimiento. a) El consentimiento expreso y coetáneo. b) La prestación tácita del consentimiento por actos concluyentes. c) El deslinde temporal entre asentimiento y acto de disposición. 2. El asentimiento anticipado. a) La función de control o supervisión del asentimiento. b) El apoderamiento general y recíproco entre cónyuges. c) ¿Es posible prestar tal asentimiento en capítulos prematrimoniales? d) La autorización en escritura separada. 3) La prestación posterior del asentimiento: un apunte.—III. *¿Cabe renunciar anticipadamente a lo dispuesto en el artículo 1320 CC?* 1. La tesis de Lacruz Berdejo sobre su renunciabilidad. 2. Pactos contrarios a la Ley por vulnerar una norma de Derecho imperativo. 3. ¿Cuál es la finalidad de la norma en la actualidad? 4. El sentido del artículo 1320.1.ª CC, ayer y hoy. 5. Los recelos hacia el régimen de separación de bienes y el artículo 1320 CC.—IV. *La anulabilidad de los actos dispositivos a título oneroso.* 1. El régimen de impugnación de los actos. 2. La protección de la vivienda ex artículo 1320.2.º CC. 3. Discordancia entre los artículos 96 y 1320 CC en este punto.—V. *Otro tipo de capítulos: los «de derribo».* 1. Pactos de exclusión y renuncia previsores de una futura crisis matrimonial. 2. La extensión del modelo a las situaciones de normalidad matrimonial.—VI. *La posible remisión en bloque a otros Derechos.* 1. La finalidad de la prohibición. 2. El peculiar caso del Derecho balear. 3. ¿Es exigible la aplicación del artículo 1320 a matrimonios no regidos por el CC? 4. Reflejo de estas tesis en el Derecho inmobiliario registral. 5. Un paso más allá en el razonamiento.—VII. *Conclusiones.*

I. EL RÉGIMEN PRIMARIO Y EL ARTÍCULO 1320 DEL CÓDIGO CIVIL

Desde 1981 ha sido común a los autores, en una trayectoria doctrinal bien definida, sin apenas fisuras, afirmar que existían una serie de normas compartidas por cualquier régimen económico del matrimonio, ya fuera uno de los optativos establecidos por el propio Código, reestructurado o modificado al albur de los futuros contrayentes, ya otro diseñado expresamente para la ocasión. Es también doctrina ya asentada hace unos lustros, incluso anterior a la reforma, que los esposos pueden estipular un régimen *ad hoc*, ora regulándolo con detalle, ora modificando el régimen legal a su gusto¹; hoy los manuales más recientes insisten en que es posible pactar cualquiera de los regímenes existentes, introducir en ellos modificaciones o incluso «diseñar su propio régimen económico»².

Existen, sin embargo, unos mínimos, en teoría, integrantes o confortantes del orden público matrimonial que no se pueden soslayar, intocables y sustraídos del campo de acción de los cónyuges. Estas reglas que disciplinarían los elementos consustanciales a la vida en común que el matrimonio comporta, desde que Modestino lo definiera como un *consortium omnis vitae*, son una regulación que versa sobre lo que es inevitable a toda a unión de estas características: el soporte económico del hogar, como apuntara Lacruz. Suponen una alteración de las reglas habituales del Derecho privado patrimonial que afecta al particular que ha contraído matrimonio; así, las obligaciones con las que ha de pechar un sujeto casado y otro soltero no son iguales: responden de manera distinta frente a terceros en el tráfico (art. 1319 CC) y uno contrae en el plano interno obligaciones de las que el otro carece (art. 1318 CC).

Esta teorización procede de la doctrina francesa³, cuyas ideas se extrapolaron y calaron hondo en nuestro país en virtud de la

¹ NAGORE YÁRNOZ, Javier. «Doctrina actual sobre las capitulaciones matrimoniales en Derecho común y foral», en *Estudios de Derecho Civil en honor al profesor Castán Tobeñas*, vol. 4, Eunsa, Pamplona, 1969, p. 527. Cfr. en general, CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho civil español, común y foral*. T. V. *Derecho de familia*. Vol. 1.º *Relaciones conyugales*, 10.ª ed., Reus, Madrid, 1983, p. 316.

² La cita literal procede de MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos. *Curso de Derecho civil*. IV. *Derecho de familia*, Colex, Madrid, 2007, p. 199; cfr. también ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *Curso de Derecho civil*. IV. *Derecho de familia*, 8.ª ed., Bosch, Barcelona, 1997, p. 133; Díez-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho civil*. T. IV, 9.ª ed., Tecnos, Madrid, 2004, p. 140; GARCÍA CANTERO, en Castán, *op. cit.*, pp. 316 y 317; y RAMS ALBESA, Joaquín. *Elementos de Derecho civil*. T. V. *Sucesiones*, 4.ª ed., Dykinson, Madrid, 2010, p. 134.

³ El concepto proveniente de la doctrina gala es, sin embargo, desconocido en las jurisdicciones de *Common Law*, en las que el término régimen matrimonial sonaría extraño a los oídos de un jurista inglés (vid. SIMÓ SANTONJA, Vicente. *Compendio de regímenes matrimoniales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 281), aunque, en ocasiones, también se

Ley 13/1981 casi veinte años más tarde⁴. El padre intelectual de la reforma operada en Francia el 13 de julio de 1965, Jean Carbonnier, que también ostenta la patente sobre la denominación «régime primaire impératif», así como su discípulo Gérard Cornu, trataron de introducir un régimen que, dotado de mayor flexibilidad que los precedentes, cediera grandes cuotas a la autonomía privada, a salvo del estatuto imperativo de base que tenía por misión servir de límite inferior, de mínimo de comunidad de vida entre los cónyuges⁵. A excepción de dicho mínimo indisponible, el resto de la regulación quedaba al albur de los contrayentes disponiéndose un régimen de comunidad parcial supletorio de la voluntad conyugal, esto es, sólo operaba con el fin de suplir la pasividad de los novios.

A la hora de buscar referencias que asienten un concepto, retornando al marco normativo de nuestro país, quizá convendría recurrir a la formulación de Fernández Cabaleiro, quien rivalizó con Lacruz Berdejo en haber acuñado el término «régimen matrimonial primario» en España⁶. Lo define como un conjunto de «reglas de carácter imperativo aplicables a todos los regímenes, sean legales o convencionales, y que tienen por objeto asegurar un mínimo de interdependencia y satisfacer las necesidades el hogar y la independencia, en especial de la mujer casada»⁷. Son opiniones acogidas en repetidas ocasiones por la jurisprudencia española, de la que se podría extraer diversas resoluciones que lo mencionan⁸, aunque bien podrían citarse muchas más y poner, a

haya hablado de «no régimen» en nuestro país para referirse a los supuestos de separación absoluta (cfr. MARTÍNEZ CORTÉS, Jesús. «El régimen de separación de bienes», *Instituciones de Derecho Privado*. T. IV. *Familia*. Vol. 2.º, Civitas, Madrid, 2002, p. 287; y «El régimen económico matrimonial de separación de bienes», *Actas de los XIII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2004, p. 104).

⁴ Vid., en general, sobre las orientaciones seguidas por citada Ley, tanto en los momentos anteriores como posteriores al cambio, los artículos de LACRUZ BERDEJO, José Luis. «La reforma del régimen económico del matrimonio», *ADC*, T. XXXII-2, 1979, pp. 343 a 369 y «La economía del matrimonio», en *El nuevo régimen de la familia*. T. II, 1.ª ed., Cuadernos Civitas, Madrid, 1981, pp. 121 a 184.

⁵ Vid. CUESTA SÁENZ, José María de la. «Acerca del llamado régimen económico matrimonial primario», *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, T. I, Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, p. 1152.

⁶ La expresión «régimen matrimonial primario» ha sido divulgada y popularizada entre los juristas por LACRUZ. Vid. BARCELÓ DOMÉNECH, Javier. «Régimen económico del matrimonio: Disposiciones generales», en *El régimen económico del matrimonio. Comentarios al Código civil: especial consideración de la doctrina jurisprudencial*, Dykinson, Madrid, 2006, p. 45; O'CALLAGHAN, Xavier. *Compendio de Derecho civil*. T. IV, 6.ª ed., Edersa, Madrid, 2006, pp. 105 y ss.

⁷ FERNÁNDEZ CABALEIRO, Eugenio. *El régimen económico-matrimonial legal en Europa*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1969, p. 12

⁸ La Dirección General emplea la expresión régimen matrimonial primario e indica que el artículo 1320 CC se engloba dentro en él. Vid. RDGRN de 26 de febrero de 2008 (RJ 2100); el término también es usado por el Tribunal Supremo, cfr. la cuestionada STS de 19 de noviembre de 1997 (RJ 7978) y, con mucha frecuencia, aparece en la resoluciones

su vez, como ejemplo a numerosos autores que se han sumado a esta idea aunque con una nomenclatura diferente⁹.

Tales reglas, que escapan a la autonomía de la voluntad, en el fondo descansan en la concepción tradicional del matrimonio y confieren al régimen económico una naturaleza más institucional que contractual¹⁰. La doctrina gala clásica, tras cuestionarse si se podría concebir un matrimonio que no entrañara ninguna modificación en el régimen de los bienes pertenecientes a los esposos y que mantuviese una separación completa de sus intereses pecuniarios, afirmaba, por boca de dos grandes del Derecho francés, como Planiol y Ripert, que «esto supondría una visión puramente teórica de las cosas», a lo que se añadía acto seguido: «la vida en común engendra necesariamente una cierta confusión de intereses»¹¹.

Por tanto, existiría un mínimo indisponible, conectado con el matrimonio, que queda sustraído de la acción de los particulares, que, contra la norma general, se distancia del prototipo del negocio jurídico, cuya sustancia se encuentra en el poder de creación de la propia regulación jurídica, como afirmara Díez-Picazo¹². En esta última son los mismos interesados los que autocomponen libremente sus intereses, mientras que en el matrimonio han de ajustarse a un tipo predeterminado por el legislador, especialmente a unas obligaciones dimanantes de la relación conyugal, en la que la contribución al levantamiento de las cargas comunes adquiere un papel protagónico¹³. Desde esta óptica, el régimen primario sería una plasmación, en el terreno patrimonial, de los deberes de índole personal que lleva aparejado el matrimonio, como sostuvieron Lete del Río y Álvarez Caperochipi¹⁴.

de las Audiencias Provinciales: SAP A Coruña de 8 de noviembre de 2010 (JUR 2011/46949), Barcelona de 23 de febrero de 2010 (JUR 2010/167331) o Madrid de 18 de marzo de 2009 (JUR 2009/260791).

⁹ El nombre dado varía según los autores: ALBALADEJO, GARCÍA CANTERO, LACRUZ, DE LOS MOZOS emplean «régimen matrimonial primario»; el propio FERNÁNDEZ CABALEIRO lo denomina en ocasiones «estatuto de base»; MARTÍNEZ CALCERRADA, prefiere llamarlo «código de ordenación elemental del patrimonio de la familia»; pero independientemente de las variaciones terminológicas el concepto responde siempre a unos mismos parámetros.

¹⁰ GARCÍA CANTERO, Gabriel en CASTÁN, *op. cit.*, p. 269.

¹¹ PLANIOL, RIPERT & BOULANGER. *Traité élémentaire de droit civil*, T. III, Librairie General de Droit et de Jurisprudence, París, 1951, p. 1.

¹² Una de las bases para negar la naturaleza negocial del acto de celebración del matrimonio ha sido la imposibilidad de que los contrayentes determinen de modo autónomo el contenido de la relación jurídica que crean, aunque tanto la doctrina civil como canónica lo han conceptualizado tradicionalmente como un contrato (*cf.* Díez-Picazo, Luis. «El negocio jurídico del Derecho de familia», *RGLJ*, jun. 1962, p. 772 y 773).

¹³ *Vid.* DE LOS MOZOS, José Luis. *La reforma del Derecho de familia, en España, hoy*, Universidad de Valladolid, 1981, pp. 102 y ss.

¹⁴ Estos autores mantenían que «los regímenes económico-matrimoniales no son sino un sistema de normas tendentes a garantizar en el ámbito patrimonial los fines del

La libertad encuentra así su límite en unas normas que traducen algo que era propio de las «relaciones personales» entre cónyuges, debido a su carácter imperativo e indisponible, reformuladas en lo que ha dado en llamarse «régimen económico matrimonial primario»¹⁵, reubicadas en un lugar diferente de la topografía del Código y recogidas ahora todas bajo un mismo epígrafe titulado «disposiciones generales», en el Libro IV del CC. Entre este elenco de normas, limitativas de la autonomía privada, se encontraría como novedad el artículo 1320 CC, un precepto que, en obsequio la protección de la vivienda familiar¹⁶, impone al titular del inmueble severas limitaciones, señaladamente en su *ius disponendi*, a las que de otra forma serían las irrestrictas facultades dominicales de todo propietario¹⁷. A tenor del mentado artículo 1320 CC, «para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno sólo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial. La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe».

Podría entenderse, pues, como han defendido algunos autores, siguiendo la estela dejada por Lete del Río, que el artículo 1320 CC pretende, en esencia, dar cumplido mandamiento a lo dispuesto, en idéntico sentido, por el artículo 70 CC relativo a la elección del domicilio conyugal¹⁸, que es fijado de común acuerdo por

matrimonio» (LETE DEL RÍO, José Manuel y ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio. «Notas sobre la mutabilidad del régimen económico del matrimonio en el derecho común», *RDP*, 1977, pp. 163 y ss.). *Cfr.* sobre los límites al contenido de las capitulaciones matrimoniales antes de la reforma de 1981, entre ellos los pactos contrarios a los fines del matrimonio (ant. art. 1326), GARRIDO DE PALMA, Víctor M. «Las capitulaciones matrimoniales y los regímenes económico-matrimoniales después de la reforma del Código civil de 2 de mayo de 1975», *RDN*, jul-dic. de 1976, pp. 16 y ss.

¹⁵ *Cfr.* DE LOS MOZOS, José Luis. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Dir. M. Albaladejo). T. XVIII. Vol. 1. *Arts. 1315 a 1343*, 2.ª ed., Edersa, Madrid, 1982, p. 5.

¹⁶ Para una importante corriente de opinión, «el hecho de ser vivienda habitual, aunque no le priva de su carácter de bien patrimonial, sí la afecta a cubrir unas necesidades de alojamiento familiar que están, o deberían estar, por encima de las estrictamente patrimoniales» [ALGARRA PRATS, Esther. «Reflexiones sobre la protección de la vivienda familiar frente a terceros (Comentarios al hilo de la STC 106/2002, de 6 de mayo)», *Derecho privado y Constitución*, vol. 16, 2002, p. 34 y los allí citados].

¹⁷ «He aquí una circunstancia fáctica (como es simple hecho de destinar una vivienda privativa a hogar familiar) se impone y prevalece sobre una facultad jurídica (como es la «libre disponibilidad», que normalmente corresponde al titular de un derecho patrimonial) (MUÑOZ DE DIOS, Mariano. «La vivienda familiar y el mobiliario en el artículo 1320 del Código Civil», *AAMN*, T. XXVII, 1987, p. 221).

¹⁸ *Vid.* LETE DEL RÍO, José Manuel. «La disposición de la vivienda habitual por el cónyuge titular», *AC*, 2003, n.º 4, pp. 1056 y 1060. Tal es el parecer, verbigracia de GARRIDO CERDÁ, Emilio. «Derechos de un cónyuge sobre los bienes del otro», *RDN*, vol. 115, 1982, p. 106; ESPIAU ESPIAU, Santiago. *La vivienda familiar en el Ordenamiento*

ambos cónyuges, dentro de toda una pléyade de decisiones que en la actualidad son de carácter paritario, mientras que antiguamente sólo concernían al marido, única cabeza rectora y directriz de la casa, dentro de un orden jerarquizado en el que la jefatura familiar correspondía al varón y, sólo en su defecto, a la mujer, así como una amplia gama de atribuciones y poderes, entre ellas, la «patria potestas», como reflejaba el antiguo artículo 156 CC.

Analicemos, a continuación, cuál es la puesta en práctica de este precepto y qué margen de acción conceden los autores a la autonomía de la voluntad en este ámbito, conscientes, ya desde un principio, de que las principales dudas se van a suscitar «ante la posibilidad de renuncia de la prestación del consentimiento previsto en el artículo 1320, o la de otorgarlo preventivamente a través de capitulaciones matrimoniales»¹⁹.

II. POSIBLES PACTOS CONCERNIENTES A LA DISPOSICIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR

1. LA DISOCIACIÓN ENTRE LA PRESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO Y EL ASENTIMIENTO

a) El consentimiento expreso y coetáneo

Parece lógico pensar que cuando esta disociación entre el consentimiento contractual y el asentimiento de quien no es parte en el negocio jurídico no acontece en momentos diferentes, los casos susceptibles de impugnación serán poco frecuentes. Como apunta Herrero García, si se presta el consentimiento, «con carácter específico, referido concretamente a la vivienda que en el momento de realizarse el acto de disposición constituya la vivienda familiar»²⁰ no se generarán dudas en el caso que

jurídico civil español, PPU, Barcelona, 1992, p. 153; GIMÉNEZ DUART, Tomás. «El artículo 1320 del Código civil ¿es aplicable en Cataluña?», *RJC*, 1982, p. 202, n. 3: «Recuérdese que el artículo 1320 es la transposición a la esfera patrimonial del «derecho-deber personal» de fijar el domicilio familiar de mutuo acuerdo entre los cónyuges (art. 70 CC)» o, más recientemente, MUÑIZ ESPADA, Esther. «El valor y eficacia del régimen económico matrimonial primario», *RJN*, vol. 44, 2002, p. 210.

¹⁹ CÁRCABA FERNÁNDEZ, María. «La protección de la vivienda y el mobiliario familiar en el artículo 1320 del Código Civil», *RCDI*, vol. 582, 1987, p. 1447.

²⁰ HERRERO GARCÍA, María José. «Del régimen económico matrimonial. Disposiciones Generales», *Comentario del Código civil*. T. II. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 590.

suele ser más habitual²¹. «Por regla general, puede decirse que si comparecen ambos cónyuges actuando de consuno no será necesario ningún otro requisito sea cualquiera su régimen económico. La dificultad puede plantearse si pretende actuar uno solo de ellos», afirma el notario Gomá al abordar con carácter general la diversa problemática que puede suscitar la comparecencia de la persona casada²².

Se requerirá, por tanto, la actuación de ambos cónyuges, uno en calidad de titular de la vivienda, sea ésta exclusiva o privativa, y el otro, a los solos efectos de prestar el asentimiento requerido por el artículo 1320 CC, y lo harán en modo semejante, a efectos de la redacción del instrumento notarial, aunque en grado distinto, porque no entraña exactamente una supervisión, ni tampoco un complemento de capacidad²³, a lo que sucedería en la asistencia prevenida en el artículo 323 CC en el caso de disposiciones de bienes raíces por el menor emancipado, insistiendo en que no se está ante un problema de falta de capacidad²⁴, que recaería sobre el título, sino que la anomalía afectaría al modo, que podría hacer ineficaz la transmisión de la propiedad u otro derecho sobre la vivienda que permita a la familia habitarla, cuando se produjera la entrega.

La fórmula documental por la que se recoge el consentimiento de ambos cónyuges, prestado al mismo tiempo que el acto de disposición, puede ser todavía más clara y más precisa al redactar la escritura, como impele el artículo 148 del RNot: «el señor compareciente vende, con el consentimiento de su cónyuge»²⁵ la finca descrita, y continúa la exposición con las circunstancias habituales relativas de la finca: identificación, linderos, datos registrales, gravámenes, situación posesoria, etc. Bastaría esta fórmula para cumplir con la exigencia recogida en el aludido precepto.

Cuando el asentimiento se haya manifestado, como suele ser habitual en la experiencia de los estudios notariales, en el mismo acto de la venta, con la presencia de ambos miembros de la unión matrimonial, apenas se presentarán problemas, salvo,

²¹ En cuanto al tiempo lo normal es que la declaración sea simultánea a la disposición ÁVILA ÁLVAREZ, Pedro. «Inscripción de bienes de ausentes, de los cónyuges y de la sociedad conyugal», *RCDI*, vol. 555, 1983, p. 281.

²² Vid. GOMÁ SALCEDO, Enrique. *Derecho notarial*, Dykinson, Madrid, 1992, p. 93.

²³ Pese a que antiguamente se viera así por algunos sectores del notariado

²⁴ El consentimiento que se predica en el artículo 1320 CC no es complemento de capacidad, la cual no se encuentre limitada, sino que tiene el valor de autorización del negocio de disposición que pretende realizar el titular del derecho sobre el bien y, no es, en consecuencia, un elemento necesario para la validez del negocio en sentido estricto. Vid. ESPIAU ESPIAU, Santiago. *La vivienda familiar en el Ordenamiento...*, *op. cit.*, p. 167.

²⁵ ÁVILA NAVARRO, Pedro. *Formularios notariales*, T. II. *Compraventa y donación*, Bosch, Barcelona, 2005, p. 220.

quizá, en los supuestos de asentimiento tácito o por actos concluyentes, que tanto *lexis* como *praxis* admiten unánimemente. El acto no será atacable *ex* artículo 1301 CC, al menos, por este motivo –la ausencia de asentimiento–, a salvo de que se pueda discutir, después, si el acto de disposición fue expresa o tácitamente confirmado por el cónyuge no titular, posibilidad que se desprende del artículo 1322 CC.

b) La prestación tácita del consentimiento por actos concluyentes

Concuerda la jurisprudencia en afirmar que «el consentimiento de un cónyuge puede ser expreso o tácito, anterior o posterior al negocio y también inferido de circunstancias concurrentes»²⁶. Uno de los casos más usuales sería encontrarse presente en el acto el titular de tal derecho y no mostrar, sin embargo, ninguna oposición²⁷. Esto suele ocurrir a veces y, si no se ha dejado constancia de ello en el momento del otorgamiento, podría alimentar suspicacias si después se pretendiese impugnar el acto dispositivo aduciendo que no se dio debidamente la conformidad²⁸.

Otros supuestos de asentimiento tácito a efectos de dar cumplimiento al artículo 1320 CC, aunque ya fuera del espacio físico del despacho notarial, podrían ser «acompañar al otro consorte a las actuaciones preliminares a la venta de la vivienda (enseñar el piso, medición del mismo, discusión del precio, etc.) sin manifestar oposición ninguna al respecto»²⁹, mostrar el piso al comprador, manifestar al conserje su intención de vender la casa y, además, fijar un cartel con tales intenciones en el portal del inmueble³⁰. No es suficiente, por el contrario, para ajustarse a lo dispuesto en el artículo 1320 CC, ni inferir hecha la manifestación del artículo 91 RH, que el domicilio del compareciente recogido en la escritura sea distinto de la vivienda que se está enajenando³¹.

²⁶ Vid. SS del TS de 13 de julio de 1945, 5 de julio de 1994 y 22 de diciembre de 1993.

²⁷ Cfr. SS de 29 de marzo de 1995 (RJ 2333) y 12 de abril de 1996 (RJ 2919).

²⁸ En estos casos, la mera presencia en la notaría, acompañando al cónyuge, probada después mediante declaración testifical del oficial del despacho, es suficiente para entender prestado el asentimiento del artículo 1320 CC (cfr. SAP Santa Cruz Tenerife de 12 de mayo de 2003).

²⁹ Cfr. BELDA SÁENZ, María del Carmen. «Notas para un estudio del artículo 1320 del Código civil español», *RDP*, abril 1985, p. 342.

³⁰ De estas circunstancias dedujo la SAP de Bilbao de 21 de septiembre de 1991 que el asentimiento se había prestado tácitamente.

³¹ Vid. RDGRN de 10 de noviembre de 1987.

c) El deslinde temporal entre asentimiento y acto de disposición

Que lo más común sea proceder de consuno, compareciendo ambos ante el notario, tampoco empece a que esta declaración de voluntad, incluida entre el tipo consentimiento-autorización, según la tipología elaborada por Manuel De la Cámara Álvarez³², se pueda prestar en momentos diversos, tanto de forma coetánea, como anticipadamente o, incluso, también en un momento ulterior, según se desprende de la consulta de diversos trabajos redactados por especialistas: «En cuanto al momento en que debe darse este consentimiento, –dice Elorriaga– puede ser otorgado previamente al acto, en el acto mismo, e incluso en forma posterior»³³.

Por esta razón, es habitual afirmar que «no hay inconveniente en que el consentimiento del cónyuge no titular, en orden a la disposición sobre la vivienda (...), se otorgue por separado»³⁴. El mero asentimiento al que refiere el artículo 1320.1.ª CC no tiene por qué recogerse en el mismo documento que contenga el negocio traslativo del dominio³⁵ o de otro derecho que desprovea de habitación al cónyuge no titular: bien podría darse antes o bien después porque la autorización notarial no conlleva, como sucede por antonomasia con el testamento, la exigencia de unidad de acto. Luego la disociación entre ambas declaraciones de voluntad, una, como parte contractual, disponiendo de la finca urbana, y otra, externa al negocio jurídico, simplemente asintiendo, es perfectamente posible.

Ambas declaraciones pueden sucederse temporalmente la una a la otra y la otra a la una en momentos cronológicamente totalmente distintos, como se puede deducir de las opiniones sostenidas, entre otros, por Rams Albesa, Gómez Laplaza y Díaz García³⁶. En efecto, no se advierten problemas en cuanto a la

³² La distinción consentimiento-asentimiento y consentimiento-codisposición aparece recogida en el ensayo, fruto de la pluma de DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel. «El nuevo artículo 1413 del Código civil», *ADC*, 1959, vol. XII, n.º 2, p. 451.

³³ ELORRIAGA DE BONIS, Fabián. «La protección de la vivienda del matrimonio. Antecedentes y comentarios de la Ley 55 del Fuero Nuevo de Navarra», *Revista Jurídica de Navarra*, n.º 14, 1992, p. 191.

³⁴ Cfr. LETE DEL RÍO, cit. por PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier. *Tratado de Derecho de familia*. T. V. Vol. 1.º *Regímenes económicos matrimoniales. Constitución, funcionamiento, disolución y liquidación*, Lex Nova, Valladolid, 2009, p. 77.

³⁵ Vid. v.gr. RAMS ALBESA, Joaquín. «Comentario a los artículos 41 a 59», en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón* (Dir. J. L. Lacruz Berdejo y J. Delgado Echeverría), vol. 2.º, DGA, Zaragoza, 1993, p. 272.

³⁶ El «mero asentimiento (...) puede ser anterior, coetáneo o posterior a la celebración del negocio» (RAMS ALBESA, Joaquín. *Comentarios a la Compilación, op. cit.*, p. 272); «puede prestarse antes, coetáneamente o con posterioridad» [GÓMEZ LAPLAZA, Carmen y DÍAZ GARCÍA, Helena. *Leyes Hipotecarias*, 8.ª ed., Aranzadi, El Cano (Navarra), 2003, p. 299].

posibilidad de deslindar documentalmente el acto de disposición o gravamen o, en general, cualquier otro que entrañe el desapoderamiento del uso y disfrute de la vivienda³⁷, que prive de la posibilidad de habitar el inmueble³⁸, del asentimiento prestado por el cónyuge del titular de tales derechos.

No obstante, el grado de seguridad decrece cuando la perfección del negocio jurídico y el otorgamiento del asentimiento acontecen en dos momentos diferentes, y este modo de conducirse ameritaría alguna consideración adicional, en particular, hasta qué punto cabe adelantar o demorar el asentimiento del cónyuge no titular. Veamos, en primer lugar, qué sucede en el caso de que el asentimiento sobrevenga a la conclusión del negocio (*v.gr.* contrato de compraventa), después, hasta dónde cabría retrotraer la manifestación del asentimiento con carácter previo al acto de disposición, según el parecer de la comunidad científica y, finalmente, especularemos acerca de si cabe o no renunciar anticipadamente a esa facultad atribuida en el artículo 1320.1.^a del CC.

2. EL ASENTIMIENTO ANTICIPADO

a) La función de control o supervisión del asentimiento

Señala García Cantero, a propósito de la disposición de la vivienda familiar, que «si se trata, en cambio, de un bien privativo, el consentimiento exigido no es tal, sino que se trata de un asentimiento, en donde en definitiva se manifiesta la conformi-

³⁷ Se ha de estar frente a la «disposición de aquellos derechos que impliquen la pérdida de la facultad de ocupar la vivienda por el grupo familiar» [*Vid.* RODRÍGUEZ LÓPEZ, Félix. «Notas sobre la vivienda habitual de la familia (en turno de rectificación)», *RCDI*, vol. 553, 1993, p. 1609]. Deben ser, en definitiva, actos que puedan privar potencial o actualmente del hogar al otro cónyuge, razón por la cual no entraría en el ámbito de aplicación de este precepto la cesión de la nuda propiedad con reserva del usufructo «ad vitam» (*cfr.* BARCELÓ, *loc. cit.*, p. 76): tal es la opinión mayoritaria (LACRUZ, ALBALADEJO, DE LOS MOZOS, SANTOS BRIZ, GARRIDO CERDÁ; en contra se posicionan: ÁVILA y GIMÉNEZ DUART).

³⁸ De ahí que se discuta si la transmisión de la nuda propiedad con reserva de usufructo, que comporta el establecimiento de una carga, toda vez que permite al cónyuge del disponente, a otros miembros de la familia si los hubiere, entraría dentro del marco de actuación del artículo 1320 CC. Con buen criterio sostuvo LACRUZ que «la venta del alojamiento familiar por sólo el cónyuge propietario, si se hace con reserva de usufructo en provecho del cónyuge sobreviviente y la familia entonces conviviente no se contaría entre los actos de disposición para los que el artículo 1320 exige el asentimiento del consorte, por cuanto el interés del alojamiento familiar que se trata de proteger sigue estando asegurado con las mismas posibilidades» (LACRUZ BERDEJO, José Luis, y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. *Derecho de familia, conforme a las leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981. Fascículo segundo. Edición experimental*, Bosch, Barcelona, 1982, p. 300).

dad con el acto ajeno, es un mecanismo de control respecto del negocio del que no se es parte»³⁹, opinión sentada por este Catedrático, a la que se han sumado la mayoría de autores⁴⁰, que enfatizan, asimismo, esa función supervisión o fiscalización del acto dispositivo sobre el bien ajeno, del lado de quien no ostenta dominio alguno sobre él⁴¹ pero puede verse claramente perjudicado al perder su morada o el lugar de su residencia.

Así, Garrido Cerdá sostiene que «se trata (...) de un derecho de control o una garantía que la ley confiere al cónyuge no titular, mediante su asentimiento para la validez del negocio dispositivo. Su falta produciría la anulabilidad»⁴². Para Muñoz de Dios, «se trata de un negocio jurídico de asentimiento, en virtud del cual el otro cónyuge manifiesta su conformidad al dispositivo»⁴³. Y recalca un poco más adelante que tiene una «función de control», así «el otro cónyuge se limita a examinar el acto dispositivo (...) a fin de comprobar si es beneficioso o perjudicial para los intereses de la familia»⁴⁴. En ambos casos –arts. 1320 y 96 CC–, apunta Moralejo Imbernón, «nos hallamos frente a un mero asentimiento de control. No hay codisposición sino que el cónyuge no propietario se limita a dar su aprobación al acto transmisivo, siendo la omisión (...) presupuesto necesario para la acción de anulabilidad»⁴⁵.

El parecer de un importante sector de la doctrina es que la prestación de esa licencia o autorización para disponer de la vivienda habitual no resulta viable de forma anticipada e inespecífica, pues para que el consentimiento-asentimiento sea admisible debería darse una emisión de voluntad plenamente informada y bien construida, que se otorgue a la luz de las circunstancias de cada caso concreto, y no una concesión, anterior y en abstracto, por la que el titular de esa facultad se desentienda de antema-

³⁹ GARCÍA CANTERO, Gabriel. «Notas sobre el régimen matrimonial primario», *Documentación Jurídica, Monográfico dedicado a la reforma del Derecho de familia de 1981*. Vol. 1.º, enero a diciembre de 1982, vol. I, p. 299 a 312 (cit. p. 309).

⁴⁰ De «asentimiento del no propietario o, en su caso autorización judicial», habla también AMUNÁTEGUI en su reciente ensayo [cfr. AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina. «La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes», en *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia* (Coord. J. Rams Albesa), Dykinson, Madrid, 2010, p. 182].

⁴¹ LETE DEL RÍO: la hipótesis que contempla el artículo 1320 CC es aquella en que la titularidad (...) corresponde privativamente a uno solo de los cónyuges, pues si la titularidad fuese ganancial se aplicaría lo dispuesto en el artículo 1375 CC (cit. por PÉREZ MARTÍN, Antonio J. *Tratado...*, T. V, *op. cit.*, p. 74).

⁴² GARRIDO CERDA, Emilio. «Derechos de un cónyuge...», *AAMN*, p. 162.

⁴³ MUÑOZ DE DIOS MUÑOZ DE DIOS, Mariano. *La vivienda familiar...*, *loc. cit.*, p. 239.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ MORALEJO IMBERNÓN, Nieves. «La vivienda familia en situaciones de crisis matrimonial», *Revista Xuridica Galega*, vol. 33, 2001, p. 115.

no de cualquier decisión concerniente a la familia, lo que podría suponer una dejación de funciones.

Las circunstancias en que se realiza el concreto acto de disposición sobre la vivienda familiar y probablemente el estudio de los motivos que mueven o impulsan a adoptar dicha decisión –que también podrían ser totalmente inocuos, como por ejemplo el vender la vivienda familiar para poder, con el precio obtenido y algunos ahorros, comprar otra nueva– son esenciales a la formación del asentimiento *ex* artículo 1320.1.^a CC, como ha precisado en alguna ocasión el Tribunal Supremo: «el consentimiento debe recaer no sólo sobre la realización del acto mismo, sino también sobre las condiciones jurídicas y económicas en que se realiza el acto»⁴⁶.

«Parecería un sinsentido –nos traslada Elorriaga– que uno de los cónyuges autorizara al otro para disponer del lugar donde ellos viven, sin conocer el acto que se pretende realizar sobre él, y lo que podría ser más grave, las condiciones en que dicho acto se celebra»⁴⁷. Para Muñoz de Dios la función de control comporta examinar el acto dispositivo y sus circunstancias a fin de comprobar si es beneficioso o perjudicial para los intereses de la familia⁴⁸. En idéntico sentido subraya Sánchez-Rubio cómo el interés familiar es difícil de prever por anticipado, «su correcto ejercicio exigirá la ponderación personal de las circunstancias concurrentes en cada caso por parte del cónyuge llamado a consentir»⁴⁹. Y considera «recomendable que la decisión personal del llamado a prestar el consentimiento se realice con referencia a cada acto de disposición en particular»⁵⁰.

En cuanto a la forma de prestarse, de nuevo fundamenta Elorriaga que habrá de ser necesariamente ser un consentimiento específico. «Un consentimiento general no puede cumplir estas funciones, no protege al otro cónyuge de nada, el que está expuesto a que con un consentimiento sin mayores precisiones, se le despoje del lugar en el que ha morado, acaso, por toda la vida. Así, el destinatario del consentimiento general podría donar, o vender a un precio vil o dar en usufructo, todo lo que obligaría al grupo familiar a abandonar el hogar. Por ello el consentimiento debe ser específico»⁵¹.

⁴⁶ STS de 20 de mayo de 1991.

⁴⁷ ELORRIAGA DE BONIS, Fabián. *La protección...*, *loc. cit.*, p. 190.

⁴⁸ MUÑOZ DE DIOS, Mariano. *La vivienda familiar...*, *loc. cit.*, p. 239.

⁴⁹ SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, Alfredo. «El régimen jurídico de la vivienda familiar en Aragón», *Actas de los IV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1995, p. 57.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ ELORRIAGA DE BONIS, Fabián. *La protección...*, *loc. cit.*, p. 190.

En opinión de Muñoz de Dios: «el consentimiento tiene que ser específico», según titula el autor uno de los encabezamientos de su ensayo, «habrá de referirse a una vivienda concreta. No podrá ser general en cuanto a la vivienda, ya que la familia puede tener varias viviendas simultáneas, pero con el carácter de habitual, y sujeta a la normativa del artículo 1320 sólo cabe una⁵². «Si bien podrá ser general en cuanto a los actos dispositivos, ya que sobre dicha vivienda el cónyuge titular puede realizar una serie de actos»⁵³.

Como colofón de esta corriente de pensamiento, se podrían retomar las palabras de García Cantero, quien se preguntaba ya al poco de entrar en vigor la reforma: ¿Qué sentido tiene que después de mucho andar en la protección de la vivienda familiar se haya logrado una norma como ésta, para que mediante una autorización general se pase sencillamente sobre la misma?⁵⁴ Al redactar el epígrafe correspondiente en la obra de Castán señalaba que no creía que uno de los cónyuges pudiera dar al otro un consentimiento general para todos los actos dispositivos sobre la vivienda familiar habitual y su mobiliario, y, mucho menos, de forma irrevocable, pues ello significaría vaciar de contenido la protección del artículo 1320⁵⁵.

Una autorización preventiva con semejante antelación, anticipatoria de toda circunstancia concreta, es, en realidad, un cheque en blanco a favor del cónyuge titular para hacer con la vivienda familiar lo que le plazca; una prestación de asentimiento tan general, desvinculado de las circunstancias que rodean negocio, equivale, ciertamente, a una renuncia, tal vez no a prestar con propiedad el asentimiento, a «consentir», en el sentido de no mostrar oposición y, por ende, de permitir que se enajene la vivienda, pero sí a la facultad de supervisión y control que cabría ver ínsita en el artículo 1320 CC.

Ésta es la razón dada por un importante sector de la doctrina⁵⁶ que ve en la pérdida de especificidad un acto de renuncia o dejación de derechos, opinión que es compartida y desarrollada

⁵² MUÑOZ DE DIOS, Mariano. *La vivienda familiar...*, loc. cit., p. 240.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ GARCÍA CANTERO, Gabriel. *Notas sobre el régimen...*, loc. cit., p. 309.

⁵⁵ CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho civil español, común y foral*. T. V. *Derecho de familia*. Vol. 1.º *Relaciones conyugales*, 10.ª ed., Reus, Madrid, 1983, p. 336.

⁵⁶ «Un consentimiento que no sea específico supondría la dejación o renuncia de este derecho, que hoy por hoy es considerado irrenunciable» (ELORRIAGA DE BONIS, Fabián. *La protección de la vivienda del matrimonio...*, loc. cit., p. 190) «(...) sin que puedan admitirse consentimientos generales, lo cual supondría, indirectamente, una renuncia o dejación del derecho establecido en el artículo 70 del Código civil, que creo es irrenunciable» (GARRIDO CERDÁ, Emilio *Derechos de un cónyuge...*, loc. cit., p. 162); y «Derechos de un cónyuge sobre los bienes del otro», *RDN*, vol. 115, 1982, p. 107.

por Sánchez-Rubio: «la práctica usual de conferir un poder general, aunque comprensivo de esta misma 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»⁵⁷.

b) El apoderamiento general y recíproco entre cónyuges

Dentro de este marco general, relacionado directamente con el asentimiento del artículo 1320 CC, es de interés preguntarse hasta qué punto un consentimiento de carácter más general, como pudiera ser el conferido para disponer autónoma y libremente de los bienes gananciales –para cuya enajenación, se ha de entender que con carácter supletivo, pues se admite con cierta frecuencia el pacto en contrario, como se tendrá ocasión de comprobar acto seguido⁵⁸– es preciso contar con un consentimiento específico o si, por el contrario, el general, dado al amparo del artículo 1375 CC, podría subsumir el asentimiento necesario para que el título dispositivo por el que se enajene la vivienda habitual de la familia no fuese anulable.

La cuestión que se debate en torno a lo que se ha dado en llamar la «especificidad» del asentimiento, recogido en el artículo 1320 del CC, se refiere, como bien precisa Rodríguez López, 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»⁵⁹. Si el consentimiento para disponer de la vivienda familiar es o no especial y específico y, por tanto, exigible también en los gananciales, no es un asunto puramente doctrinal, sino de una enorme trascendencia práctica. En una hipotética respuesta afirmativa, no bastaría el consentimiento o el poder

⁵⁷ SÁNCHEZ-RUBIO, Alfredo. *El régimen de la vivienda...*, op. cit., p. 57.

⁵⁸ De consultar un manual de práctica notarial, de uso bastante extendido entre los profesionales de este antiguo oficio, en el capítulo –consentimientos y autorizaciones– encontraríamos la siguiente fórmula para insertar en apartado correspondiente de la escritura pública: «el Sr. compareciente presta su consentimiento a su citada esposa, que es mayor de edad, y de su misma vecindad y domicilio, para que pueda realizar actos de administración o de disposición a título oneroso sobre toda clase de bienes de la sociedad de gananciales entre ambos cónyuges, y para pedir y obtener copias de esta escritura» (ÁVILA, Pedro. *Formulario notarial*, Bosch, Barcelona, 1982, p. 122).

⁵⁹ RODRÍGUEZ LÓPEZ, Félix. *Notas sobre la vivienda...*, loc. cit., p. 1614.

general, total y amplísimo que –con mucha frecuencia– los cónyuges se otorgan recíprocamente respecto a la gestión de los bienes comunes y a los privativos de cada uno de ellos; se exigiría, además, un consentimiento *sui generis*, especial y concreto en este caso⁶⁰.

Este poder sería eficaz a la hora de llevar a cabo actos dispositivos sobre bienes comunes bajo la sociedad de gananciales para los que es necesario el consentimiento de ambos cónyuges, según el artículo 1377 CC que recoge un caso de consentimiento-disposición a diferencia, según pacífica opinión doctrinal, del consentimiento-asentimiento del artículo 1320 CC, a la vista de la tipología pergeñada por De la Cámara⁶¹, cuando dicha vivienda es de titularidad exclusiva de uno de los cónyuges, sea privativa, rigiendo la sociedad de gananciales, o propia, bajo el régimen de separación absoluta de bienes.

En coherencia con esa singularidad requerida para un acto sobre un bien concreto, la vivienda familiar, la mayoría de los autores que postula la especificidad del asentimiento *ex* artículo 1320 no ve tampoco con buenos ojos que otra suerte de apoderamiento, distinto del otorgado para ese supuesto determinado, pueda contener el permiso necesario que el artículo 1320 CC exige, pues se está ante consentimiento de naturaleza jurídica diferente. Si se prestara por este cauce, acarrearía nuevamente la anulabilidad del contrato así celebrado por medio de representante, según ha detallado Rodríguez López.

Este autor sostiene que hay un consentimiento para la disposición de gananciales y otro diferente para la disposición de la vivienda habitual⁶², de lo que extrae la siguiente consecuencia práctica: si un cónyuge enajena la vivienda familiar, sea ésta privativa o común, haciendo uso del consentimiento general que, para disponer de los gananciales, le tenía otorgado su consorte, el acto seguiría siendo anulable conforme a los artículos 1320 y 1322⁶³. La inidoneidad del apoderamiento general a tal fin, que nunca puede sustituir a ese asentimiento específico, acarrearía las mismas consecuencias jurídicas que si la enajenación nunca se hubiera consentido. No obstante, los juicios doctrinales acerca de esta cuestión tan compleja son variados y muy dispares.

⁶⁰ Vid. GARCÍA-GRANERO, Juan. *Op. cit.*, p. 14.

⁶¹ Vid. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel. *El nuevo artículo 1413...*, *loc. cit.*, p. 451.

⁶² Cfr. en sentido similar, RAMS ALBESA, Joaquín. *Elementos...*, *op. cit.*, p. 130.

⁶³ RODRÍGUEZ LÓPEZ, Félix. *Notas sobre la vivienda...*, *loc. cit.*, p. 1615.

a) De un lado, se ubicaría el parecer de Álvarez-Sala Walter: «el consentimiento para disponer de la vivienda habitual y muebles de uso ordinario de la familia, que exige el artículo 1320, no puede inducirse de otro consentimiento que no tenga este específico objeto», puesto que la imperatividad de dicho precepto «reclama transparencia en las declaraciones de voluntad»⁶⁴. «El consentimiento del artículo 1320 debe ser –por tanto– especial y específico [y] no puede –dice Elorriaga– subsumirse en consentimientos generales»⁶⁵. Tampoco «un poder general (*v.gr.* para venta) garantiza de forma cualificada, como pretende todo el sistema de protección de la vivienda familiar, el consenso de los cónyuges en el acto dispositivo»⁶⁶; habrá de entenderse que menos todavía «*a fortiori*», el llamado «poder mercantil», cuya amplitud es aún mucho mayor según la DGRN⁶⁷.

Garrido Cerdá se manifiesta así: «El consentimiento habrá de ser especial, para cada caso concreto, sin que puedan admitirse consentimientos generales (...) cuando la vivienda tenga carácter ganancial, el consentimiento especial del artículo 1320 no puede considerarse concedido ni embebido en el consentimiento general que, para disponer de bienes gananciales, hubiere sido concedido a su titular por el otro cónyuge»⁶⁸. Ésta parece ser la opinión dominante entre los teóricos y prácticos del Derecho privado aunque existe una amplia gama de grises cuyos matices habría que entrar, primero, a desgranar y, luego, a valorar con un mayor detalle.

b) Otro sector sí admite, por el contrario, la posibilidad de la prestación anticipada del consentimiento, como ya se ha apuntado con carácter general, lo que no niega, en mi opinión, el carácter específico que se exige desde el punto de vista del objeto entendido como una licencia para disponer de derechos concernientes no a cualquier bien de la economía doméstica, sino, concretamente, a la vivienda familiar, que es merecedora de una tuición especial. Pero este modo de proceder sí impide, por el

⁶⁴ ÁLVAREZ-SALA WALTHER, Juan José. «Aspectos imperativos de la nueva ordenación económica del matrimonio y márgenes a la libertad de estipulación capitular», *RDN*, 1981, n.º 2, p. 19.

⁶⁵ ELORRIAGA DE BONIS, Fabián. *La protección de la vivienda del matrimonio...*, *loc. cit.*, p. 190.

⁶⁶ GARCÍA DE BLAS, M.^a Luisa. «La vivienda familiar en situaciones de normalidad y de crisis», en GARRIDO MELERO, Martín, y FUGARDO ESTIVILL, Josep María. *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Bosch, Barcelona, 2005, p. 228.

⁶⁷ El «poder mercantil» incluye toda clase de actos u operaciones que recaigan sobre objetos comprendidos en el giro o tráfico normales de la empresa [RDGRN de 24 de octubre de 1986 (RJ 1986/6069) y 14 de marzo de 1996 (RJ 1996/1855)]. Será muy raro, por tanto, que la vivienda familiar entre dentro de su ámbito de actuación.

⁶⁸ GARRIDO CERDÁ, Emilio. «Derechos de un cónyuge...», *AAMN*, p. 162.

contrario, que el cónyuge no titular conozca y valore las circunstancias concurrentes o circundantes al acto.

Así, sostiene p. ej. Herrero García que el carácter imperativo del artículo 1320 CC «no es tampoco obstáculo a que pueda otorgarse –mientras el consentimiento sea específico y concierne a la enajenación de la vivienda familiar– de forma preventiva, siempre que haya certeza de que tal consentimiento se proyecta sobre los actos de disposición de la vivienda habitual»⁶⁹. Ahora bien, el hecho de estimar lícito este cauce de prestación del asentimiento supone realizar una abstracción de las circunstancias del caso concreto, pues éstas necesariamente no se habrán producido todavía y, por ende, no pueden ser conocidas por el asistente, a diferencia de cuanto sucede con la ratificación que, en su calidad de licencia *ex post*, no se podría ignorar sin faltar a las exigencias de la buena fe.

c) Aunque minoritaria, también existe una corriente doctrinal, encabezada por García-Granero –autor muy crítico con el sistema procedente de la Ley 11/81, y uno de los pocos que sostiene la innecesariedad de un consentimiento específico⁷⁰– que defiende la posibilidad de que el asentimiento *ex artículo 1320 CC* pueda subsumirse en una autorización de carácter más general, como pudiera ser un poder notarial para venta o en un apoderamiento recíproco y general –cada día de uso más común y extendido⁷¹– para proceder a la enajenación de todos los bienes del consorcio, a través de una actuación no mancomunada sino solidaria –similar a la de un consejo de administración–, de modo que sus dos miembros pudieran indistintamente gravar o disponer de los bienes gananciales actuando por separado.

Está fuera de dudas que este autor, notario de profesión, es quien ha configurado la prestación del consentimiento requerido por la Ley 55 FNN –léase artículo 1320 CC en nuestro caso– de la forma más amplia posible, al entender que «podrá ser otorgado previamente al acto de disposición, en este mismo acto e, incluso, a posteriori» y en el supuesto de operar preventivamente, podría haber sido concedido con carácter especial para un

⁶⁹ HERRERO GARCÍA, María José. *Comentario...*, *op. cit.*, pp. 590-91.

⁷⁰ *Vid.* GARCÍA-GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones...*, *op. cit.*, 1990, p. 201.

⁷¹ «Se patentiza una vez más la igualdad, la no discriminación de los menores, y la autonomía, no es descabellado pensar que frente a la necesaria actuación conjunta de los cónyuges en los actos dispositivos pueda acudir a la solidaridad, lo que tampoco es infrecuente mediante la concesión de recíproco poder general o especial al efecto entre los cónyuges o convivientes» (SERRANO DE NICOLÁS, Angel. «Las nuevas orientaciones del Derecho civil y su referente al Notariado», *La Notaría*, vol. 11-12, 2004, p. 44).

acto concreto o, en términos generales, salvo que fuese innecesario, por renuncia o previa exclusión en capítulos, en cuyo caso llega a considerarlo irrevocable⁷².

Ese planteamiento, tan innovador e interesante como arriesgado, merece una transcripción *ad littera*: «contra la opinión de algunos comentaristas, considero que el consentimiento exigido por el artículo 1.320 del Código civil (y lo mismo el de la ley 55 del FN) no es un consentimiento especial ni específico. No es especial porque, según se verá, puede ser otorgado en términos generales. Y, sobre todo, no es específico en el sentido de que deba ser prestado además de otro que la ley pudiera exigir»⁷³.

Debe añadirse que esta parece ser, en realidad, la tesis acogida en su día por el Tribunal Supremo, aunque sin llegar a entrar en el fondo del asunto, en la interesante Sentencia de 8 junio de 1993⁷⁴ y también la asumida por el Centro Directivo, cuando en su Resolución, algo antigua ya, de 17 de diciembre de 1987, se afirmaba que el apoderado, siendo un tercero, tenía potestad para declarar que el inmueble privativo entonces enajenado no constituía la vivienda habitual de la familia (art. 91 RH), sin que exigiera que fuera la esposa quien compareciese personalmente en la notaría para realizar la declaración que prescribe el artículo 1320.1.ª CC⁷⁵.

⁷² Cfr: GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, Juan. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Coord. F. Sancho Rebullida). T. XXXVI, Vol 1.º *Leyes 42 a 81 de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra*, Edersa, Madrid, 2005, p. 15/25, consultada a través de VLex.

⁷³ GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, Juan. *Op. cit.*, p. 13 (VLex).

⁷⁴ El caso tratado por esta resolución sería el siguiente: una pareja contrae matrimonio rigiéndose por la sociedad de gananciales. Con el tiempo, disuelven la comunidad, pactan separación de bienes y acuerdan, en esos mismos capítulos matrimoniales, conferirse recíprocamente amplios poderes de disposición sobre todos los bienes existentes, lo que, en principio, debería incluir, también la vivienda familiar. Al marido le van mal los negocios y, en virtud de dicho poder, que exhibe al notario, hipoteca la vivienda, atribuida en la liquidación a la esposa, para hacer frente a las deudas empresariales. La mujer alega después que el inmueble constituía la vivienda habitual de la familiar y no se ha recabado su asentimiento (art. 1320 CC) por lo que impugna el acto de gravamen (art. 1322 CC).

En el FD 4.º parece que el TS admite la posibilidad de que quepa ver subsumida la licencia para disponer de la vivienda familiar en un poder general de disposición: «No violan el artículo 1326 los cónyuges que otorgan libremente capitulaciones matrimoniales cambiando en ellas su régimen patrimonial, que al atribuir a la esposa la propiedad de la casa no impide que ésta autorice al esposo que pueda disponer de la misma aunque constituyere vivienda habitual de la familia (...)». Sin embargo, en el curso del pleito no se logra acreditar el carácter familiar de la vivienda y esta es la razón de que decaiga la acción *ex artículo 1322 CC* [*Vid.* STS de 8 de junio de 1993 (RJ 4466)].

⁷⁵ Si se apodera para vender, se apodera también para cumplir con todos los requisitos necesarios para proceder a la venta, lo que comprende realizar la declaración de voluntad precisa para dar cumplimiento al artículo 91 RH [*cfr.* RDGRN de 17 de diciembre de 1987 (RJ 1987, 9718)]; este camino conduce a que el apoderamiento general entre cónyuges –aunque el apoderado en este caso fuera un tercero– para llevar a cabo actos de

c) **¿Es posible prestar tal asentimiento en capítulos prematrimoniales?**

Esta última corriente de opinión tampoco halla impedimentos serios a que la licencia para que disponga de la vivienda habitual quien en realidad es su dueño, aunque haga de ella su contribución al levantamiento de las cargas comunes⁷⁶, se incluya entre el clausulado de los capítulos matrimoniales. Así, en opinión de Lucini Casales, el asentimiento del cónyuge no titular «puede ser prestado preventiva y genéricamente, incluso con el alcance relativamente irrevocable que permiten las capitulaciones matrimoniales»⁷⁷. En sentido semejante se expresa Belda Sáenz, autora que se pregunta, en primer término: ¿cabe que éste –el cónyuge no titular– haya consentido previamente, en capitulaciones matrimoniales la disposición sobre el hogar efectuada por el otro cónyuge)?⁷⁸.

Se responde a sí misma que tal asentimiento, cuya constancia se halle expresa en capitulaciones, debe «considerarse válido a todos los efectos, pues el hecho de que se preste con antelación no invalida su carácter de auténtico consentimiento, ya que el cónyuge que lo otorga lo hace en virtud del principio de autonomía de la voluntad que informa todo nuestro ordenamiento, como queda recogido en el artículo 1255 del Código civil». La ponente encuentra, luego, cierto apoyo, en el 1325 CC, en el que dice quedar «reflejada la amplitud de posibilidades de que se dota a los otorgantes a la hora de acordar cuál ha de ser el régimen económico de su matrimonio»⁷⁹.

Para buena parte de los autores, los reparos de mayor calado estriban en que la naturaleza típicamente contractual de la estipulación capitular, dentro de este estatuto económico básico que representa el régimen matrimonial, haría irrevocable el asentimiento prestado de esta forma, en virtud del artículo 1331 CC. Dicha irrevocabilidad encontraría un fundamento más general en el artículo 1256 CC, aplicable al llamado antiguamente «contrato de bienes con ocasión del matrimonio» –debido a la influencia del «*contrat du mariage*» francés– merced a la remi-

riguroso dominio pueda comprender igualmente la prestación del asentimiento recogido en el artículo 1320.1.º CC,

⁷⁶ LASARTE lo entiende como «un *minimum* de contribución del cónyuge propietario (del mismo) a las cargas del matrimonio» (LASARTE, Carlos. *Curso de Derecho patrimonial*, 15.ª ed., Tecnos, Madrid, 2009, p. 141).

⁷⁷ LUCINI CASALES, Ángel. «La vivienda familiar en el régimen del Código civil reformado», *RCDI*, 1990, vol. 596, p. 108.

⁷⁸ BELDA SÁENZ, María del Carmen. *Notas para un estudio...*, *loc. cit.*, p. 341.

⁷⁹ BELDA SÁENZ, María del Carmen. *Notas para un estudio...*, *loc. cit.*, p. 342.

sión expresa que el artículo 1335 CC hace a las reglas generales de los contratos. A pesar de que dicho precepto sólo se refiera a la invalidez, da a entender implícitamente la naturaleza contractual de los capítulos, a lo que también contribuiría la misma topografía del Código que sitúa su disciplina legal en el Libro IV⁸⁰.

Expongamos acto seguido las objeciones y tratémoslas de estudiar después. Afirma Herrero García: «No cabe (...) un consentimiento otorgado en capitulaciones de forma irrevocable. El carácter imperativo del artículo 1320 (en conexión con el artículo 70 CC) lo convierte en una limitación al principio de libertad capitular que no puede ser derogado por la voluntad de los cónyuges»⁸¹. «Pensamos –dice Elorriaga– que el consentimiento para enajenar o disponer de la vivienda familiar, no puede constar en las capitulaciones matrimoniales. Ello por dos razones. En primer lugar eso transformaría el asentimiento en irrevocable, con lo que se estaría renunciando o dejando sin aplicación una ley imperativa como la Ley 55 (art. 1320 CC), cosa que no es posible»⁸². Pasemos ahora a analizarlas.

Nadie pone en duda el carácter contractual de los capítulos matrimoniales. Así se ha afirmado tradicionalmente (Manresa y Navarro, Sánchez Román, Valverde) y ese posicionamiento no ha sido cuestionado a día de hoy por la doctrina moderna (Lacruz, De los Mozos, Gete-Alonso)⁸³. Por todos, afirma Cerdá Gimeno que «los capítulos consistentes en convenios tendrán la eficacia propia de los contratos (arts. 1091, 1255, 1258, 1278 CC), tanto la eficacia directa vinculante entre los otorgantes, como la eficacia indirecta y refleja respecto a los «terceros» afectados por tales pactos (p. e. los hijos nacidos)»⁸⁴.

Ahora bien, a pesar de su naturaleza contractual y al margen del contenido típico, que viene dado por la estipulación capitular propiamente dicha, se admite por igual que los capítulos recojan otras manifestaciones que carezcan de dicho carácter, como acer-

⁸⁰ Vid. AMORÓS GUARDIOLA, Manuel. «De las capitulaciones matrimoniales», en VV.AA. *Comentarios a las reformas de Derecho de familia*. Vol. II, Tecnos, Madrid, 1984, p. 1565; CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. «Del régimen económico matrimonial. De las capitulaciones matrimoniales», *Comentario del Código civil*. T. II. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 613]; con anterioridad a la Ley 11/1981, la doctrina dominante también lo apreciaba así, y podría fundarse igualmente en la analogía (art. 4.1 CC) (GARCÍA CANTERO, Gabriel. en Castán, *op. cit.*, p. 326).

⁸¹ HERRERO GARCÍA, M.^a José. *Comentario...*, *op. cit.*, p. 591.

⁸² ELORRIAGA DE BONIS, Fabián. *La protección...*, *loc. cit.*, p. 191.

⁸³ Vid. BAYOD LÓPEZ, Carmen. *Sujetos de las capitulaciones matrimoniales*, Institución «Fernando el Católico», Zaragoza, 1995, p. 15.

⁸⁴ CERDÁ GIMENO, José. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Dir. M. Albaladejo). T. XXXI. Vol. 2.º. *Arts. 66 a 86 de la Compilación de Baleares*, Edersa, Madrid, 1981, p. 72.

tadamente dio en precisar Lacruz Berdejo al distinguir en su seno el «instrumentum» del negocio capitular⁸⁵. Entre la citadas declaraciones cabría mencionar un elenco muy variado pactos⁸⁶, sobre todo en las regiones forales⁸⁷, así como los denominados «protocolos familiares»⁸⁸, calificados por Lamarca como «un nuevo «producto legal» que ofrecer a los clientes particulares⁸⁹, que han hallado recientemente buen caldo de cultivo en el documento que contiene las capitulaciones matrimoniales.

Podría, asimismo, configurarse la concesión recíproca del consentimiento prestado para disponer indistintamente de bienes comunes o el asentimiento exigido en el artículo 1320 CC en capitulaciones, al igual que se documentan los citados acuerdos, dado que este tipo de pactos no constituyen, en puridad, estipulaciones capitulares. Por tanto, aunque se admite que puedan quedar recogidas en el mismo instrumento que los capítulos, ello no supone que se les haya de dotar de eficacia contractual ni tenerse, en ningún caso, por irrevocables, si bien es cierto que la atribución de poderes irrevocables –dicho sea de paso– también se ha venido admitiendo por la doctrina y jurisprudencia españolas⁹⁰.

Se trata, en realidad, de aprovechar la escritura pública que contiene los capítulos (art. 1327 CC), para incorporar una autorización (art. 71 CC), de sustancia tal vez más próxima a la de un poder notarial⁹¹ y cuya eficacia frente a tercero requiere de

⁸⁵ Los capítulos matrimoniales se pueden bifurcar en dos planos: uno formal, que se corresponde con el *instrumentum* –la escritura pública notarial–; y un plano material, que corresponde al negocio capitular: la estipulación capitular (RAMS ALBESA, Joaquín. *Elementos...*, *op. cit.*, 2010, p. 135; y BAYOD LÓPEZ, María del Carmen. *Sujetos de las capitulaciones...*, *op. cit.*, p. 30).

⁸⁶ Vid. MORENO-TORRES HERRERA, M.ª Luisa. «Contenido y concepto de las capitulaciones matrimoniales», *RCDI*, vol. 634, 1996, pp. 898 a 901.

⁸⁷ El negocio capitular se presenta así como el contenido propio de la escritura de capítulos (...). Ahora bien las capitulaciones matrimoniales en cuanto instrumento pueden albergar un variado contenido: todos aquellos negocios jurídicos patrimoniales que pueden constar en escritura pública (compraventa, donaciones, constitución de dote, etc.); negocios jurídicos de carácter familiar (ejercicio de la patria potestad, reconocimiento de hijos no matrimoniales...) y pactos sobre la sucesión futura, en la medida en que sean admitidos por el ordenamiento (vid. BAYOD LÓPEZ, María del Carmen. *Sujetos de las capitulaciones...*, *op. cit.*, p. 31).

⁸⁸ Cfr. algunos de los pactos concretos que se pueden incluir en ellos en BALLESTER COLOMER, Juan Enrique, «El protocolo familiar», en el *Nuevo Derecho de familia: modificaciones legislativas y tendencias doctrinales* (Dir. J. M.ª Navarro Viñuales), Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 200 y ss; y SERRANO GÓMEZ, Eduardo, «Los protocolos familiares», *Autonomía de la voluntad...*, *op. cit.*, pp. 380 y ss.

⁸⁹ LAMARCA, Albert; FARNÓS, Esther; AZAGRA, Albert y ARTIGOT, Mireia. «Separación de bienes y autonomía privada familiar en Cataluña: ¿Un modelo pacífico sujeto a cambio?» *InDret*, 2003, n.º 4, p. 18.

⁹⁰ Aunque no en casos como el aquí descrito (cfr. p. ej., STS de 6 de marzo de 1967, 6 de mayo de 1968 o 21 de octubre de 1980) y *vid.*, con carácter general, CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, José Ignacio. *El poder irrevocable*, Bosch, Barcelona, 1998.

⁹¹ «Pensamos que el pacto en capitulaciones debe entenderse, a lo más, como un apoderamiento específico revocable del concedente» (GARCÍA DE BLAS, M.ª Luisa. *La vivienda familiar en situaciones...*, *op. cit.*, p. 229).

esta forma pública (ex artículo 1280.5.^a CC), para asentir una disposición que de ordinario se documentará de igual manera. Al margen del contenido propio de las capitulaciones –diseñar el régimen patrimonial del matrimonio– se incluirá otro negocio jurídico, esta vez de apoderamiento sirviéndose a tal fin de la amplitud que confiere el artículo 1325 CC *in fine*: «cualesquiera otras estipulaciones por razón del mismo (del matrimonio)», inciso que se debe entender como comprensivo de otras declaraciones de voluntad distintas de la estipulación capitular y, entre ellas, también de la que ahora se comenta.

Es cierto que la STS 7 febrero 1997 afirma que no hace falta que el apoderamiento conste por escrito, que el mandato, es decir, poder, expreso o especial puede darse tanto por escrito como de forma verbal⁹², aseveración ésta que se halla, por lo demás, en plena coherencia con el artículo 1710.2.^a prop. CC⁹³. Sin embargo, para desplegar eficacia frente a terceros, verbigracia el adquirente de la vivienda habitual, y contar con un medio privilegiado de prueba, en la tesitura de que se ponga en duda si se llegó o no finalmente a prestar tal asentimiento –y casos problemáticos se han planteado ante los Tribunales– es preferible, o al menos deseable, que quede constancia de la autorización en un documento público.

Quizá estas razones hayan animado al legislador valenciano a eliminar el llamado «consentimiento tácito», perfectamente posible, como ya se ha tenido ocasión de comprobar en otro apartado de este trabajo y ponía de relieve la jurisprudencia, haciendo que éste se tenga que prestar por escrito, algo que se deduce del artículo 16 de la Lremv⁹⁴, al exigir que conste necesariamente en el mismo documento que recoja el acto de disposición o gravamen. Tal vez con dicha exigencia se haya pecado de exceso de rigor, pues no se resiente la seguridad jurídica con la disociación entre el consentimiento contractual, prestado por el cónyuge titular de la vivienda habitual, y el asentimiento, otorgado a modo de autorización o licencia por su consorte en el marco del artículo 1320 CC.

⁹² En el caso concreto se estudiaba la subsistencia y virtualidad de un poder dado para disponer de bienes gananciales [*cf.* STS de 7 de febrero de 1997 (RJ 663)].

⁹³ «El mandato puede ser expreso o tácito. El expreso puede darse por instrumento público o privado y aun de palabra (...)» (art. 1710 CC).

⁹⁴ *Vid.* ATIENZA NAVARRO, Luisa. «La vivienda habitual de la familia», en *El régimen económico matrimonial de la Comunidad valenciana* (Coord. M.^a Dolores Mas Badía), Tecnos, Madrid, 2010, p. 148.

d) La autorización en escritura separada

Pero si existe el temor de que se produzca la confusión entre una figura y otra, cuyo objeto aparece bien establecido y diferenciado, podría otorgarse ese apoderamiento en escritura separada, al margen de los capítulos, para delimitar con exactitud su alcance, precisar qué actos dispositivos o de gravamen se autorizan y, en su caso, cuáles no o, en general, dar cualquier instrucción que se considere pertinente al apoderado, a lo que faculta lo dispuesto en el artículo 1719 CC. De este modo, con la separación documental, se subrayaría muy particularmente la revocabilidad de la autorización, quizás para evitar cualquier género de dudas acerca de la naturaleza jurídica no contractual de esta licencia, aunque, como he subrayado hace un momento, no estimo necesario, ni mucho menos imprescindible, acudir a este modo de proceder.

Creo, eso sí, que ésta es una posibilidad perfectamente válida para prestar ese asentimiento *ex* artículo 1320 CC también de modo anticipado. Desde luego, acudir al poder notarial cubre toda legitimación para realizar actos dispositivos y facultaría al apoderado, si así se hace constar expresamente, para disponer de la vivienda habitual. Posiblemente la declaración del cónyuge no titular, a través de una escritura separada, garantice de manera más «visible» la inmediata revocabilidad del asentimiento a juicio del poderdante –*ad nutum* y en cualquier momento– mientras la revocación llegue a tiempo a conocimiento del apoderado, esto es, antes de que haya concluido el negocio jurídico dispositivo.

Dicho poder habría de configurarse, a juicio de Pérez Martín, como un «poder especial y expreso a favor del disponente, en el que se haga constar la vivienda de la que se pretende disponer y el tipo de de negocio mediante el cual se va a efectuar la disposición, así como las condiciones esenciales de aquel»⁹⁵, un vehículo de prestación del asentimiento tan libre, deliberado y consciente, como si se hubiera concurrido al acto del otorgamiento. Piensa De Blas «que, si bien el consentimiento puede prestarse con carácter previo, el poder debe especificarse que incluye los actos de disposición sobre la vivienda habitual; teniendo en cuenta que el poder puede incluir bienes que en el momento de otorgarse el documento no tienen el carácter de vivienda habitual y en el momento de hacerse uso del poder tengan esa cualidad»⁹⁶.

⁹⁵ PÉREZ MARTÍN, Antonio J. *Tratado...* T. V, *op. cit.*, p. 77.

⁹⁶ GARCÍA DE BLAS, M.^a Luisa. «La vivienda familiar en situaciones...», *op. cit.*, p. 228.

No habría inconveniente, como tampoco lo hay en emplear la escritura que contenga los capítulos matrimoniales⁹⁷, en que en el mismo poder que faculta para disponer de los bienes gananciales, se incluyera una cláusula que específicamente apoderara para realizar actos de riguroso dominio sobre la vivienda habitual de la familia. Igualmente, cualquier otro negocio jurídico dispositivo celebrado en virtud de tal apoderamiento que tuviera por objeto este bien de la economía doméstica, dotado de especial protección por el Código, tendría que ser considerado inatacable y no sujeto a impugnación en virtud de los artículos 1300 y ss. de este mismo texto normativo.

Así lo ha entendido también el notario Garrido de Palma cuando sostiene que «distinto –de la renuncia– es el consentimiento preventivo que expresamente cabe plasmar en la escritura pública de consentimiento (y poder) general que frecuentemente con carácter recíproco se otorgan los cónyuges», aunque, insiste en la especificidad de esa autorización al enfatizar que ese consentimiento tiene que constar expresa e indubitadamente porque se trata de un consentimiento «ad hoc», exigido especialmente por la Ley para un supuesto fáctico determinado: el del artículo 1320 CC⁹⁸.

3. LA PRESTACIÓN POSTERIOR DEL ASENTIMIENTO: UN APUNTE

¿Es posible que un fedatario público autorice un documento en el que falte uno de los requisitos necesarios para la validez (o mejor dicho eficacia)⁹⁹ del acto o negocio jurídico que en cuestión se celebre? ¿Podría autorizarse una escritura pública en la que se vendiera la vivienda que constituye el domicilio conyugal sin haber recabado previamente el asentimiento estatuido en el artículo 1320.1.º CC o, por el contrario, se ha de denegar la función

⁹⁷ Precisamente porque no existen objeciones de fondo a que en el mismo documento notarial se contengan estipulaciones capitulares y no capitulares (*vid.* GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, Rafael. «Consideraciones sobre las capitulaciones matrimoniales y las modificaciones del régimen económico del matrimonio en el Código civil», *RCDI*, vol. 526, jun. 1978, p. 495). La mejor doctrina es la elaborada por Lacruz, que sentó cátedra en su trabajo LACRUZ BERDEJO, José Luis. «Capitulaciones matrimoniales y estipulación capitular», en *Estudios de Derecho Privado común y foral*. T. II. *Familia*, Reus, Madrid, 1962, pp. 3 a 56.

⁹⁸ *Vid.* GARRIDO DE PALMA, Víctor M. «Capitulaciones matrimoniales y régimen económico matrimonial», en DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco (Coord.). *Instituciones de Derecho Privado*. T. IV. *Familia*. Vol. 1.º Civitas-Consejo General del Notariado, Madrid, 2001, p. 233.

⁹⁹ *Cfr.* ESPIAU ESPIAU, Santiago. *La vivienda familiar en el Ordenamiento...*, *op. cit.*, p. 167.

pública notarial por expresa imposición del artículo 145 RNot¹⁰⁰, que impide al fedatario autorizar el instrumento en obsequio al control de legalidad que le encomienda custodiar dicha norma?

Siempre he creído razonable que se pudiera autorizar el documento a la vista de las disposiciones generales relativas al régimen general descrito para la anulabilidad, disciplina de invalidez contractual que la *communis opinio* doctrinal entiende concurrente en un supuesto como el anterior¹⁰¹. Pero, en particular, y después de consultar el artículo 169 RNot, en aquella parte que subsiste hoy en vigor, tras la reforma del RD 45/2007¹⁰², el convencimiento se ha reforzado considerablemente: «Cuando para la plena eficacia del acto o negocio jurídico que se pretenda formalizar, sea precisa la concurrencia del consentimiento del cónyuge o conviviente no intervinientes, el notario podrá autorizar el documento siempre que, haciendo la oportuna advertencia a las partes, éstas insistieren en ello y prestaren su conformidad, todo lo cual se consignará expresamente conforme al artículo 164».

Según Gomá Salcedo, «con arreglo a este precepto, si el consentimiento que no concurre es del género «asentimiento» puede el acto autorizarse como tal a pesar de su falta, con las cautelas y advertencias indicadas, pero estimando plenamente constituido y, al menos por el momento, eficaz, el negocio autorizado¹⁰³. Se puede, sí, pero con las debidas precauciones, esencialmente las contenidas en el artículo 164 Rnot., o sea, dejando la eficacia del acto diferida a un instante posterior, aunque no se sepa a ciencia cierta si llegará o no, siempre y cuando los posibles perjudicados, conscientes de la impugnabilidad del acto dispositivo sobre la vivienda habitual, estén de acuerdo con este modo de actuar.

Puede, entonces, redactarse la escritura de compraventa de la vivienda familiar a sabiendas de que el inmueble enajenado se reputa como tal sin que demorar la comparecencia a un momento posterior sea considerado una falta que atente directamente contra la misma validez del acto o negocio autorizado, pues como acertadamente señala, la doctrina¹⁰⁴, la prestación de un

¹⁰⁰ En la maltrecha redacción que ha quedado subsistente tras la S. de la Sala 3.ª del TS de 20 de mayo de 2008 (RJ 3491).

¹⁰¹ *Vid. infra*, pp. 1697 y ss. de este mismo trabajo.

¹⁰² Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, por el que se modifica el Reglamento de la organización y régimen del Notariado, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944.

¹⁰³ GOMÁ SALCEDO, *Derecho notarial, op. cit.*, p. 94. «Por el contrario, si este consentimiento ausente es de la clase «codisposición», el negocio no puede autorizarse como tal porque –dice el autor– es inválido, o mejor dicho, inexistente, al no haberse completado uno de los requisitos esenciales cual es el consentimiento» (Ibid.)

¹⁰⁴ Por todos, MÁRQUEZ MUÑOZ acepta tanto el consentimiento anticipado como la ratificación posterior (cfr. «Resumen de algunas normas del Código civil», *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, vol. 180, junio 1982, p. 525).

asentimiento posterior no es, en cierta medida, sino una suerte de ratificación, una concesión de la autorización dada no *a priori*, en capítulos matrimoniales o en escritura separada —como se ha tratado en el epígrafe precedente—, sino otorgada *a posteriori* al igual que en otros casos semejantes.

Entiendo que, de una parte, cuando el acto dispositivo no se haya llevado a término contando con la licencia del cónyuge no titular¹⁰⁵, el acto será en un principio válido, pero anulable como se detalla en otro apartado de este ensayo¹⁰⁶ y esa autorización *a posteriori*, actuará a modo de confirmación, con los efectos sanatorios descritos en el artículo 1313 CC. Si, de otra parte, el negocio se concluyó en virtud de un poder que no fue bastante, sino insuficiente para tal menester a juicio del notario, el asentimiento que sobrevenga más adelante consistirá en una ratificación pues este supuesto no se hallaría muy distante de la conclusión del negocio jurídico sin apoderamiento regulado en el artículo 1259 CC¹⁰⁷.

III. ¿CABE RENUNCIAR ANTICIPADAMENTE A LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 1320 CC?

1. LA TESIS DE LACRUZ BERDEJO SOBRE LA RENUNCIABILIDAD DE ESTE DERECHO

Llegados a este punto, deberíamos retomar las palabras que en su día pronunciara Lacruz Berdejo para poder valorarlas en su justo término y reflexionar con detenimiento sobre su trascendencia. Con buen criterio, sostuvo el maestro, en opinión que no ha sido recogida por sus discípulos en las sucesivas ediciones de la obra¹⁰⁸, quienes han guardado silencio en los «Elementos»¹⁰⁹, aunque sí la han manifestado después en numerosos ensayos: «Tal consentimiento —el del cónyuge no titular— puede ser prestado preventivamente, e incluso en forma irrevocable, en capítulos (...) pues la protección que presta el

¹⁰⁵ Licencia que, en el modo de operar, asemeja a la marital, con la única diferencia de que ahora, tras la Ley 11/1981, se ha hecho extensiva a ambos cónyuges, y no sólo a la mujer, pero igualmente se estaba ante un supuesto de anulabilidad *ex* artículos 1300 y ss. del CC.

¹⁰⁶ *Vid.* infra, pp. 1697 y ss. de este mismo trabajo.

¹⁰⁷ *Vid.* también el artículo 145.3 RNot, en su redacción anterior a la STS de 20 de mayo de 2008.

¹⁰⁸ Sí se conserva en una edición dos años posterior: *Cfr.* LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de Derecho civil. IV. Derecho de Familia*, Bosch, Barcelona, 1984, p. 301.

¹⁰⁹ En la última edición de este volumen de los «Elementos»: RAMS ALBESA, Joaquín. *Op. cit.*, pp. 128 y ss.

artículo 1320 puede ser renunciada: de ahí que su infracción dé lugar a actos válidos y confirmables»¹¹⁰.

Se han adherido a tal parecer, por ejemplo, Rodríguez López, repitiendo que «la protección que presta el artículo 1320 puede (ser) renunciada»¹¹¹; también se inclina por esta permisión Quílez¹¹², y, más recientemente, García-Granero, que señala, expresamente y de la misma forma, la posibilidad de renunciar anticipadamente cuando advierte de que «no se trata de renuncia a la protección de tal ley, sino, puramente y simplemente, de exclusión de la propia ley», que basa en el carácter presuntamente dispositivo de todas las Leyes de Navarra, según el principio de «paramiento fuero o ley vienze», enunciado en la Ley 7 del Fuero Nuevo.

Amunátegui se sitúa en una posición aún más próxima, si cabe, a la del Prof. Lacruz, pero sin acogerla en su plenitud; llega a la siguiente conclusión: «impedir que un cónyuge pudiera decidir sobre la enajenación de la vivienda familiar con carácter definitivo e irrevocable podría conculcar el principio de igualdad», opinión que coincide con la doctrina y proceder notariales más extendidos. Sin embargo, va todavía más allá al mantener que «no existiría contravención alguna a tal principio si, unilateralmente, renuncia a su derecho a prestar consentimiento, pues su actuación se estaría situando en el poder de autolimitación o en el de la libertad negocial que le asiste»¹¹³.

2. PACTOS CONTRARIOS A LA LEY POR VULNERAR UNA NORMA DE DERECHO IMPERATIVO

Al margen de esas contadas excepciones, que quizá no hayan trascendido tanto como las opuestas, son pocos los autores que han seguido las directrices del Catedrático zaragozano, como el mismo García-Granero puntualiza¹¹⁴. Desde finales de los

¹¹⁰ LACRUZ BERDEJO, José Luis, y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. *Derecho de familia...*, *op. cit.*, 1982, p. 301.

¹¹¹ RODRÍGUEZ LÓPEZ, Félix. *Notas sobre la vivienda habitual...*, *loc. cit.*, p. 1615.

¹¹² De forma no muy distinta razonaba QUÍLEZ: «la intensidad de la protección legal es distinta y permite dudar fundadamente de un pacto en contrario». Más adelante apunta: «¿Por qué no va a ser posible excluir capitularmente en un régimen de separación el 1320? No se ve obstáculo alguno que lo impida» (QUÍLEZ ESTREMER, Martín Antonio. «La Libertad capitular y los arts. 1.328, 1.320 y otros del Código Civil», *RCDI*, vol. 549, abr. 1982, pp. 381 y 386).

¹¹³ AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina. *La libertad de pacto...*, *op. cit.*, p. 185.

¹¹⁴ «Es obligado reconocer que la casi totalidad de los comentaristas del artículo 1320 del Código civil han sostenido que se trata de una norma imperativa que atribuye a los cónyuges un derecho irrenunciable y que, por tanto, el consentimiento del cónyuge no titular no puede ser prestado anticipadamente y de modo general», citando, por

años 80 y sobre todo en fechas más recientes, son muchos los especialistas que se han sumado a la corriente mayoritaria y simpatizan con la postura de García Cantero, quien, al revisar a Castán, discrepa abiertamente de Lacruz, sosteniendo que la vinculación del artículo 1320 CC con el orden público lo convierte en inderogable por pacto conyugal¹¹⁵, como ya había manifestado en ensayos anteriores¹¹⁶.

En general, la indisponibilidad del contenido de esta norma suele basarse, para una amplia mayoría, en el carácter imperativo que se predica del régimen matrimonial primario en su conjunto, entre cuyas disposiciones se ubica el mentado artículo, aunque ya se sabe que ni todos los artículos se aplican a cualquier régimen económico ni todas sus previsiones se reputan *ius cogens* por la doctrina¹¹⁷. Es, no obstante, esa naturaleza necesaria lo que ha conducido a muchos expertos a limitar el margen actuación al principio de libertad civil en este ámbito¹¹⁸ contrariamente a lo que modernamente propugnan algunos sectores¹¹⁹, sobre todo, en relación a los efectos patrimoniales del matrimonio¹²⁰.

El artículo 1320 CC sería, según el parecer dominante, uno de los límites de Derecho imperativo para la conservación del

ejemplo, como exponentes de este parecer, a GARRIDO CERDÁ, MUÑOZ DE DIOS y PÉREZ SANZ.

¹¹⁵ Se pregunta este Catedrático, al abordar el examen particular del artículo 1320: ¿Hasta dónde llega la imperatividad de la norma? Al efectuar el análisis de otros preceptos ubicados sistemáticamente en mismo lugar (*v.gr.* el art. 1321 CC) afirma que «su inclusión de esta norma dentro del régimen matrimonial primario permite atribuir el carácter de irrenunciable a este beneficio» y, con carácter general, señala que todas estas disposiciones son normas imperativas relacionadas con el orden público e inderogables, por tanto, por acuerdos entre particulares (*vid.* GARCÍA CANTERO, Gabriel en CASTÁN, *op. cit.*, pp. 326, 335 y 337-338).

¹¹⁶ *Vid.* GARCÍA CANTERO, Gabriel. «El estatuto jurídico del alojamiento familiar en el Derecho español», *ADC*, n.º 4, 1978, pp. 709 a 728; y *Notas sobre el régimen...*, *loc. cit.*, pp. 301 a 312.

¹¹⁷ «Son normas de índole muy variada, sin que pueda decirse que esa aplicabilidad a todos los regímenes proceda de su carácter imperativo, porque hay preceptos que no tienen tal carácter y otros que ceden ante la regulación más específica del problema en algún régimen concreto» (BARCELÓ DOMÉNECH, Javier. Capítulo I, *Disposiciones generales*, *op. cit.*, p. 45).

¹¹⁸ *Cfr.* *v.gr.* ROJAS MONTES, Luis. «Efectos frente a terceros de la modificación de capitulaciones», *AAMN*, T. XVI, 1985, pp. 295 a 332; MUÑOZ DE DIOS, Mariano, *loc. cit.*, p. 240; GARCÍA CANTERO, Gabriel. *Notas sobre...*, *loc. cit.*, p. 309; GARRIDO-CERDA, Emilio. «Derechos de un cónyuge...», *RDN*, p. 107; HERRERO GARCÍA, María José, *Comentario...*, *op. cit.*, p. 590; ÁLVAREZ-SALA, Juan José. *Aspectos imperativos...*, *loc. cit.*, p. 19; PÉREZ SANZ, Antonio. *Los límites...*, *loc. cit.*, p. 14/21 en *Vlex*.

¹¹⁹ Son muy ilustrativos de esta tendencia los trabajos de Encarna ROCA I TRÍAS, LAMARCA, o Juan Manuel LLOPIS GINER «Un régimen económico para cada matrimonio: el ejercicio de la libertad», en *Homenaje a Díez-Picazo*, vol. 3, pp. 4727 a 4746.

¹²⁰ La esfera personal del matrimonio «presenta un marcado cariz de orden público y determina por consiguiente un abstracto Derecho imperativo, no ocurre lo mismo con el régimen económico-conyugal que, preservados la seguridad del tráfico y los derechos e intereses de terceros, es un asunto que concierne en exclusividad a los consortes o contrayentes» (DÍEZ-PICAZO, Luis. *Comentario a las Reformas...*, *op. cit.*, p. 1492).

hogar familiar¹²¹. De los Mozos lo incluye entre las restricciones impuestas por el régimen primario a la libertad de pacto como «un límite establecido a la libertad del cónyuge titular de los derechos de la vivienda» que protege, en opinión de otros, la «estabilidad y permanencia del hogar familiar»¹²² o simplemente sirve al fin de tutelar el interés superior de la familia frente al particular de los cónyuges¹²³, argumento éste muy socorrido y presto siempre a establecer restricciones en detrimento de la libertad de pacto y, en general, de la autonomía de la voluntad.

Al abordar los límites a la autonomía privada, y el estudio detallado del vigente artículo 1328 CC, afirma el nombrado De los Mozos, a propósito de las normas de régimen primario, que «los cónyuges no podrán renunciar uno en favor de otro a las ventajas que se derivan de la protección del hogar familiar (art. 1320 CC)»¹²⁴. Amorós Guardiola abunda en que «hay una serie de disposiciones en el CC en materia de régimen económico que tienen carácter imperativo y no es posible el pacto que vaya en contra ellas o las modifique» y pone, entre otros ejemplos, los artículos 1320 y 1322 CC¹²⁵.

Cuando Cárcaba sistematiza cuáles son los límites a la autonomía de la voluntad señala como una de sus manifestaciones las «estipulaciones capitulares en contra de la Ley», entre ellas, las contrarias a las llamadas «normas de régimen matrimonial primario», disposiciones generales aplicables a todo matrimonio, cualquiera que sea el régimen económico, p. ej. pactos sobre la disposición de la vivienda habitual vulnerando los artículos 1320 y 1322 CC¹²⁶. También lo recoge así Herrero García: «el carácter imperativo del artículo 1320 lo convierte en una limitación al principio de libertad capitular que no puede ser derogado por la voluntad de los cónyuges»¹²⁷.

¹²¹ «En realidad lo que el legislador pretende proteger no es el patrimonio, sino el hogar o refugio familiar» (GIMÉNEZ DUART, *El artículo 1320 del...*, loc. cit., p. 194); GARRIDO DE PALMA afirma que «lo dispuesto en el artículo 1320 del Código Civil supone una protección del hogar familiar que impide el juego contrario de la autonomía de la voluntad» (*op. cit.*, p. 233).

¹²² Vid. MARTÍNEZ CORTÉS, Jesús. *El régimen de separación de bienes*, *op. cit.*, p. 352.

¹²³ La Ley de 13 mayo de 1981, versus la Ley 2 de mayo de 1975, introduce, a juicio del mentado expositor, la ratio en materia de régimen económico del «interés superior de la familia», manifestado en los artículos 1318, 1320, 1377, 1389 CC (DE LOS MOZOS, José Luis. *Comentarios...*, *op. cit.*, 1982, p. 41).

¹²⁴ DE LOS MOZOS, José Luis. *Op. cit.*, 1982, p. 207, al comentar el 1328 CC.

¹²⁵ AMORÓS GUARDIOLA, Manuel. *De las capitulaciones...*, *op. cit.*, p. 1539.

¹²⁶ Cfr. CÁRCABA FERNÁNDEZ, María. *Las capitulaciones matrimoniales*, Universidad de Oviedo, Servicio de Publicaciones, 1993, p. 34.

¹²⁷ HERRERO GARCÍA, María José. *Comentario del Código...*, *op. cit.*, p. 591.

El mismo fundamento sirve a Pérez Martín para llegar a la conclusión de que su carácter imperativo impide que los cónyuges excluyan por medio de un pacto prematrimonial la aplicación del artículo 1320 CC¹²⁸. Entre los autores modernos, se ha reafirmado el carácter de *ius cogens* y, por ende, indisponible del artículo 1320, tal es el caso, verbigracia de Lete del Río y Roca i Trías¹²⁹. El propio García Cantero manifestaba, al poco de operada la reforma, que se trataba de unas normas imperativas relacionadas con el orden público en materia económico-matrimonial, inderogables, por tanto, por acuerdo entre los particulares¹³⁰.

A partir de estas reflexiones, que resaltan ante todo la imperatividad del precepto, límite general a autonomía de la voluntad (arts. 1255 y 1328 CC), buena parte de los autores españoles han extraído como consecuencia, un tanto previsible, que no cabe renunciar de forma anticipada a esa facultad de control que el artículo 1320 CC atribuye al cónyuge no titular de la vivienda familiar. Garrido de Palma opina que «toda renuncia –capitular o no– a la necesidad de prestación del consentimiento para la disposición de los derechos sobre la vivienda familiar es nula (art. 6.3)», puesto que «sin duda, nos hallamos ante una norma imperativa y de carácter irrenunciable»¹³¹.

Es precisamente del encuadre del artículo 1320 CC entre las disposiciones del régimen primario de donde deriva H. Álvarez «la imposibilidad de renunciar, capitularmente o no, a lo previsto en este precepto»¹³²; A. Pérez Martín sostiene que «tampoco podrá el cónyuge no titular renunciar a la protección que la ley le

¹²⁸ Vid. PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier. *Tratado de Derecho de familia*. T. II. *Pactos prematrimoniales. Capitulaciones matrimoniales. Convenio regulador. Procedimiento consensual*, Lex Nova, Valladolid, 2009, pp. 48-49.

¹²⁹ «Los cónyuges no podrán pactar en capitulaciones que la disposición de la vivienda habitual no requerirá consentimiento del otro cónyuge» (LETE DEL RÍO, José Manuel. *La disposición de la vivienda...*, loc. cit., p. 1067). Encarna ROCA sostiene que la autonomía de la voluntad sólo está realmente presente cuando se trata de relaciones patrimoniales entre cónyuges pero estos no pueden disponer de forma libre de algunos de algunos efectos patrimoniales, como los que integran el régimen matrimonial primario (cfr. ROCA I TRÍAS, Encarna. «Autonomía, crisis matrimonial y contratos con ocasión de la crisis», *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 2138).

¹³⁰ Vid. GARCÍA CANTERO, Gabriel. *Notas sobre el régimen matrimonial primario*, loc. cit., p. 301.

¹³¹ GARRIDO DE PALMA, Víctor M. «Capitulaciones matrimoniales y régimen económico matrimonial», en DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco (Coord.). *Instituciones de Derecho Privado*. T. IV. Familia. Vol. 1.º Civitas-Consejo General del Notariado, Madrid, 2001, p. 233.

¹³² ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar. «La disposición de la vivienda familiar en el derecho español. Problemática que plantea», en *Perspectivas del derecho de familia en el siglo XXI: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia* (Coord. Carlos Lasarte Álvarez), Sevilla, 2004.

concede, pues se trata de materia de orden público, y se encuentra prohibida por el artículo 6.2 del CC»¹³³; y como ellos una extensa nómina de prestigiosos juristas que llegan a la misma conclusión.

Aunque tomando como referencia la antigua Compilación aragonesa (art. 51 Comp.), cuyos principios repite hoy la Lrem (art. 8; artículo 190 CDFa)¹³⁴, opinan los hermanos Bandrés, que «la norma es de carácter imperativo, no permitiendo acuerdo en contrario de los cónyuges ni renunciar previamente o con carácter irrevocable a la misma por ser contrario a los fines propios del matrimonio (vivir juntos)»¹³⁵. En la misma dirección, Sánchez-Rubio ha escrito: «no parece admisible la renuncia de la facultad que confiere el precepto que nos ocupa porque la funciones familiares son irrenunciables»¹³⁶. Estas consideraciones podrían perfectamente trasladarse al artículo 1320 del CC, como puntualizó Rams Albesa¹³⁷, aunque ha de advertirse que la Ley aragonesa ha precisado el carácter imperativo de esta previsión (art. 3.2 Lrem; artículo 185.2 CDFa)¹³⁸, al igual que hiciera el legislador catalán¹³⁹, lo que presupone que tal vez pudiera existir con anterioridad alguna duda y de ahí que se formule ahora un pronunciamiento legislativo expreso.

Hasta aquí, la explicación se limitaría, en mayor o menor grado, a mostrar que el artículo 1328 CC impide que los cónyuges establezcan pactos en capitulaciones que vulneren la Ley, esto es, que sean contrarios a norma imperativa, como es fiel reflejo del artículo 1255 CC y todo su acervo interpretativo¹⁴⁰.

¹³³ PÉREZ MARTÍN, Antonio. *Tratado...* T. V. Vol. 1.º, *op. cit.*, p. 78.

¹³⁴ *Vid.* Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas. En adelante, aparecerá citado con la sigla CDFa.

¹³⁵ BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, José Manuel y Rosa María. «Gestión de la comunidad», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (Dir. M. Albaladejo), T. XXXIII, vol. 2.º, Edersa, Madrid, 1990, p. 48.

¹³⁶ SÁNCHEZ-RUBIO, Alfredo. *El régimen jurídico...*, *op. cit.*, p. 57.

¹³⁷ Resalta esta semejanza RAMS ALBESA: «estas limitaciones a la libertad de disposición se inspiran directamente en las del artículo 1320 del Código civil (...) por lo que, en principio, habrá que entender que las conclusiones alcanzadas por la doctrina civilística servirán igualmente para la interpretación del artículo 51 de la Compilación» (*Comentarios a la Compilación...*, T. II, *op. cit.*, p. 271); creo, por mi parte, puede recorrerse el camino inverso, y las opiniones vertidas sobre el antiguo precepto de la Compilación serían igualmente trasladables hoy al artículo 1320 CC.

¹³⁸ *Vid.* LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio. «Disposiciones generales», en *Manual de Derecho matrimonial aragonés* (Coord. J. L. Merino Hernández), Los Fueros, Zaragoza, 2007, p. 35.

¹³⁹ Últimamente, para el Derecho catalán, «se trata de una norma de protección de la familia –del interés familiar– que tiene carácter imperativo y no puede excluirse mediante pacto» (GINEBRA MOLINS, M. Esperança. «La disposición de la vivienda familiar y de los muebles de uso ordinario en Derecho catalán», en *Los regímenes económico matrimoniales en los Derechos civiles forales o especiales*, Dykinson, Madrid, p. 350).

¹⁴⁰ *Vid.* en general sobre la autonomía privada y sus límites, DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio. *Sistema de Derecho civil*. T. I., Tecnos, Madrid, 2005,

Dado que el artículo 1320 CC y el resto de las «Disposiciones Generales» se han considerado tradicionalmente normas de *ius cogens*, cualquier modificación que altere su contenido no debe reputarse válida o, más allá, ha de ser entendida directamente nula de pleno derecho al contravenir un mandato prohibitivo (art. 6.3 CC), porque en este ámbito se impide, como dice Garrido de Palma, «el juego contrario de la autonomía de la voluntad».

Uno de los pocos autores que ofrece una fundamentación todavía más elaborada, aduciendo los motivos por los que no caben el pactos concernientes a la vivienda familiar que alteren el régimen preceptuado en el artículo 1320 CC, es Muñoz de Dios: «el otro cónyuge no podrá renunciar a la potestad que le concede la ley de prestar o no consentimiento: 1.º. Porque se trata de una materia de orden público, que como tal está sustraída a la autonomía de la voluntad de las partes; 2.º. Porque dicha renuncia estaría incurso en las limitaciones del artículo 6, apartado 2.º, ya que podría perjudicar los derechos de terceros»¹⁴¹. El referente de esa alusión a terceros es sin duda la prole, especialmente hijos menores o incapaces, como se colige de sus propias palabras: «hemos de tener en cuenta que la protección del artículo 1320 CC no se limita al cónyuge no propietario, sino que se extiende también a los demás miembros de la familia»¹⁴².

3. ¿CUÁL ES LA FINALIDAD DE LA NORMA EN LA ACTUALIDAD?

Transcurridos ya unos lustros desde que se aprobara la norma y a la vista de la evolución de este precepto, carente de todo precedente normativo, como explícita De los Mozos, al menos en nuestro país¹⁴³, cabría plantearse, como hiciera originariamente

pp. 379 y ss.; *Instituciones de Derecho civil*. T. I/1, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 305 y ss. En realidad, los límites a la autonomía privada son en el Derecho de familia los mismos que en el resto del Derecho privado, lo único que ocurre es que tiene mayor presión (DÍEZ-PICAZO. Luis. *El negocio jurídico del...*, *loc. cit.*, p. 778).

¹⁴¹ MUÑOZ DE DIOS, Mariano. *La vivienda familiar...*, *loc. cit.*, p. 240. Se suma a esta interpretación, LETE DEL RÍO, José Manuel. *La disposición de la vivienda...*, *loc. cit.*, p. 1068.

¹⁴² MUÑOZ DE DIOS, Mariano. *La vivienda familiar...*, *loc. cit.*, p. 240.

¹⁴³ El estudio comparado realizado por FERNÁNDEZ CABALEIRO refleja que normas similares se han dado a lo largo y ancho de todo el Continente europeo; en concreto, dicha previsión es incorporada en nuestro país por la influencia recibida de Francia («Los regímenes económicos matrimoniales y la Comunidad europea», en *Estudios de Derecho civil en honor al profesor Castán Tobeñas*, vol. 4, Eunsa, Pamplona, 1969, pp. 353 y 354); también ELORRIAGA realiza un estudio de gran interés, previo al examen de esta cuestión en el Fuero Nuevo de Navarra (*vid. La protección...*, *loc. cit.*, pp. 182 y ss.).

Lacruz, hasta qué punto sería admisible una renuncia al asentimiento para disponer de la vivienda familiar. Habría que cuestionarse si la previsión contenida en el artículo 1320 CC no es sino un derecho subjetivo patrimonial, como tantos en Derecho Privado, y, por ende, renunciabile dentro del marco general establecido por el artículo 6.2 CC ¿Por qué éste habría de ser un supuesto tan distinto de otros contemplados a lo largo del sempiterno Código civil? ¿Qué lo hace diferente si es que, en verdad, lo es?

¿No son frecuentes en la praxis notarial, apoderamientos generales y recíprocos en los que se faculta a cada cónyuge a disponer indistintamente y por separado de los gananciales?¹⁴⁴ ¿Por qué el artículo 1375 admite *ad littera* la posibilidad de pacto en contrario, recogido en capitulaciones matrimoniales, frente al régimen general de la disposición de los bienes comunes, desplazando, para el caso concreto, el régimen establecido en el 1377 del CC y no sucede lo mismo con el 1320 CC? Es cierto que las opiniones a este respecto distan de ser unánimes¹⁴⁵ pero quizá cuando la concesión es recíproca se salva, de este modo, una hipotética desigualdad entre cónyuges, que cabría objetar al amparo del artículo 1328 CC. A mi entender este tipo de acuerdos no debería verse hoy como tal, sino fruto de una decisión previa tomada de común acuerdo entre ambos cónyuges que es admitida con normalidad en la práctica como puede comprobarse consultando cualquier cuaderno de formularios notariales.

Es razonable argüir que la decisión conjunta que se esconde en el ropaje del artículo 1320 CC se funda en el interés general, acaso superior y aún supremo de la familia, que se podría justificar en el artículo 67 CC *in fine*¹⁴⁶, en otras palabras, en la tución de la prole, en velar por la asistencia y cuidados debidos a los hijos, especialmente cuando éstos son menores, o han sido incapacitados, y a resultas, han quedado bajo la custodia de sus progenitores, a través de una patria potestad prorrogada u otra institución de protección. Dicho planteamiento, aunque lógico y admisible, no acaba probablemente de responder a la realidad de nuestro tiempo en la que proliferan toda una suerte de familias,

¹⁴⁴ Es un pacto hoy día bastante común del que se dará cuenta algo más adelante. Sobre la posibilidad de estos pactos y su armonización con el principio de igualdad conyugal, *cfr.* RAMS ALBESA, Joaquín J. *La sociedad de gananciales*, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 195 y ss.

¹⁴⁵ *Vid.* una primera aproximación en CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. *Comentario...*, *op. cit.*, p. 606; PRETEL SERRANO, Juan José. *Comentario...*, *op. cit.*, p. 709; RAMS ALBESA, Joaquín. *Elementos...*, *op. cit.*, 2010, pp. 215-216.

¹⁴⁶ *Cfr.* GARCÍA GARCÍA, María Ángeles. «El deber de actuar en interés de la familia», *RDP*, marzo 1984, p. 243.

muchas alejadas del paradigma tradicional¹⁴⁷, aunque no por ello menos dignas de recibir adecuada protección¹⁴⁸.

Resulta significativo, y tal vez hasta curioso, que para un sector doctrinal la especial normativa que el CC dedica a la vivienda familiar (arts. 96 y 1320 CC) sólo se aplique a los matrimonios y a su familia, «de tal forma que la mera concurrencia de hijos no dará lugar a la consideración como grupo familiar, sin perjuicio de los deberes inherentes a la patria potestad»¹⁴⁹. Si, en verdad, esos terceros que impiden al cónyuge no titular efectuar una renuncia, en aplicación del artículo 6.2 CC, son los descendientes, ¿por qué esta restricción a las facultades dominicales del propietario sólo es de aplicación a las uniones matrimoniales y no a otros modelos de convivencia paraconyugal?¹⁵⁰ ¿Son entonces de menor rango los hijos extramatrimoniales que los concebidos y alumbrados constante matrimonio y por ello ameritan una protección menor?

Al examinar el caso de un matrimonio sin hijos surgen los interrogantes: ¿Es que acaso es necesario que haya vástagos para encontrarse en presencia de una familia? ¿Sólo es familia el matrimonio «legítimo» que cohabita bajo el mismo techo? ¿No se aplica, entonces, la norma a aquellos matrimonios que care-

¹⁴⁷ Vid. ROCA I TRÍAS, M.^a Encarnación. «Familia, familias y derecho de la familia», *ADC*, 1990, n.º 4, pp. 1055 a 1092; y PARRA LUCÁN, M.^a Angeles. «Reflexiones sobre algunas tendencias en instituciones y relaciones del Derecho de la persona y de la familia», *Anales de la Facultad de Derecho*, vol. 19, 2002, pp. 150 y ss.

¹⁴⁸ «Nuestra Constitución no ha identificado a la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio (...). El sentido de esas normas constitucionales (art. 32 y 39) no se concilia con la constrictión del concepto de familia a la de origen matrimonial, por relevante que sea en nuestra cultura (...). Existen otras junto a ella como corresponde a una sociedad plural, y ello impide interpretar en términos restrictivos una norma (...). Del propio artículo 39.1 no cabe derivar, por tanto, una diferenciación necesaria entre familias matrimoniales y no matrimoniales» [STC 222/1992, de 11 diciembre, FD.º 5, (RJ 222)]. En el mismo sentido, STC 45/1989, 192/1991 y 200/1991. Acerca de y a favor de un tratamiento privilegiado de la familia matrimonial, cfr. GARCÍA CANTERO, Gabriel. «Modelos de matrimonio y Derecho de familia en el siglo XXI», en *Homenaje Cuadrado Iglesias*, T. I, Civitas, Madrid, 2008, pp. 591 y ss.

¹⁴⁹ JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción. «Vivienda familiar y concurso de acreedores», *Familia y concurso de acreedores* (Coord. M. Cuenca Casas), Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 260.

¹⁵⁰ Y, sin embargo, el Supremo niega la posible extensión de este régimen a las parejas de hecho (*vid.* STS de 19 de septiembre de 2005); existen algunos casos aislados [STS de 16 de diciembre de 1996 (RJ 9020); 4 de abril de 1997 (RJ 2731); 5 de julio de 2001 (RJ 4993)], es cierto, pero los especialistas que han estudiado la evolución de esta línea jurisprudencial en profundidad advierten: «no obstante, no debe olvidarse la opinión mayoritaria de nuestro TS desfavorable a la extensión analógica de las normas de régimen económico matrimonial a las parejas de hecho [SSTS de 4 de marzo de 1997 (RJ 1640); 4 de abril de 1997 (R. 2731); 10 de marzo de 1998 (RJ 1272) y 23 de julio de 1998 (RJ 6131)] [Vid. RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel. «Disposiciones Generales», en *Jurisprudencia civil comentada. Código civil* (Dir. M. Pasquau Liaño), 2.^a ed., T. III. Arts. 1315 a 1976, Comares, Granada, 2009, p. 2547]. Lo mismo cabría decir del artículo 96 CC. [Vid. STS de 12 de septiembre de 2005 (RJ 7148) y 30 de octubre de 2008 (RJ 47139)].

cen de descendencia, porque no pudieron o, quizá, simplemente no quisieron concebirla? ¿Y si los hijos fueran mayores de edad o se hubiesen emancipado? ¿No entra, entonces, en aplicación el artículo 1320 CC en ausencia de menores, de la misma forma que no se persona el Ministerio Fiscal en pleitos en los que no interviene un interés público? ¿A quién protege, entonces, este precepto primordialmente: a los hijos comunes o al cónyuge que no es propietario?

Pero hay más todavía: si el marido deja el domicilio conyugal, que es de su propiedad, y en el que sólo habita la mujer, por carecer de descendencia, ¿podrá hacer la manifestación de que no se trata de la vivienda familiar o habrá que entender que la vivienda seguirá siendo hogar familiar mientras la habite cualquier familiar *stricto sensu* distinto de su propietario? Ante esa situación, añadía Ávila Álvarez con cierta sorna: «¡Ay de los matrimonios cuyo único lazo de unión sea la unidad de la vivienda! Más le valiera al cónyuge propietario cederla en arriendo y alquilar otra para el hogar familiar. El inquilino puede llegar a ser amigo; el o la cónyuge puede llegar a ser enemigo, por lo que quizá sea preferible tener inquilino fuera que cónyuge dentro»¹⁵¹.

Estimo que hoy es muy legítimo el preguntárselo, aunque quizá antaño lo fuera también. Así lo ha hecho, por ejemplo, Garrido Melero, en afirmación vertida sobre el CFC, igualmente extrapolable al artículo 1320 CC: ¿Pueden, finalmente, los cónyuges eximirse de las limitaciones dispositivas derivadas del artículo 9 del Código de Familia¹⁵² o deben ser consideradas no negociables tal como parece deducirse del precepto? Se me dirá, y con razón, que ciertos pactos como el uso o disposición de la vivienda es una garantía de toda la familia y no sólo de los cónyuges, pero ¿qué decir cuando no hay hijos del matrimonio o cuando los derechos no son de los hijos sino de los propios cónyuges?¹⁵³

Quizá tal reflexión goce de menor predicamento en el Derecho catalán que en el régimen del CC, toda vez que, como se ha dicho y ya adelantaba el mismo interviniente, el Código de Familia tuvo a bien –al igual que la Lrem aragonesa– recalcar la

¹⁵¹ Vid. ÁVILA ÁLVAREZ, Pedro. «El régimen económico matrimonial en la reforma del Código civil», *RCDI*, vol. 587, nov-dic. 1981, p. 1381.

¹⁵² El vigente artículo 231-9, de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, dedicado a la disposición de la vivienda familiar, reproduce en buena medida, el contenido antes recogido en el antiguo artículo 9 del Código de familia, al que alude el citado notario en su artículo.

¹⁵³ GARRIDO MELERO, Martín. «Aplicaciones del principio de libertad civil: la escritura pública como valor de libertad», *La Notaría*, 9-10, 2003, p. 35.

naturaleza necesaria e indisponible de esta prerrogativa del cónyuge no titular, al señalar cómo su consentimiento «no puede excluirse por pacto ni otorgar(se) con carácter general»¹⁵⁴. Y es que aunque allí se dispone con total seguridad que el asentimiento del consorte del titular no lo es en representación de los hijos menores de edad, según se deduce de la doctrina registral¹⁵⁵, debe reconocerse que la disciplina catalana se mueve hoy en unas coordenadas distintas a las del CC: el Código catalán no confiere a los hijos capacidad para «consentir» la enajenación de la vivienda familiar pero sí para impugnar el acto por el que se lleva a cabo habiendo preterido esta suerte de licencia (arts. 9.2 y 155.2 CFC).

A pesar de estas consideraciones, parte de la doctrina¹⁵⁶ y también la jurisprudencia se han decantado a veces por este enfoque de prevalencia del interés general sobre los más particulares¹⁵⁷, cuando en realidad unos y otros no deberían hallarse tan distantes e incluso en algunos casos podrían llegar a estar plenamente identificados¹⁵⁸. Así la STS 31 diciembre 1994 entiende el concepto de vivienda habitual –dice familiar¹⁵⁹– como un «bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, quien quiera que sea el propietario»¹⁶⁰ y también el Tribunal Constitucional, quizá rozando el exceso y la extralimitación, ha llegado a establecer

¹⁵⁴ Vid. el citado artículo 231-9 de ese Libro II del CC catalán.

¹⁵⁵ Vid. RDRGN de 27 de agosto de 2008, FD.º 2 (JUR 2008/280754).

¹⁵⁶ Como abanderado por excelencia de tal tesis, se erige FERNÁNDEZ CABALEIRO, autor que encuentra el fundamento de la norma en el interés superior de la familia frente al más particular de los cónyuges, mantiene claramente idéntica postura PÉREZ SANZ: «la limitación no es un derecho concedido a uno de los esposos, sino una norma de protección del superior interés familiar» (*loc. cit.*, p. 14/21 VLex).

¹⁵⁷ Así lo recoge la STS de 3 de enero de 1990 (RJ 31), seguida por otras sentencias de Audiencias Provinciales: «prevalencia del interés de la familia sobre el particular de cada cónyuge» es lo que menciona la SAP de Sevilla de 4 de junio de 1997 (AC 1245), *cf.* también SAP de Murcia de 8 de mayo de 2003 (JUR 166974).

¹⁵⁸ Desde estos planteamientos se postula «una concepción del matrimonio y de la familia en la que prima por completo la voluntad individual de sus miembros sobre cualquier eventual «interés familiar» supraindividual. Es más, no existe propiamente un interés familiar distinto del individual de los componentes del grupo: matrimonio y familia no pasaría de ser un mero instrumento al servicio de la felicidad de sus componentes (...). El matrimonio y la familia serán lo que la voluntad de sus miembros quiera que sean; y durarán lo que la voluntad de sus miembros quiera que duren» (Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos. *Diagnóstico sobre el Derecho de familia*, Instituto de Ciencias para la Familia, Universidad de Navarra, Rialph, S.A., Madrid, 1996, p. 38).

¹⁵⁹ Bien pensado, la cuestión terminológica no es del todo baladí: ¿se protege la vivienda familiar (art. 1320 CC) o el domicilio conyugal (art. 70 CC)? En el supuesto de un matrimonio sin hijos, se dispensa tutela al cónyuge no propietario, cónyuge que no guarda lazos de sangre con el disponente y que no es familia en sentido jurídico-técnico, aunque en el habla común pueda verse así (como revela el castizo neologismo «la parienta» para referirse a la mujer y esposa).

¹⁶⁰ STS de 31 de diciembre de 1994 (RJ 10330), FD.º 2.º

una suerte de cotitularidad sobre la vivienda habitual, justificada por «la moderna tónica legal protección del interés común familiar, que viene a configurar la familia como un sujeto colectivo, como titular comunitario»¹⁶¹.

Se trata esta última de una aproximación al fenómeno –lúcidamente criticado por la doctrina¹⁶²– que desarrollado hasta sus últimas consecuencias bien podría llegar incluso la anulación de la personalidad jurídica del propio individuo pues no cabe que la familia exista como sujeto de Derecho independiente al margen de sus componentes¹⁶³. Tampoco habría de verse en la vivienda familiar la cotitularidad a la que se refiere el TC en la citada sentencia, salvo cuando el inmueble tuviera carácter ganancial¹⁶⁴, aun cuando lo fuera por propia voluntad de interesados mediante el negocio jurídico de atribución de ganancialidad (art. 1355 CC), o se hubiera adquirido antes del enlace en condominio ordinario, práctica muy usual entre los jóvenes de hoy día, que conviven durante una temporada antes de contraer matrimonio.

4. EL SENTIDO DEL ARTÍCULO 1320.1.^a CC, AYER Y HOY

La finalidad que subyace en el artículo 1320.1.^a CC es la de proteger al miembro de la pareja situado en inferioridad de condiciones frente a la eventual malevolencia de su compañero, especialmente en el régimen de separación absoluta, como subraya la doctrina afincada en territorios en el que éste es el régimen legal, o supletorio de primero grado¹⁶⁵. Cuando la vivienda es un bien propio o privativo entrará en juego la norma, pues en otros supuestos, como la adquisición en proindivisión ordinaria, o si el inmueble tiene carácter ganancial, ya no sería tan necesario recurrir a ella, sino al consentimiento-codisposi-

¹⁶¹ Vid. FD.º 6, STC 135/1986, de 31 de octubre (RTC 1986/135).

¹⁶² A lo más podrá hablarse de afectación de un bien privativo al uso común, como puntualiza LETE DEL RÍO, José Manuel. *La disposición de la vivienda...*, loc. cit., p. 1058.

¹⁶³ Cfr. Díez-PICAZO, Luis. *Familia y Derecho*, Civitas, Madrid, 1984.

¹⁶⁴ No es hoy cuestión controvertida en la doctrina que sólo entonces cabe hablar con propiedad de cotitularidad y codisposición, a diferencia de cuanto acontece en el caso del artículo 1320 CC. Se habla, entonces, de asentimiento, aprobación, licencia, autorización... (Vid., por todos, ÁLVAREZ-SALA, *Aspectos imperativos...*, loc. cit., p. 34).

¹⁶⁵ «La *ratio legis* está clara, particularmente en un régimen de separación de bienes: reforzar la importancia del hogar para la familia a través de su protección especial, impidiendo al cónyuge propietario o titular exclusivo de los derechos de la vivienda o su mobiliario, que pueda disponer de ellos en perjuicio del otro o del resto de la familia» (MOLINER NAVARRO, ROSA. «Comentario a la Ley 10/2007, de régimen económico matrimonial valenciano», en *Los regímenes económico matrimoniales en los Derechos civiles forales o especiales*, Dykinson, Madrid, 2010, p. 904).

ción de los artículos 393 o 1375 CC, aunque a veces se ha tratado de justificar la especialidad del 1320 frente a estas otras disposiciones normativas.

Como ya observara en su día Lacruz Berdejo al poco de operarse la reforma «se trata de salvar el alojamiento del matrimonio (...) de la arbitrariedad o mala voluntad del cónyuge que puede disponer de ellos: dueño o arrendatario. Es decir, de impedir que un cónyuge pueda, por sí, dejar al otro en la calle»¹⁶⁶, expresión que es recogida y hecha suya por la mayoría de especialistas, entre ellos verbigracia Martínez Calderada¹⁶⁷ o Rodríguez López¹⁶⁸, y que con distintas formulaciones se ha ido iterando a lo largo de diversos expositores, todos ellos muy próximos a las tesis apuntada¹⁶⁹.

Para Puig Brutau «se trata de salvar la vivienda familiar y sus muebles de toda decisión arbitraria o mal intencionada del cónyuge no propietario o titular de un derecho (si se trata de un arrendamiento)»¹⁷⁰. De los Mozos, en sus Comentarios al Código civil, afirma que «protege inmediatamente al otro cónyuge, de la arbitrariedad o mala voluntad de su consorte, y mediatamente, a la familia o al propio consorcio conyugal»¹⁷¹. Es necesario resaltar que, según el opositor, la tuición del resto de miembros se presenta sólo en modo secundario o accesorio, puesto que lo principal, a mi juicio, no es esto, cuya contingencia lo privaría en todo caso de su carácter esencial, sino la prestación de amparo al cónyuge no titular¹⁷² que, por eso mismo, habría de ser muy libre de excluir la voluntariamente el juego o la aplicación del artículo 1320 CC.

Poco después de que se modificara el CC en 1981, el informe elaborado por la Comisión del Colegio Nacional de Registradores advertía: «lo que se pretende evitar es que el cónyuge propietario deje en la calle al otro mediante la enajenación a sus espal-

¹⁶⁶ LACRUZ BERDEJO, José Luis. «La economía del matrimonio», en *El nuevo régimen de la familia*. T. II. *Filiación, patria potestad, economía del matrimonio y herencia familiar*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1981, p. 132.

¹⁶⁷ Cfr. MARTÍNEZ CALDERADA, Luis. *El nuevo Derecho de familia*, T. I., 2.ª ed., Madrid, 1981, p. 117.

¹⁶⁸ RODRÍGUEZ LÓPEZ, Félix. *Notas sobre la vivienda habitual...*, *loc. cit.*, p. 1605.

¹⁶⁹ *Vid.*, p. ej. el epígrafe dedicado al régimen primario, redactado en su totalidad por GARCÍA CANTERO, en CASTÁN, *op. cit.*, p. 334.

¹⁷⁰ PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho civil*. T. IV. *Familia. Matrimonio. Divorcio...*, Bosch, Barcelona, 1985, p. 109.

¹⁷¹ DE LOS MOZOS, José Luis. *Comentarios...*, *op. cit.*, 1982, p. 126.

¹⁷² En sentido similar, para algunas Audiencias, el artículo 1320 protege esencialmente el derecho de ambos cónyuges evitando que por un acto dispositivo realizado por un cónyuge sin el consentimiento del otro tenga el no disponente o los componentes de la familia que abandonar la vivienda [SAP de Asturias de 15 de enero de 2002 (RJ 2002, 4675)].

das de la vivienda familiar¹⁷³. Hay que añadir, además, que la expresión acuñada por Lacruz también ha hecho fortuna entre la praxis registral y que incluso las resoluciones dictadas una vez entrados en el S. XX acogen las tesis del Catedrático. Un ejemplo fehaciente lo hallamos en la doctrina convenientemente sentada por la Dirección General sobre en este extremo en la R. de 27 de junio de 1994: la finalidad «no es otra que la de evitar que por un acto dispositivo realizado por un cónyuge sin consentimiento del otro (...) tenga el no disponente o los componentes de la familia que abandonar una vivienda para cuya ocupación existía título jurídico suficiente»¹⁷⁴.

La *ratio legis* de una norma de estas características no reside en la protección de la descendencia¹⁷⁵, que no ha alcanzado una edad suficiente como para ser capaz de automantenerse, o que a resultas de las circunstancias descritas en el artículo 200 CC ha quedado impedida para valerse por sí misma. Lo que en verdad se está protegiendo es a un cónyuge frente al otro; se trata de una norma hija de su tiempo, como lo fueron todas, introducida por el legislador en defensa de un esposo ante los posibles «ataques» deliberados del otro y muy particularmente a la mujer frente a la malevolencia de su marido, antaño el único sostén económico de la familia, en un tiempo en el que el «segundo sexo» no había aún alcanzado la plena inserción en el mercado laboral.

La esencia del artículo 1320 responde así a un planteamiento que arrastra consigo la desigualdad propia de la ominosa etapa anterior (régimen dotal, deber de obediencia, licencia marital...) ¹⁷⁶, de la que quiso distanciarse con claridad el legislador histórico. Y lo hizo mediante un precepto, creado *ex novo*

¹⁷³ «Notas de urgencia sobre algunos aspectos de la reforma de 1982 del Código civil», elaboradas por la Comisión del Colegio de Registradores, cit. por RODRÍGUEZ LÓPEZ, Félix, *loc. cit.*, p. 1602.

¹⁷⁴ Cfr. RDGRN de 27 de junio de 1994 (RJ 4921); se expresa en términos parecidos la R. de 6 de marzo de 2004 (RJ 2474). La RDGRN de 17 de mayo de 2005 (RJ 5540), sin embargo, parece incidir más en la protección de la familia que en la indefensión del cónyuge frente a cualquier acto (*v.gr.* de disposición) que pudiera privarle de la vivienda.

¹⁷⁵ Por su parte, PÉREZ SANZ, en su ensayo dedicado a los límites de la autonomía de la voluntad en las capitulaciones matrimoniales, basaba el carácter imperativo de la norma en que «la limitación no es un derecho concedido a uno de los esposos, sino una norma de protección del interés superior familiar»; es, por tanto, irrenunciable y dicho asentimiento tampoco puede prestarse preventivamente, siendo entonces nulo el pacto capitular que la recogiera con carácter general (PÉREZ SANZ, Antonio. *Límites a la autonomía...*, *loc. cit.*, p. 14/21 VLex).

¹⁷⁶ Vid. una síntesis de los principios informadores del régimen, previo a las reformas de 1958, 1975 y 1981 en LACRUZ; Ed. Exp., T. II, p. 280 el régimen precedente puedes seguirse a la luz de la exposición realizada por MANRESA Y NAVARRO, José María. *Comentarios al Código civil español*. T. I. *Artículos 1 a 312*, Reus, Madrid, 1987, pp. 477 y ss.

en 1981 y huérfano de precedentes¹⁷⁷, reflejo de la desconfianza y el temor de que maridos muy pudientes, carentes de escrúpulos o desalmados, obligaran a mujeres jóvenes e indefensas, a pactar el régimen de separación de bienes¹⁷⁸ –visto siempre con algo de recelo entre determinados sectores– a riesgo de quedar desasistidas y abandonadas a su suerte; así cuando en el artículo 1320 CC se cita al cónyuge titular de la vivienda, la referencia latente es en realidad el marido o al menos en él se pensaba cuando se redactó dicho precepto.

Como se percibe a través del análisis de los antecedentes legislativos realizado por Gordillo Cañas, el cónyuge al que, en verdad, se refiere el artículo 1320, es la esposa, como correspondía a una distribución de «roles» anclada en un determinado modelo de sociedad¹⁷⁹, bastante distinto del actual y, cada día y por fortuna, más alejado de la realidad. La incorporación de este precepto perseguía el fin de la desigualdad sociológica y real entre los cónyuges y tendía a la protección de la mujer, cuestión presente incluso en la Ponencia del Ministro de Justicia en el Congreso de los Diputados¹⁸⁰: «Por tanto, si la casa familiar es del marido, él sólo no podrá disponer de ella; si él es el inquilino, él sólo no podrá a partir de ahora renunciar al arrendamiento»¹⁸¹.

5. LOS RECELOS HACIA EL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES Y EL ARTÍCULO 1320 CC

Conviene recordar que en la cultura latina y en los sectores más tradicionales de la Iglesia católica, su idea de matrimonio y el entendimiento de sus fines siempre se han inclinado y sentido

¹⁷⁷ «Esta disciplina es nueva dentro del Derecho civil, no cuenta con más de treinta años» (ELORRIAGA DE BONIS, Fabián. *La protección...*, loc. cit., p. 179).

¹⁷⁸ Los detractores de abrir completamente el juego de la autonomía privada, entre dos sujetos, libres e iguales, como son hoy los cónyuges bajo el Derecho español, ponen este ejemplo, que recoge GARCÍA-RUBIO, como modelo: «El caso típico sería el de un hombre de fortuna que desea contraer matrimonio con una mujer de escasos recursos económicos y quiere asegurarse de que ésta no se casa con él por dinero, para lo cual le «impone» la firma de acuerdos en los que, además de pactar el régimen de separación de bienes, la futura esposa renuncia a todos cuantos derechos económicos pudieran corresponderle a la disolución, por muerte o por divorcio, del matrimonio» (GARCÍA RUBIO, María Paz. «Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código civil», *ADC*, 2003, n.º 4, p. 1658).

¹⁷⁹ La mujer en el hogar dedicada a sus labores –recuérdese, las propias de su sexo– y el hombre, fuera de ella, ganando un jornal para traer el pan a casa y poder alimentar a su hijos (y también a su mujer).

¹⁸⁰ Diario de Sesiones, p. 8826.

¹⁸¹ Vid. GORDILLO CAÑAS, Antonio. «La protección de los terceros de buena fe en la reciente reforma del Derecho de Familia», *ADC*, 1982, p. 1132.

mayor predilección por los regímenes de comunidad que de separación, aunque la concepción canónica del matrimonio como «una caro», también ha dado lugar a experiencias traumáticas, como la «*coverture*» inglesa, elaborada por Sir William Blackstone¹⁸², que se tradujo en un régimen de absorción hasta el siglo XIX¹⁸³. En este sentido, el autor belga Renauld mantuvo que ese tipo régimen, la sociedad conyugal, era el que mejor traducía en el plano patrimonial la idea de que el matrimonio crea una comunidad de vida y esfuerzos entre los cónyuges¹⁸⁴.

Es, por tanto, en la sociedad de gananciales donde se gestaría el contexto más propicio para la consecución de los fines del matrimonio, dado que «la colaboración entre cónyuges se traduce en una masa de bienes, propia de ambos, como símbolo de la unión de vidas que el matrimonio representa»¹⁸⁵, un capital común que se destina a sufragar los gastos familiares, a levantar las cargas matrimoniales¹⁸⁶. Además, el régimen de comunidad de ganancias representa un esfuerzo por hacer partícipe a la mujer de los productos de la actividad adquisitiva del marido¹⁸⁷ y es, en resumen, un conjunto reglado para organizar la economía del matrimonio que se halla presidido por una específica directriz: «la idea cristiana de la mujer *socia et uxor*»¹⁸⁸.

Estos motivos, en los que subyace una orientación determinada, y acaso también un componente ideológico, ha movido a reputados especialistas como Castán Tobeñas y García Cantero a ver en la sociedad de gananciales el régimen paradigmático. Se ha afirmado que «el sistema de comunidad es el más perfecto, especialmente bajo sus formas limitadas, como la comunidad de gananciales» porque «armonizan la propiedad particular de cada cónyuge con el patrimonio común, el respeto a la personalidad y fines individuales de los cónyuges con el reconocimiento de la mancomunidad creada por el matrimonio»¹⁸⁹. Es una visión modélica de la sociedad conyugal que se repite a lo largo de su magnífica y prolífica obra¹⁹⁰ y que también recibe un tra-

¹⁸² «Husband and wife are one person in the law; that is, the very being or legal existence of the woman is suspended during the marriage». Vid. BLACKSTONE, Sir William. *Commentaries on the Laws of England*. Vol. 1, Garland Pub., New York, 1978, pp. 442 a 445.

¹⁸³ Vid. CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho civil español...*, op. cit., p. 275.

¹⁸⁴ Cit., por CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho civil español...*, op. cit., p. 281.

¹⁸⁵ LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Derecho de familia*, ed. exp., op. cit., p. 278.

¹⁸⁶ Vid. VALVERDE Y VALVERDE, Calixto. *Tratado de Derecho civil español*, T. IV. *Parte especial de Derecho de familia*, 4.ª ed., Talleres Tipográficos Cuesta, Valladolid, 1938, p. 281.

¹⁸⁷ LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Derecho de familia*, ed. exp., op. cit., p. 279.

¹⁸⁸ *Ibidem*.

¹⁸⁹ GARCÍA CANTERO, Gabriel. en CASTÁN, op. cit., pp. 280-281.

¹⁹⁰ Vid. GARCÍA CANTERO, Gabriel. op. cit., pp. 292-293.

tamiento encomiástico en los escritos jurídicos de J. L. De los Mozos¹⁹¹.

Probablemente la existencia de un régimen primario sirviera en su momento para mantener incólumes los antiguos fines matrimoniales y para implementar una mínima comunitarización de bienes, derivada de la propia convivencia (art. 68 CC), en un régimen, como del de separación de bienes, cuya nota característica es —y sigue siendo—, precisamente, la ausencia de una tercera masa común y distinta de los patrimonios uxorios. Antaño se percibió vinculado únicamente al ideario socialista y feminista y ensalzado sólo por las ideas propias de esas escuelas de pensamiento¹⁹², de ahí quizá el interés en presentarlo como minoritario¹⁹³, en vista de que «envuelve un sentido individualista que se compagina mal con la intrínseca naturaleza del matrimonio y con las exigencias de orden familiar»¹⁹⁴.

En este contexto hostil nace el artículo 1320 CC, para reforzar la creación de una suerte de comunidad de uso sobre la vivienda familiar habitual, como señalaba Ragel Sánchez, independientemente de que la propiedad pertenezca a uno solo de los cónyuges¹⁹⁵. Se vendrían de esta forma, por vía impositiva estatal, a suplir las hipotéticas carencias de un régimen, como el de separación absoluta, en el que los bienes adquiridos, tanto constante matrimonio, como antes de su celebración, son titularidad exclusiva de su propietario, al tiempo que los cónyuges conservan intactas sus facultades de goce y disposición como si no estuvieran casados (art. 1437 CC). Traducido a la realidad de la época, según los debates parlamentarios, suponía esto que el marido podía desahuciar fácilmente a su mujer y expulsarla del hogar familiar.

Por dicha causa, ese «no régimen», como se le ha llamado en ocasiones, era contemplado con recelo por el legislador y

¹⁹¹ Cfr. DE LOS MOZOS, José Luis. *La reforma del Derecho de familia, en España, hoy*, Universidad de Valladolid, 1981, p. 111.

¹⁹² «El naciente feminismo y el socialismo doctrinario, coincidieron, a fines del siglo pasado (S. XIX) y a comienzos del presente (S. XX), en exaltar las ventajas de los regímenes de separación» (DE LOS MOZOS, José Luis. *Comentarios...*, *op. cit.*, 1982, p. 32).

¹⁹³ Un régimen que, según FERNÁNDEZ CABALEIRO perdía terreno cuando él redactó su tesis (*op. cit.*, p. 294); hoy, por el contrario, ha conocido su máximo apogeo. Así estudios recientes revelan cómo dentro de los regímenes matrimoniales, «cada vez crece más el de separación de bienes, como forma más propicia para defender la individualidad de los cónyuges» (SERRANO DE NICOLÁS, Ángel. *Las nuevas orientaciones...*, *loc. cit.*, p. 44) hay quien ve la principal motivación de su otorgamiento en salir de un régimen de comunidad y pactarlo como «estrategia de compartimentación de masas patrimoniales» ante reclamaciones de posibles acreedores (CUTILLAS TORNS, José María. *Las capitulaciones matrimoniales. Estudio de sus ineficacias y de sus acciones impugnatorias*, Revista General del Derecho, Valencia, 2000).

¹⁹⁴ CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho civil...*, *op. cit.*, p. 285.

¹⁹⁵ Vid. RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe. *Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho civil: familia*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 241.

tomado, a veces, como la antesala de la separación o el divorcio (arts. 1435.3.º y 1436 CC) en una época en la que imperaba hegemónicamente la sociedad de gananciales, régimen que, en opinión de Díez-Picazo, «está concebido para una sociedad en que la mujer se dedica a sus labores, no se dedica a ningún tipo especial de actividad económica, sino que es pura perceptora de renta»¹⁹⁶. En ese sentido, era justo que en el pasado se la protegiese a través del artículo 1320 CC si carecía de fortuna personal y no ejercía ninguna actividad lucrativa por cuenta propia o ajena, pero no tanto en la actualidad ya que se ha incorporado con plenitud de garantías al mercado laboral, accede a cuadros de mando y compete, en abierta rivalidad con el hombre, en las diversas facetas de la vida.

Cualquier sobreprotección de tal índole, animada por un límite extraño a la esfera contractual (art. 1328 *in fine* CC) podría resultar perniciosa e incluso atentatoria de su dignidad personal¹⁹⁷. Estas consideraciones podrían llevar a replantearse, en un futuro próximo, la conveniencia y oportunidad de mantener en el momento presente la inderogabilidad de un régimen primario, en cierta forma reducto del pasado, que protege en exceso a un miembro, salvedad hecha de aquellas materias que afectan a terceros distintos de los cónyuges y a la seguridad del tráfico. El traslado de este panorama al artículo 1320 CC, ha movido, por ejemplo, a Ragel Sánchez a entender renunciabile la facultad conferida en la primera proposición del artículo, que sería susceptible de ser desplazada al criterio de los cónyuges, mientras que no sucedería lo mismo con la segunda, norma dirigida fundamentalmente a la protección de los terceros en el tráfico¹⁹⁸, aunque tal vez cupiera ver en la renuncia más un beneficio que un perjuicio hacia los eventuales adquirentes.

Alcanzada la igualdad plena, no sólo formal sino real y efectiva¹⁹⁹, entre cónyuges, que hace superfluos un número importan-

¹⁹⁶ Díez-PICAZO, Luis. «Capacidad de la mujer casada y economía conyugal», ADC, vol. 28, 1975, n.º 4, p. 873.

¹⁹⁷ Se ha escrito con sensatez que en el arranque todas las personas humanas deben encontrarse en plano de igualdad para que al desarrollarse puedan llegar a ser desiguales. Esa desigualdad final será fruto de la capacidad, del esfuerzo y aun de la suerte de cada uno (*vid.* CRISTÓBAL MONTES, Ángel. «La condición femenina», en *La bendición-maldición del pensamiento*, Trotta, Madrid, 2009, p. 71).

¹⁹⁸ Tales reglas tienen carácter imperativo cuando tratan de proteger los intereses adquiridos por terceros y la apariencia (arts. 1317, 1319. 1.ª y 2.ª, 1320.2.ª y 1324 CC), limitan a la autonomía de la voluntad en las capitulaciones. Por el contrario, existen otros preceptos (arts. 1319.3.ª, 1320.1.ª...) que regulan las relaciones internas entre cónyuges y que, por lo tanto, son susceptibles de ser alterados por pacto entre las partes (*cfr.* RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe. *Estudio legislativo y jurisprudencial...*, *op. cit.*, p. 232).

¹⁹⁹ Destacaría con DE LOS MOZOS, en que en 1981 se produjo el reconocimiento de una igualdad formal cuando «lo que verdaderamente se quiere y propugna es una igualdad

te de artículos, pues no dejan de ser mera iteración de las reglas generales (arts. 66, 71, 1323 CC)²⁰⁰, quien quiera poseer derechos semejantes al previsto en el artículo 1320 CC, entre dos sujetos libres e iguales, quizá debería hoy contribuir con su propio esfuerzo a «ganar» por sí mismo dicha facultad, mediante su aportación económica, satisfaciendo el importe acordado del préstamo hipotecario p. ej. adquiriendo el inmueble en proindiviso ordinario, también bajo separación de bienes. Qué duda cabe de que cuanto mayor sea la igualdad efectiva, establecida en el artículo 1328 CC, como rara excepción a los límites generales (art. 1255 CC), menor será el temor a dar rienda suelta a la libertad y permitir que los cónyuges lleguen a todos acuerdos que estimen oportunos y, entre ellos, también aquellos concernientes a la administración y disposición de la vivienda familiar.

IV. LA ANULABILIDAD DE LOS ACTOS DISPOSITIVOS A TÍTULO ONEROSO

a) EL RÉGIMEN DE IMPUGNACIÓN DE LOS ACTOS²⁰¹

Esa idea de protección de un cónyuge frente al otro, que subyace en el fondo –y hasta en la forma– del artículo 1320 CC, casa mejor, además, con el régimen de impugnación previsto por el CC para supuestos de los actos dispositivos en cuya perfección el asentimiento se ha preterido: el establecido en el artículo 1322 CC, tal y como se ha venido admitiendo sin opiniones discordantes hasta la fecha. Dicho precepto, que conoce otras aplicaciones a lo largo del Código en materia de régimen

real, y a esta igualdad real sólo se llega mediante el reconocimiento de una libertad equivalente, entre los que son iguales o entre los que se tiene por iguales» (DE LOS MOZOS, José Luis. *Comentarios...*, 1982, *op. cit.*, p. 209), mientras que hoy puede darse por ya conquistada.

²⁰⁰ Se trata de preceptos (arts. 66, 71 y, en parte, también el artículo 1238 CC) redundantes, superfluos y, por tanto, innecesarios, por ser una mera iteración de las normas generales (arts. 32 CE, y arts. 1259 y 1255 CC) aunque preñados de una fuerte carga simbólica, en una etapa en la que el legislador se mostraba ávido de manifestar expresamente su ruptura con el régimen precedente [Vid. MARÍN LÓPEZ, *Comentarios del Código...* (Coord. Bercovitz), *op. cit.*, pp. 186 y 190; y COSTAS RODAL, en *Comentarios del Código...*, *op. cit.*, p. 1574]. Asumiendo que «hoy el matrimonio no es una institución jerárquica sino bicéfala» (MARÍN LÓPEZ, *op. cit.*, p. 186), tales declaraciones habrían de ser tenidos por una reliquia del pasado.

²⁰¹ Este es un tema de extrema complejidad cuyo análisis daría de sí para un ensayo independiente, por ello me permito tan solo subrayar dos o tres ideas básicas en la línea de lo apuntado hasta ahora. Para otras consideraciones remito a las reflexiones de gran interés ESPIAU ESPIAU, Santiago. *La protección de la vivienda...*, *loc. cit.*, p. 13/34 Vlex.

económico (arts. 324, 1320, 1376, 1377...) ²⁰², tutela los intereses particulares de un determinado sujeto, aunque en el caso de la vivienda familiar suele traducirse, con harta frecuencia, tan solo en una indemnización, merced a la protección desorbitada en beneficio de terceros establecida en la 2.ª prop. del propio artículo 1320.

La protección que se dispensa al cónyuge cuya autorización ha sido omitida viene a coincidir así, y no por una remota casualidad, con el régimen de impugnación orientado a la protección de un sujeto o persona determinados, según enseña la mejor doctrina: la anulabilidad contractual. Tal es el parecer de dos expertos en la materia, Delgado y Parra ²⁰³. No se establece en caso de omisión de ese asentimiento necesario la nulidad radical o de pleno derecho, que quizá fuera lo procedente cuando se produce la conculcación de una norma integrante del orden público, concebida en favor de un colectivo más amplio de sujetos, entre los que en hipótesis se contarían los hijos menores de edad.

Hay unanimidad en la jurisprudencia al entender que el acto dispositivo realizado a título oneroso sin el asentimiento del cónyuge no titular es meramente anulable, trasladando el régimen dispuesto por el artículo 1322 al caso particular recogido en el artículo 1320 ²⁰⁴. Sin embargo, la carga de la prueba del carácter familiar de la vivienda incumbe al cónyuge cuyo asentimiento se pretirió ²⁰⁵ aunque conviene recordar que, a juicio del Tribunal Supremo, el silencio –acaso la pasividad, siendo conocer del acto dispositivo– pueden desembocar también en una manifestación tácita del asentimiento uxorio que imposibilitaría la impugnación posterior del acto ²⁰⁶. Es ésta, no obstante, una cuestión espinosa y muy discutida entre *lexis* y *praxis*, sobre todo en cuanto a los hechos de los que cabe deducirse la prestación del asentimiento.

La aplicación de la disciplina contenida en los artículos 1300 y ss. del CC implica, de la misma manera, y desde la visión tradicional del fenómeno, aunque existen pareceres en contra muy

²⁰² LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Derecho de familia*, ed. exp., *op. cit.*, p. 298; GARCÍA CANTERO, Gabriel, «Notas sobre el régimen...», *loc. cit.*, p. 311; HERRERO GARCÍA, M.ª José. *Comentario...*, *op. cit.*, p. 594.

²⁰³ «La anulabilidad es una clase de invalidez dirigida a la protección de un determinado sujeto (...) de manera que únicamente él pueda alegarla, y asimismo pueda optar por convalidar el contrato anulable mediante su confirmación» (DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús y PARRA LUCÁN, María Ángeles. *Las nulidades de los contratos. En la teoría y en la práctica*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 52).

²⁰⁴ Por todas, *vid.* las SSTs de 22 de mayo de 1995 (RJ 4085) y 19 de octubre de 1994 (RJ 8120).

²⁰⁵ STS de 26 de abril de 1995 (RJ 3256).

²⁰⁶ STS de 28 de abril de 1997 (RJ 3404).

fundados²⁰⁷, que por ejemplo el contrato de compraventa por el que el cónyuge propietario se obliga a entregar la vivienda familiar a un tercero será, en principio válido²⁰⁸, aunque con validez claudicante según ha señalado con reiteración el TS²⁰⁹. Por ende, el contrato habría de reputarse válido en tanto no se ejercite la acción de impugnación, teniéndose mientras tanto por meramente anulable²¹⁰, a expensas de la decisión que adopte el damnificado, que hemos de entender actuará en beneficio de toda de la familia (art. 67 CC).

La inacción del cónyuge no propietario (o titular de otro derecho que atribuya el uso de la vivienda enajenada) es tomada, además, como un visto bueno *ex post facto* conferido al acto que, a la letra, permite el artículo 1322 CC²¹¹ y que sanaría sus posibles vicios; en suma, una ratificación en el sentido del artículo 1310 CC y con los efectos allí descritos (arts. 1309 y 1313 CC). Algo semejante acontece cuando se deja transcurrir el plazo de caducidad cuatrianual (art. 1301 CC)²¹² sin interponer la acción e instar judicialmente la nulidad del acto de disposición, invalidez que tampoco puede ser apreciada de oficio por el órgano jurisdiccional, de continuar con el repaso sucinto de las características que porta todo manual de esta disciplina. Ello hace dudar que el artículo 1320 CC forme parte del orden público español.

Entre la comunidad científica no existen pareceres disconformes con la doctrina legal sentada por el Alto Tribunal. Ya desde un principio García Cantero sostuvo que en ausencia de asentimiento del artículo 1320 CC «el acto no es nulo, sino anulable», «quedará automáticamente convalidado si, dentro de

²⁰⁷ Uno de los pareceres más respetados en la comunidad científica es la de los Catedráticos Delgado y Parra que, contra la opinión más extendida, sostienen: «en el Derecho español el contrato anulable es originariamente inválido e ineficaz (aunque puede convalidarse)» (DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús y PARRA LUCÁN, M.^a Ángeles. *Las nulidades...*, *op. cit.*, p. 52).

²⁰⁸ Como precisara el maestro LACRUZ, «los actos de disposición realizados por un cónyuge sin consentimiento del otro son válidos, pero pueden ser anulados por el que no consintió, en las condiciones de los artículos 1322 y 1301» (LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Ed. exp.*, *op. cit.*, p. 301).

²⁰⁹ *Vid.* SSTS de 22 de diciembre de 1993 (RJ 10104), 1 de diciembre de 1994 (RJ 9391), 22 de mayo de 1995 (RJ 4260); 15 de julio de 1999 (RJ 5050) o, más recientemente, STS 11 de junio de 2001 (RJ 5675), 2 de julio de 2003 (RJ 4461); 29 de septiembre de 2006 (RJ 6514).

²¹⁰ *Cfr.* p. ej. STS de 1 de abril de 1993 (RJ 2982) y 15 de enero de 2008 (RJ 338).

²¹¹ La disciplina tocante a la nulidad relativa, se reitera, en la primera proposición del artículo 1322 CC, que admite la misma confirmación regulada en los artículos 1310 y ss. CC al señalar que se puede atacar la validez de aquellos actos «que no hayan sido expresa o tácitamente confirmados».

²¹² Se ha estimado que se trata de un lapso demasiado largo para este supuesto: LETE DEL RÍO, José Manuel. *La disposición de la vivienda...*, *loc. cit.*, pp. 1071-1072; LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio. *op. cit.*, p. 38

dicho plazo de cuatro años, no hubiese sido impugnado por el cónyuge no titular o, fallecido éste, por sus herederos»²¹³. E insiste Elorriaga: «el acto será anulable», con un plazo de 4 años para impugnar *ex* artículo 1301; «si dichos actos no fueran impugnados en el plazo antes señalado, se tendrán por ratificados, lo que implicará un consentimiento tácito otorgado «a posteriori»²¹⁴.

La anulabilidad es, por tanto, un régimen que faculta al interesado, en función de sus determinados intereses y necesidades, en un momento concreto, para impugnar el acto o confirmarlo a la entera voluntad del perjudicado. Si lo entiende contraproducente, ataca su validez, en otro caso, bastaría con dejar que se sucedieran normalmente los acontecimientos para obtener el resultado opuesto o, de modo más general, que el interesado transigiera con su pasividad o inacción y así otorgara implícitamente su beneplácito a la actuación llevada a cabo por su consorte.

Desde el enfoque tradicional, mal estaría permitir que quien vende la casa pueda hacerlo no en calidad de representante del grupo interviniendo en beneficio de toda la familia (art. 67 CC) sino movido exclusivamente por su propio interés, pero quizá esté peor que la actuación acabe recayendo única y exclusivamente en el otro miembro de la unión matrimonial como único depositario de los intereses colectivos... ¡Y encima sin ser él el propietario del inmueble! Si mal parecía estar que uno solo de los cónyuges adoptara una decisión de vital trascendencia como es desprenderse del hogar familiar (art. 1320 CC), ¿por qué iba a estar mejor que la eficacia del acto dispositivo acabara dependiendo de lo que a solas y, más adelante, decidiera su consorte?

No hay razón alguna para que tras 1981 el otro cónyuge se arroge las mismas facultades de las que antes de esa fecha la opinión dominante renegaba de que le fueran atribuidas únicamente al titular, aludiendo a los serios inconvenientes que sobrevendrían si él quedaba fuera del ámbito paritario de decisión. Resulta ahora que el voto dirimente acaba en manos no solamente de uno de los cónyuges sino precisamente del que no era titular del derecho que permite a la pareja habitar la vivienda, cuando en otras circunstancias nunca habría podido disponer de él. Se traslada por esta vía una decisión, que es presentada de ordinario como un caso típico de cogestión, al completo albur de una sola de las partes interesadas²¹⁵.

²¹³ GARCÍA GRANERO, Juan. *Op. cit.*, p. 14.

²¹⁴ ELORRIAGA DE BONIS, Fabián. *La protección...*, *loc. cit.*, p. 192.

²¹⁵ Tal vez, este panorama quede mitigado en parte por el recurso a la autorización judicial, si bien la doctrina entiende que no cabe acudir al órgano jurisdiccional sino ante

A la vista de tal contexto, se hace hartamente complicado poder calificar una norma como la recogida en el artículo 1320 CC de *ius cogens* pues bastaría la mera voluntad del sujeto que se pretende tutelar para excluir su aplicación por esta vía. Luego una norma cuya aplicabilidad depende de la entera voluntad de su destinatario no puede ser conceptualizada de orden público ni reputarse indisponible. Creo que tales razonamientos impulsaron en su día a Lacruz Berdejo a sostener que la facultad de control atribuida al cónyuge no titular en el artículo 1320 CC era renunciabile porque, igualmente, la validez del acto dispositivo llevado a cabo por su consorte termina quedando a su merced²¹⁶. ¿Por qué, pues, no permitir el juego de la autonomía de la voluntad desde un principio?

b) ESCASA PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA EX ARTÍCULO 1320.2.º CC

Desde luego, si el legislador pretendía, como sugería parte de la doctrina²¹⁷, conservar la estabilidad del hogar familiar —cuestión que se ha de poner en tela de juicio— la eficacia social de la norma²¹⁸ ha sido un estrepitoso fracaso a juzgar por los comentarios de reputados especialistas, que se no han deshecho precisamente en elogios respecto de la segunda proposición del artículo 1320 CC²¹⁹, a cuyo tenor «la manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe». Ese tercero de buena fe que adquiere a título oneroso no se corresponde tampoco con el des-

la negativa injustificada del cónyuge no titular o cuanto éste se halle impedido para prestar el asentimiento del artículo 1320 CC.

²¹⁶ «La protección que presta el artículo 1320 puede ser renunciada: de ahí que su infracción dé lugar a actos válidos y confirmables», tal era el razonamiento seguido por LACRUZ, que ha dado pie a escribir estas líneas (LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de Derecho civil*. IV, *op. cit.*, p. 301).

²¹⁷ Se observa que un sector importante de la doctrina así lo mantiene. Traigamos aquí a colación otra autora, aún no mencionada, la reforma operada en 1981, entre ella la inclusión del artículo 1320 CC, respondería a «la fundamental razón de proteger el espacio físico que satisface la elemental necesidad de morada de la familia y, consiguientemente, el inmueble que cumple la importante función de servir de vivienda habitual a la familia» (ALGARRA PRATS, Esther. *Reflexiones sobre la protección...*, *loc. cit.*, p. 19).

²¹⁸ *Cfr.*, con carácter general, DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús. «Notas sobre la eficacia social de distintos tipos de normas civiles», *Nul: estudios sobre invalidez e ineficacia*, 2007, vol. 1.º y en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 29, 2006, pp. 195 a 218.

²¹⁹ Sobre esta cuestión incide especialmente en su monografía TAMAYO CARMONA, Juan Antonio. *Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición*, Ed. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2003, p. 70. *Vid.* también p. ej. CUESTA SÁENZ, José María de la. «La protección de la vivienda familiar en los Derechos francés y español. Estudio de Derecho Comparado», *RDN*, 1983, pp. 164-165.

crito en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, como ha tenido ocasión de precisar la jurisprudencia²²⁰ y ya venían interpretando algunos autores²²¹.

La crítica más acerba de los aspectos formales proviene de la pluma de Giménez Duart: «hemos dicho que este párrafo «pretende aclarar» la trascendencia en el tráfico de la norma porque mucho dudamos lo haya conseguido, ya que es difícil introducir más confusión en menos líneas»²²². A esa formulación crítica le siguen cuatro ensayos de exégesis diferente, a cual de ellos más elaborado, a pesar de que ninguno llegue a convencer del todo al autor para considerarlo plenamente satisfactorio.

No son menores las objeciones realizadas por De la Cuesta Sáenz a su virtualidad en el tráfico jurídico insistiendo en que «se trata de una norma errada, contradictoria, y desde luego no protectora del interés de la familia». Y llega a decir, en un apartado concreto de su trabajo, que su no aplicación será muchas veces la única posibilidad de no dar al traste con la protección de la vivienda familiar²²³. Caso de apreciarse judicialmente la nulidad del negocio jurídico –con eficacia constitutiva, pues antes era válido–, procedería la restitución del bien en virtud del artículo 1301 CC y, por ende, la recuperación de la vivienda²²⁴. Ahora bien, esto raras veces ocurre, dada la eficacia obnubilante del artículo 1320.2.^a CC, muy criticado por la doctrina, que relega la aplicación los artículos 1322 CC y concordantes a un segundo plano.

Basta que el tercero desconozca el carácter familiar de la vivienda –de este modo debe interpretarse la buena fe– para que la adquisición se consolide y se torne irreivindicable, independientemente de que el asentimiento se hubiese llegado a prestar o no. A primera vista resulta difícil creer que el mismo disponente desconozca y, en consecuencia, no mencione el carácter

²²⁰ El tercero protegido por el artículo 1320.2.^a CC no es el mismo que se recoge en el artículo 34 LH, como ha precisado el TS: «el adquirente a que se refiere el párrafo segundo del artículo 1320 no es propiamente el tercero hipotecario sino el primer adquirente fuera del círculo conyugal por el título que sea del bien en cuestión» [STS 1992 de 11 de diciembre de 1992 (RJ 10136)].

²²¹ Se ha vuelto a insistir, con buen tino, en este punto: hay que precisar que este adquirente no es propiamente un tercero hipotecario, sino el primer adquirente del bien en cuestión (cfr. LETE DEL RÍO, José Manuel. *La disposición de la vivienda...*, loc. cit., pp. 1069-1070).

²²² Vid. GIMÉNEZ DUART; «El artículo 1320 del CC...», loc. cit., p. 194 y «La organización económica del matrimonio tras la reforma de 13 de mayo de 1981», *RDN*, vol. 113-114, 1981, p. 89.

²²³ CUESTA SÁENZ, José María de la. *Acerca del llamado régimen...*, op. cit., p. 1156.

²²⁴ Vid. a este respecto STS de 27 de marzo de 2001 (RJ 6241).

habitual de la vivienda que enajena²²⁵, por haber sido víctima de un error, como parece indicar el artículo 1320.2.º CC aunque, desde el punto de vista del adquirente resulte ya más complicado el averiguarlo, dado que el Registro sólo muy marginalmente proporciona esta indicación²²⁶. Más comunes habrían de ser, por el contrario, las afirmaciones falsas en la escritura sobre el carácter familiar de la vivienda, eso sí bajo pena de falsedad documental (art. 392 CP) que tal vez pueda actuar como elemento disuasorio.

En este sentido añade Elorriaga: «sería extremadamente fácil burlar el impedimento de la Ley 55 (art. 1320 CC), bastaría una declaración falsa del disponente, aceptada como verdadera por el tercero, a pesar de saberla falsa, y con ello este último quedaría a salvo de cualquier impugnación»²²⁷. Lógico es exigir la buena fe del tercero que adquiere para no hacer la protección del artículo 1320 CC totalmente vacua pero, según las reglas generales, la buena fe se presume siempre²²⁸ y la mala debe ser probada, demostrada judicialmente. En ocasiones la jurisprudencia ha invertido esta presunción, a través del juego de varios hechos indiciarios concurrentes en este tipo de casos²²⁹ como pudiera ser la visita de la vivienda previa a la adquisición²³⁰. Pero creo que este modo de razonar tiene más que ver con encontrar una vía de escape y lograr la corrección de los efectos distorsionadores del artículo 1320.2.ª CC que con la estricta lógica jurídica.

Parece claro que el tercero que adquiere ha de desconocer estas circunstancias y no debe mediar connivencia; buena fe que desaparecerá al visitar y examinar la vivienda y constatar dichas

²²⁵ La doctrina sostiene mayoritariamente que es casi imposible que alguien ignore cuál es su vivienda habitual [GIMÉNEZ DUART, Tomas. *El artículo...*, loc. cit., p. 194 (hace un análisis en detalle de las diversas hipótesis: pp. 195 a 198); GORDILLO CAÑAS, Antonio. *La protección...*, p. 1136; GARRIDO CERDÁ, Emilio. *AAMN*, loc. cit., p. 108; ELORRIAGA BONIS, Fabián, *La protección...*, loc. cit., pp. 192-193]. Por todos, sostiene LACRUZ «difícilmente puede estar en un error sobre si en el piso o casa que vende viven su mujer y sus hijos o no» (LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Derecho de familia*, ed. exp. *Op. cit.*, p. 301) –nótese cómo el Profesor zaragozano, una vez más, se refiere implícitamente al marido.

²²⁶ «Aunque poco frecuente en la práctica, es posible que en el Registro conste el destino de la finca a la vivienda de la familia» (cfr. RIVAS TORRALBA, Rafael A. *Anotaciones de embargo*, 4.ª ed., Bosh, Barcelona, 2008, p. 372, n. 645 y los allí citados).

²²⁷ ELORRIAGA DE BONIS, Fabián. *La protección...*, loc. cit., p. 194.

²²⁸ La presunción general de buena fe impone no dudar de la veracidad de lo declarado. *Vid.* DÍEZ PICAZO, Luis, y GULLÓN, Antonio. *Sistema...*, op. cit., p. 147.

²²⁹ «La existencia de circunstancias de notoriedad o indicios de cognoscibilidad objetivos (entre ellos, el previo examen de la vivienda) pueden llegar a descalificar la buena fe del adquirente, cuando pudiendo fácilmente conocerlos alega desconocerlos de hecho» [RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel. *Jurisprudencia civil comentada* (Dir. M. Pasquau Liaño), op. cit., p. 2553].

²³⁰ *Vid.* la ya citada STS de 11 de diciembre de 1992 (RJ 10136).

circunstancias, según Elorriaga. «Normalmente, nadie compra una vivienda sin visitarla y examinarla», afirma el autor con apoyo en una norma irlandesa proveniente del «*Common Law*»²³¹. Sin embargo debe advertirse que el «*searching*» es habitual en tales jurisdicciones, pues se carece de una protección registral como la que dispensa el sistema español y tampoco existe una norma semejante al artículo 1483 CC. Quien quiera soslayar el artículo 1320 CC puede encontrar la forma de hacerlo enseñando el piso un día que la familia no esté en él presente, lo que por comodidad y para evitar molestias suele ser bastante usual.

Lo cierto es que, en ocasiones, se ha establecido con claridad y desde un principio dónde radicará el hogar familiar, como invitan a pensar algunos preceptos (arts. 9.2 y 70 CC); en otras, sin embargo y, en especial, en ausencia de capitulaciones matrimoniales su averiguación, a los efectos prácticos de prestar el asentimiento requerido por el artículo 1320 CC será una larga y ardua tarea, que sólo se pone de relieve con ocasión de su venta, cuando hace su aparición en escena el artículo 91 del RH. De ahí que la suficiencia de una declaración negativa –que el inmueble no constituye la vivienda familiar– sirva para poder inscribir en el Registro, pero tal inscripción no convalidará el acto dispositivo si se pretendió el consentimiento y, en realidad, era necesario (art. 33 LH).

La ausencia de este dato en el Registro –y la inexistencia de uno específico que refleje el contenido de las capitulaciones, como ocurre en Alemania, Holanda, Noruega o Suecia²³²– unida a la desproporcionada protección del artículo 1320.2.^a CC, fuerza a que la expresión falsa, en la escritura pública, referida al carácter de la vivienda suponga la pérdida de su propiedad, que se hace irrevindicable frente a terceros ignorantes de estas circunstancias. Cabrá acudir a la acción de anulabilidad, en un supuesto que desborda el esquema general, pues es en realidad un tercero y no una de las partes quien impugna el contrato; pero la mayoría de las veces, la restitución del inmueble –recuperar de la vivienda– será ya imposible.

Si fruto de la enajenación se llega a producir efectivamente la pérdida del derecho (*v.gr.* propiedad) que posibilita la ocupación de la vivienda por parte de la familia²³³, el cónyuge cuyo

²³¹ Cfr. ELORRIAGA DE BONIS, Fabián. *La protección...*, *loc. cit.*, p. 194.

²³² La insuficiencia de la publicidad que proporciona el Registro Civil ha hecho que un sector de nuestra doctrina, liderado por LACRUZ, abogara por la creación de un Registro específico de capitulaciones matrimoniales [*Vid.* IGLESIA PRADOS, Eduardo de la. «La publicidad del régimen económico matrimonial pactado en capitulaciones matrimoniales», *RCDI*, vol. 689, may-jun. de 2005, pp. 809 a 832 (VLex, 13/24)].

²³³ Un análisis detallado merecería la respuesta que ha dado a este problema el legislador aragonés en el artículo 53.1 de la Lrem, a cuyo tenor: «la venta de cosa común

consentimiento-autorización se omitió o sus herederos sólo podrán pretender ser indemnizados por el cónyuge disponente, como mantiene la doctrina²³⁴, pero acabarán, de todas formas, «de patitas en la calle». Se frustra, pues, la finalidad pretendida por el legislador histórico, a juicio de la doctrina mayoritaria, ya que se llega así al resultado que, justamente, trataba de evitar la norma. Si el artículo 1320.1.º CC protegiese a alguien más que al cónyuge, el artículo 1320.2.ª CC contradiría esta filosofía de una presunta tutela de todo el grupo familiar y no exclusivamente del cónyuge cuyo asentimiento fue preterido.

Con el artículo 1320.2 CC «queda abandonado el interés familiar concreto, en beneficio de una seguridad del tráfico bastante más abstracta, traduciendo, en muchos casos, en letra muerta lo dispuesto en el inciso primero de la norma»²³⁵. La postura del CC resulta ambiguamente favorable a la seguridad del tráfico a pesar de las apariencias y de lo que pudiera indicar la literalidad del artículo 1320²³⁶. El hecho de que el legislador se hubiese inclinado por esta segunda opción «desnaturaliza y debilita» la protección de la vivienda habitual, en opinión de Algarra Prats²³⁷. A la vista de esta operatividad práctica del precepto, y cómo cede en el tráfico jurídico en beneficio de terceros, sería más razonable pensar que la protección del artículo 1320 se hubiese establecido a favor del cónyuge no titular más que pensando en la totalidad del grupo familiar, si es que existen otros miembros aparte de los propios cónyuges (cosa que no siempre sucede).

C) DISCORDANCIA ENTRE LOS ARTÍCULOS 96 Y 1320 CC EN ESTE PUNTO

Se aprecia, por último, una clara falta de sintonía entre dos preceptos que versan sobre la misma cuestión, el artículo 96 y el artículo 1320 CC –anverso y reverso de una misma moneda, uno, constante matrimonio y el otro, quebrada ya la unión conyugal o en visos de romperse– y que, sin embargo, llevan para-

por uno solo de los cónyuges cuando es necesario el consentimiento de ambos es válida y produce sus efectos obligacionales exclusivamente entre las partes contratantes y sus herederos, pero la entrega de la cosa, en cualquier forma que se realice, no transmite la propiedad al comprador».

²³⁴ Cfr: HERRERO GARCÍA, María José. *Comentario...*, op. cit., p. 592; ELORRIAGA BONIS, Fabián. *loc. cit.*, p. 194.

²³⁵ ELORRIAGA DE BONIS, Fabián. *La protección...*, *loc. cit.*, p. 192.

²³⁶ Cfr: LUCINI CASALES, Ángel. *La vivienda familiar...*, *loc. cit.*, p. 110.

²³⁷ ALGARRA PRATS, Esther. *Reflexiones sobre la protección...*, *loc. cit.*, p. 24.

dójicamente a consecuencias jurídicas muy diferentes, al menos desde el punto de vista del tráfico externo. En su eficacia frente a terceros, el artículo 1320.2, supone que, rara vez, se conservará la propiedad del inmueble y el artículo 96.4.^a, por el contrario, dispensa tal tuición al derecho de uso atribuido judicialmente al cónyuge custodio que será verdaderamente extraño en la práctica encontrar a alguien que se avenga a adquirir el inmueble, a sabiendas de que está gravado. Además, resta por añadir, que esta última circunstancia sí constará públicamente –frente al carácter familiar de la vivienda en el artículo 1320 CC– pues se permite la inscripción de este derecho de uso *ex* artículo 96 CC en el Registro, lo que permite eliminar la buena fe del tercer adquirente con una facilidad mucho mayor.

Atendiendo a la sistematización del propio Código, llama sobremana la atención su falta total de simetría, pues la previsión recogida en el segundo párrafo del 1320 CC, que con anterioridad se comentaba, no tiene su correlato en el artículo 96 CC. No hay en él una cláusula semejante a favor de terceros adquirentes y tal vez quepa congratularse de tal omisión²³⁸ pues ha permitido a los tribunales tradicionalmente conferir la atribución del uso de la vivienda al cónyuge custodio sin que dicha concesión se viera menoscabada a través de una enajenación posterior.

Aunque haya sido muy discutida su naturaleza de derecho real y esté lejos de ser un debate cerrado en la actualidad, como evidencian los pronunciamientos de los Tribunales²³⁹, la conceptualización por parte de la jurisprudencia del derecho de uso conferido al cónyuge no propietario en virtud del artículo 96 CC como oponible *erga omnes* hace que despliegue una eficacia considerablemente superior a la de su homólogo 1320 CC. La discusión acerca de su posible concepción como un «iura in re aliena»²⁴⁰, que ha hecho correr ríos de tinta, no ha sido óbice para que la atribución judicial del uso de la vivienda, en virtud del artículo 96, alcance también al tercero del artículo 1320.2.^a CC conforme a la regla general *prior in tempore, potior in iure*.

²³⁸ Por paradójico que pueda resultar, la protección de la vivienda familiar en situaciones de estabilidad matrimonial es menor o más débil que tras haberse afrontado una crisis matrimonial (*vid.* GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, J. «Relevancia registral de la vivienda familiar y los derechos sobre la misma», en *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales*, Pamplona, 1986, p. 152; y ESPIAU ESPIAU, Santiago. *La vivienda familiar en el Ordenamiento...*, *op. cit.*, p. 257).

²³⁹ Aunque últimamente el TS se inclina por negarle naturaleza de derecho real. *Cfr.* el FD.º 4.º de la reciente STS de 8 de octubre de 2010 (RJ 7445) y las allí citadas.

²⁴⁰ La STS de 18 de octubre de 1994 (RJ 7722) lo configura como un derecho real familiar de carácter temporal.

El entender que se está ante un derecho oponible a terceros, con eficacia *erga omnes* e inscribible en el Registro de la Propiedad²⁴¹ evita, en mi opinión, buena parte de los problemas semejantes que acarrea el artículo 1320.2.^a CC. Sirva de ejemplo la STS 31 diciembre 1994: «el artículo 96.4 aunque excluya la aplicación del artículo 1320.2.º, en cualquier caso proporciona una protección de la vivienda familiar, atribuida a uno de los cónyuges en bien propiedad del otro, de carácter absoluto, ejercitable «erga omnes» pero limitada a que subsista la ocupación durante todo el tiempo que disponga el Juez de familia que aprobó el convenio, que no impide la enajenación compatible con el uso, una vez disuelto el matrimonio. Serán, en su caso, los adquirentes los que valorarán la incidencia del uso atribuido en el consentimiento, por ellos prestado, en el contrato de adquisición»²⁴².

V. OTRO TIPO DE CAPÍTULOS: LOS «DE DERRIBO»

1. PACTOS DE EXCLUSIÓN Y RENUNCIA PREVISORES DE UNA FUTURA CRISIS MATRIMONIAL

En nuestros días las capitulaciones han adquirido una dimensión desconocida de la que antaño carecían²⁴³ a través de los bautizados como «capítulos de derribo»²⁴⁴, concebidos no en contemplación a la futura convivencia marital, sino en previsión de una hipotética ruptura, principalmente por divorcio, aunque no sólo por esta causa. Quizá la facilidad con la que es dable disolver hoy el vínculo matrimonial, especialmente tras la Ley 15/2005²⁴⁵, haya coadyuvado a generar una mentalidad divorcista en la sociedad española, que se ha tornado, por esta

²⁴¹ Se trata de un derecho oponible a terceros, que se beneficia de la publicidad registral y, como tal, «constituye una carga que pesa sobre el inmueble con independencia de quiénes sean sus posteriores titulares» [STS de 11 de diciembre de 1992 (RJ 10136)]. Vid. también STS de 4 de abril de 1997 (RJ 2636) y 22 de abril de 2004 (RJ 2713).

²⁴² Vid. STS de 31 de diciembre de 1994 (RJ 10330 RJ), *cfr.* esp. su FD.º 6.º

²⁴³ Su misión principal estribaba en dejar constancia de los bienes aportados al matrimonio.

²⁴⁴ *Cf.*: EGEA FERNÁNDEZ, Joan. «Pensión compensatoria y pactos en previsión de una ruptura matrimonial», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, T. III, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pp. 4551 y ss. y LACRUZ MANTECÓN, Miguel Luis. «El régimen de separación de bienes», *Actas de los XIII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2004, p. 152.

²⁴⁵ Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

razón, más precavida y desconfiada. Sea como fuere, lo cierto es que «la autonomía privada plasmada en capitulaciones matrimoniales se ha ensanchado al ampliarse la posibilidad del contenido propio del pacto, por la naturaleza disoluble del matrimonio»²⁴⁶.

Los acuerdos prematrimoniales o capítulos otorgados en previsión de una futura ruptura matrimonial, muy extendidos en EEUU²⁴⁷, ya se admitieron sin ambages en el Derecho positivo catalán, merced a un inciso *in fine* del artículo 15 CF, que se ha visto sustituido hoy por el Libro II del CC²⁴⁸, cuyo articulado recoge una previsión casi idéntica²⁴⁹. Desde entonces, han proliferado pactos capitulares de muy variada índole y contenido²⁵⁰, entre los que se incluye la renuncia a derechos que hace veinte o treinta años tal vez se habrían tenido por indisponibles²⁵¹, tales como la pensión compensatoria o el establecimiento de indemnizaciones pecuniarias para los casos en que se contravengan determinadas obligaciones, ya no patrimoniales, sino también de carácter personal²⁵². Todo ello ha contribuido a reabrir el debate acerca de la incidencia de la autonomía de la voluntad en el Derecho de familia y, quizá, a redefinir sus límites²⁵³.

²⁴⁶ Cfr. ROCA I TRÍAS, Encarna. *Autonomía, crisis matrimonial...*, *op. cit.*, p. 2119.

²⁴⁷ Vid. ANGUITA VILLANUEVA, Luis A. «Acuerdos prematrimoniales: del modelo de los Estados Unidos de América a la realidad española», en *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia* (Coord. J. Rams Albesa), Dykinson, Madrid, 2010, pp. 278 y ss.

²⁴⁸ Desde el 1 de enero de 2011 está en vigor el Libro II del CC catalán, según su DF5^a.

²⁴⁹ En los capítulos matrimoniales se puede determinar el régimen económico matrimonial, convenir pactos sucesorios, hacer donaciones y establecer las estipulaciones y los pactos lícitos que se consideren convenientes, incluso en previsión de una ruptura matrimonial (art. 231-19.1.º CCC).

²⁵⁰ El Derecho catalán ha abierto la veda al no delimitar cuáles son los pactos lícitos que cabe pactar en previsión de una futura ruptura matrimonial, quedando en manos de la discrecionalidad hasta dónde puede llegar la autonomía de la voluntad en este ámbito: excluir o limitar la pensión compensatoria, en razón del trabajo doméstico e, incluso, la atribución del uso de la vivienda familiar (cfr. LAMARCA, Albert *et al.*, *Separación de bienes...*, *loc. cit.*, p. 13] y, a veces, amén de la distribución de la propiedad familiar, pensiones a favor de uno de ellos o de los hijos comunes (*loc. cit.*, p. 15).

²⁵¹ Aunque quizá no sea preciso remontarse tanto tiempo; a pesar de no tratarse de una resolución emanada del TS, la SAP de Asturias de 12 de diciembre de 2000 (JUR. 151) emplea argumentos clásicos para defender la nulidad de pleno derecho de la renuncia anticipada y recíproca que los cónyuges pactaron en capitulaciones matrimoniales a la pensión *ex* artículo 97 CC.

²⁵² Se ha defendido que el contenido puede ser tan amplio como las partes estimen conveniente. Vid. ANGUITA VILLANUEVA, Luis A. *Acuerdos prematrimoniales...*, *op. cit.*, p. 315. A veces resulta controvertido plantearse si se puede establecer un pacto, a modo de pena convencional, por la que una parte se obligue a indemnizar a la otra por divorciarse. Vid. SAP Almería 17 febrero 2003 (AC. 623).

²⁵³ Tanto es así que, en opinión de GARCÍA RUBIO, «tales pactos suponen una nueva vuelta de tuerca en la ardua tarea de definir con claridad el papel de la autonomía de la voluntad en las relaciones matrimoniales y paramatrimoniales y ponen una vez más en evidencia el difícil equilibrio entre lo imperativo y lo dispositivo en la institución matrimonial» (GARCÍA RUBIO, María Paz. «Acuerdos prematrimoniales. De nuevo sobre la

Hace algún tiempo resultaba impensable conducirse de este modo cuando se consideraba que el establecimiento de unas normas liquidatorias distintas de las previstas en el CC en los casos de crisis matrimonial se reputaban nulas por contravenir el orden público²⁵⁴, al igual que acontece con el artículo 1320 CC. No era imaginable que cupiera renunciar anticipadamente al derecho atribuido en el artículo 97 CC pero hoy es visto con total normalidad: tanto el Tribunal Supremo, desde finales de los 80²⁵⁵, como el Centro Directivo se muestran proclives a su admisión, dentro de las normas generales establecidas para cualquier otro caso, a saber el artículo 6.2 CC²⁵⁶ y lo mismo cabría decir de la doctrina, entre la que destacan los trabajos de la la Prof.^a García Rubio²⁵⁷. Es una cuestión que demuestra la volubilidad del propio concepto de orden público, sujeto a variaciones y reformulaciones constantes, como revela el tratamiento efectuado sobre este particular²⁵⁸.

En este ámbito concreto, la exclusión voluntaria de la Ley aplicable ha alcanzado también al artículo 96 CC, paralelo al artículo 1320 CC, pero una vez deshecho el vínculo –se ha dicho que uno responde a situaciones de crisis y el otro a la normalidad matrimonial. En ausencia de hijos, el artículo 96 CC contempla un derecho de contenido netamente patrimonial y, por tanto, disponible, lo que permitiría establecer una compensación económica equivalente al precio de arriendo de la vivienda, fijar unos criterios de atribución basados en la culpabilidad e, incluso, llegar a renunciar totalmente a su uso por parte del cónyuge no titular. Todos estos acuerdos podrían recogerse –y de hecho

libertad y sus límites en el Derecho de familia», *Nous reptes del Dret de família*, Documenta Universitaria, Girona, 2005, p. 120).

Vid. también <http://civil.udg.edu/tossa/2004/textos/pon/2/mpgr.htm>

²⁵⁴ Cfr. NAGORE YÁRNOZ, *Doctrina actual...*, op. cit., p. 528.

²⁵⁵ Cfr., p. ej., «la pensión puede ser renunciada (...) al no afectar al sostenimiento o alimentación de la familia, ni la educación o alimentación de los hijos comunes, ni a las cargas del matrimonio» [STS 2 diciembre 1987 (RJ 9174)].

²⁵⁶ Así, la Dirección General salva su posible exclusión voluntaria basándose en «la regla general en nuestro ordenamiento es la renunciabilidad de todo derecho, salvo que con ello se contrarie el interés público o se perjudique a tercero». RDGRN de 10 de noviembre de 1995 (RJ 8086).

²⁵⁷ La doctrina, entre la que cabría destacar los muchos trabajos de la Prof.^a GARCÍA RUBIO, se muestra partidaria de esta posibilidad: GARCÍA RUBIO, María Paz. «Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código civil», *ADC*, 2003, n.º 4, pp. 1653 a 1673.

²⁵⁸ La renuncia a la prestación ex artículo 97 CC ya «no va contra el orden público familiar», y puede ser documentada en capítulos matrimoniales (cfr. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, María Teresa. *Los acuerdos de los cónyuges en la pensión por separación y divorcio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 56; también EGEA FERNÁNDEZ, Joan. *Pensión compensatoria y pactos en previsión*, op. cit., p. 4569).

en la práctica figuran— entre los pactos capitulares²⁵⁹ como pone de relieve la incesante actividad de los despachos notariales²⁶⁰.

2. LA EXTENSIÓN DEL MODELO A LAS SITUACIONES DE NORMALIDAD MATRIMONIAL

¿Si cabe renunciar anticipadamente a la protección que dispensa el artículo 96 en previsión de una futura crisis conyugal, por qué no iba ser posible hacer lo mismo en situaciones de normalidad matrimonial, en cuyo caso el artículo 1320 CC se vería desplazado por expresa voluntad de los implicados?²⁶¹ Tal vez quepa argumentar que en el supuesto del artículo 96 CC ya no existe propiamente matrimonio y que ha cesado, en virtud del artículo 102 CC, la obligación que tenían los cónyuges de vivir juntos (arts. 68 y 69 CC). Quizá el lazo de unión, así como la protección del hogar familiar, sea menor tras la ruptura que «cuando las cosas van bien»²⁶², aunque ello contradiría los postulados sobre los que se venían asentado las medidas derivadas del divorcio y su progresiva revisión judicial.

Si es posible renunciar a la atribución del uso de la vivienda, en una suerte de convenio regulador, que recoge acuerdos en las propias capitulaciones anticipándose a la situación de crisis matrimonial, lo que entraña el desplazamiento del artículo 96.4 CC por voluntad expresa de los particulares —a quienes principalmente concierne—, no se encuentran ya razones jurídicas de peso para no permitir ese mismo juego de la autonomía privada en una norma paralela, al artículo 96.4 CC, tal como es el artículo 1320.1.^a CC. De poderse excluir previamente, a modo de derogación singular para el caso de un concreto matrimonio, la aplicabilidad del artículo 96.4 CC, decaerían igualmente todos los impedimentos que pudieran existir para trasladar, dentro del

²⁵⁹ Cfr: un ejemplo de capitulaciones con convenio regulador en ÁVILA NAVARRO, Pedro. *Formularios notariales*, T. V. *Derecho de familia. Derecho sucesorio*, Bosch, Barcelona, 2005, pp. 17 y ss.

²⁶⁰ Vid. PAZ ARES, Ignacio. «Previsiones capitulares», en *Recientes modificaciones legislativas para abogados de familia: modificaciones fiscales, el síndrome de alienación parental y previsiones capitulares* (Asociación Española de Abogados de Familia), Dykinson, Madrid, 2008, pp. 143 y 144.

²⁶¹ El autor, sin embargo, no admite la renuncia preventiva de un cónyuge al derecho de control que le corresponde sobre los actos dispositivos de la vivienda habitual. PAZ ARES, Ignacio. *Previsiones capitulares*, op. cit., p. 124.

²⁶² El Centro Directivo no encuentra impedimentos serios por ejemplo a que el cónyuge titular, que tiene atribuido el uso de la vivienda familiar, a resultas de un proceso de crisis matrimonial, pueda disponer de ella con entera libertad, sin que sea ya preciso el consentimiento de la antigua pareja, a pesar de existir hijos comunes [cfr. RDGRN de 14 de mayo de 2009 (RJ 3006)].

marco general establecido por los artículos 6.2 y 1255 CC, esa misma posibilidad, en la disposición de la vivienda habitual de la familia constante matrimonio.

Igual que el pacto acerca de la pensión compensatoria puede ser revisado si concurren vicios del consentimiento²⁶³, de la misma forma y por los mismos motivos (art. 1265 CC) cabría examinar si el renunciante no incurrió en un error fatal y excusable (art. 1266 CC), si se captó su voluntad empleando artimañas, palabras o maquinaciones insidiosas del lado de la contraparte (art. 1269 CC) o si se arrancó su declaración abdicativa mediante intimidación, bien del otro capitulante, bien de un tercero que no sea parte en el acuerdo (art. 1267 CC). Sólo entonces se tendría que considerar la eventual invalidez del pacto de renuncia a la facultad que otorga el artículo 1320.1.ª CC al consorte del titular de la vivienda habitual.

Únicamente debería estimarse la nulidad de la cláusula –en nuestro caso de renuncia– cuando «a los pactos alcanzados entre los cónyuges y elevados a públicos (...) se llegara desde una posición de inferioridad; en otro caso, debería estarse al «pacta sunt servanda»²⁶⁴. Pero mientras la abdicación sea fruto de una declaración de voluntad libre, esto es, no viciada porque no ha mediado dolo que moviera al otorgamiento de esas capitulaciones²⁶⁵ o intimidación del lado del otro capitulante²⁶⁶ ni se hubiera tratado de captar la voluntad del renunciante²⁶⁷ no hay razón para impedir que la renuncia surta efectos. De mediar vicios del consentimiento, se habría de acudir a las reglas generales de impugnación como ordena el último precepto dedicado a reglar los capítulos matrimoniales (art. 1335 CC). La apreciación de tales anomalías en el consentimiento debería acarrear una nulidad parcial, sólo de la concreta cláusula capitular sin extenderse, en principio, al resto del *instrumentum*²⁶⁸.

²⁶³ STS de 26 de enero de 1993 (RJ 365).

²⁶⁴ Vid. SAP de Málaga de 20 de junio de 2000 (AC 2000, 99).

²⁶⁵ STS de 9 de septiembre de 1985 (RJ 4247).

²⁶⁶ STS de 15 de enero de 2004 (RJ 202).

²⁶⁷ Este mismo argumento fue empleado en el pasado para tratar de justificar el principio de inmutabilidad del régimen económico, como una parte integrante del orden público, sancionado en el antiguo artículo 1320 CC. Los mismos argumentos podrían repetirse ahora a propósito de la renuncia: «respecto de los posibles abusos de un cónyuge sobre otro, puede decirse que éstos son posibles cualquiera que sean las previsiones legales y que, por otra parte, la promoción de la mujer –considerada la más débil por el Derecho codificado– no hace tan necesaria su especial protección» (LETE DEL RÍO Y ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *Notas sobre...*, loc., p. 164).

²⁶⁸ Cabría discutir hasta qué punto la renuncia efectuada se pudo realizar condicionada o no a que el otro capitulante realizar alguna concesión en contrapartida. En cuyo caso, la corresponsividad haría, muy probablemente, que decayera, como efecto reflejo, la eficacia de alguna otra cláusula.

VI. LA POSIBLE REMISIÓN EN BLOQUE A OTROS DERECHOS

1. LA FINALIDAD DE LA PROHIBICIÓN

Antes de la primera reforma de la organización económica del matrimonio, en los albores de la democracia, regía lo dispuesto en el artículo 1317 CC, cuya «malquerencia encubierta contra las regiones forales» había sido denunciada ya en el siglo XIX por Durán y Bas, y retomada en el XX por el maestro Lacruz²⁶⁹: «Se tendrán también por nulas y no puestas en los contratos mencionados en los dos artículos anteriores –contratos con ocasión del matrimonio–, las cláusulas por las que los contratantes, de una manera general, determinen que los bienes de los cónyuges se someterán a los fueros y costumbres de las regiones forales y no a las disposiciones generales de este Código»²⁷⁰.

Caído el designio unificador y centralista y su vocación de aplicación general en todo el territorio nacional, que la primigenia versión del Código había heredado del Proyecto de García Goyena²⁷¹, de inspiración francesa, tal prohibición carece de todo sentido en tiempos modernos. Este desiderátum frustrado²⁷² se hace especialmente evidente cuando se asienta el Estado de las Autonomías y las CCAA comienzan su andadura legislativa al amparo del artículo 149.1.8.^a CE²⁷³. Aunque su fracaso ya era previsible tras la reforma del Título Preliminar en 1974 porque la introducción del artículo 13 CC hacía verdaderamente

²⁶⁹ Vid. LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. *Derecho de familia*. T. I, Bosch, Barcelona, 1974, p. 176; GARRIDO CERDÁ, Emilio. «La vecindad civil y el régimen económico», *AAMN*, T. XXIII, 1983, pp. 7 a 34 (cit. p. 14/21 Vlex).

²⁷⁰ Art. 1317 en su redacción anterior a la Ley de 1981.

²⁷¹ Al tenor del artículo 1237, «no pueden pactar los esposos de una manera general que sus bienes han de gobernarse por fueros o costumbres que hasta ahora han regido en diferentes provincias o comarcas del Reino». Con él se pretendía, a juicio de su autor, evitar la resurrección de antiguos fueros que frustrarían el objeto del Proyecto: crear una unidad de Código para toda la Monarquía. Apuntaba, después, «si hay en ellos alguna disposición que se quiere que rija, habrán de pactarla especialmente, y transcribirla» (GARCÍA GOYENA, Florencio. *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, ed. al cuidado de Lacruz Berdejo, Cometa, Zaragoza, 1974, p. 666).

²⁷² Fue el alegado deseo de la futura unificación la que movió a los legisladores a copiar, en el –antiguo– artículo 1317, un precepto del CC francés, que prohibía adoptar el régimen de una «coutume» ahogada para evitar su mantenimiento (NAGORE YÁRNOZ, *Doctrina actual...*, *op. cit.*, p. 529).

²⁷³ Ya nos hemos ocupado en otro lugar de tratar estas cuestiones de política legislativa *Cfr.* BARRIO GALLARDO, Aurelio. «Condicionamientos materiales del Derecho civil foral o especial», Cuadernos «Lacruz Berdejo», 2005, n.º 2: <http://www.derecho-aragones.net/cuadernos/document.php?id=336>.

difícil la pervivencia en el sistema de un precepto como el 1317 CC –en su versión derogada–, según apuntó De los Mozos²⁷⁴.

La tesis se confirma a la luz del artículo 9.2 CC, al indicar, tras la enumeración de una serie de puntos de conexión, cómo la ley personal compartida por ambos cónyuges permite a los futuros miembros de la pareja que los «efectos del matrimonio –ya personales o reales, según añeja y ya clásica distinción en la doctrina²⁷⁵– se rijan por la ley (...) elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio», instrumento que bien pudiera ser la misma escritura que contuviese los capítulos matrimoniales²⁷⁶. En ocasiones las capitulaciones son empleadas, además, para clarificar el régimen al que quedan sometidos los matrimonios mixtos, como ha subrayado recientemente Lamarca²⁷⁷.

Cabe entender, por tanto, que esa remisión general o en bloque a una disciplina estatuida por alguno de los Derechos forales, proscrita hasta 1975 –hubo ya en el siglo XIX desconfianza y recelo infundados hacia estos Derechos que se acrecentaron bajo la dictadura franquista– es hoy, por el contrario, perfectamente posible y, además, admitida casi sin fisuras por toda la civilística española. El principio de libertad de pacto abarcaría, entre otras posibilidades, la elección de un régimen regulado en un Derecho extranjero, en cualquiera de los Derechos forales o, incluso, en el Derecho derogado de las últimas reformas²⁷⁸ puesto que ha desaparecido la limitación que establecía el antiguo artículo 1317 CC²⁷⁹.

La consulta de la exposición sistemática de la disciplina a través de diversos manuales universitarios pone de relieve que la libertad de estipulación capitular, engloba no sólo la optatividad entre regímenes prediseñados sino también la posibilidad de configurar uno completamente original o «a la carta». Se podrían

²⁷⁴ Vid. DE LOS MOZOS, José Luis. *Comentarios al Código...*, op. cit., 1978, pp. 46 y 47.

²⁷⁵ Esta es la distinción que sigue CASTÁN TOBEÑAS al realizar su exposición: Cfr. GARCÍA CANTERO, Gabriel. *Derecho civil español...*, op. cit., pp. 230 y 260.

²⁷⁶ No son capitulaciones matrimoniales –en el sentido de estipulación capitular– los documentos dirigidos a determinar el régimen económico matrimonial legalmente aplicable por razón del juego de los puntos de conexión establecidos en el artículo 9.2 CC, entre las distintas legislaciones concurrentes, según ha señalado el Centro Directivo (RDRGN de 8 de enero de 2004, RJ 2371); ahora bien, qué duda cabe que el *intrumentum* que documente la estipulación capitular puede, igualmente, contener pactos acerca de la ley rectora de los efectos patrimoniales del matrimonio al amparo del artículo 9.3 CC.

²⁷⁷ LAMARCA, Albert et al., *Separación de bienes...*, loc. cit., p. 17.

²⁷⁸ Aunque debe reconocerse, de otra parte, que se ha discutido abundantemente entre los autores si sería posible recuperar el antiguo régimen dotal, suprimido tras la última reforma en profundidad del régimen económico.

²⁷⁹ Así, DE LOS MOZOS, José Luis. *Comentarios al Código...*, op. cit., 1982, p. 82.

introducir modificaciones en los legalmente preexistentes, como Ley supletiva de la voluntad de los cónyuges, pero también efectuar una remisión a otras normas organizativas de la economía del matrimonio fuera del Código civil, amén de ir incorporando en el clausulado, mediante su transcripción en la escritura, algunos preceptos determinados provenientes de las Compilaciones o, simplemente, señalando que su régimen económico será el sancionado por un Derecho civil propio²⁸⁰.

«Desaparecido del CC, tras la reforma de 1981, el antiguo precepto que prohibía pactar, de una manera general, la sumisión de los cónyuges al régimen económico legal de alguno de los Derechos Forales, se hace posible el pacto que, o bien reproduzca como estipulaciones capitulares las normas de éstos, o bien remita expresamente a una Compilación –o a cualquier legislación extranjera–»²⁸¹. El único peligro que pudiera plantear el trasplante de normas, a través de la transcripción capitular estribaría en que las reglas importadas tendrían que vivir en un hábitat sistemático que no es el suyo y, en ocasiones, pudiera serles muy poco propicio²⁸² al desplegar eficacia en un contexto completamente extraño²⁸³. Estos problemas desaparecen, en parte, cuando se está ante un pacto de ley aplicable cuyo régimen cobra vida propia e irá variando al tiempo que cambie el Ordenamiento de referencia.

La cuestión aquí tratada resultaría en el fondo análoga a otras ya planteadas, al menos, desde la cobertura jurídico-formal del pacto. Eliminado el contenido del antiguo artículo 1317 del CC, que establecía un límite a la autonomía privada e impedía a los contrayentes sometidos en el gobierno de sus uniones matrimoniales al CC acogerse a regímenes contemplados en las regiones forales, esta opción queda a disposición de los particulares. Parece evidente que dentro de la libertad capitular del artículo 1315, principio capital del sistema, como se resalta a

²⁸⁰ La praxis notarial enseña que este señalamiento puede realizarse, bien a uno de los regímenes sancionados en otros Derechos civiles españoles, o en una legislación extranjera, en suma, lo que los internacionalistas denominarían, en expresión, de quizá con mayor fortuna en el ámbito netamente contractual, un «pacto de ley aplicable».

²⁸¹ MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ, Luis. «Del régimen económico matrimonial. Arts. 1315 a 1444», *Comentario del Código civil* (Coord. I. Sierra Gil de la Cuesta), T. 7, Bosch, Barcelona, 2000, p. 10.

²⁸² Los problemas de ajuste y armonización son extremadamente complejos. *Vid.* MOREU BALLONGA, José Luis. «Comentario artículo 25», en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*. T. I. (Coord. J. L. Lacruz Berdejo), DGA, Zaragoza, 1988, p. 679.

²⁸³ *Vid.* HERRERO GARCÍA, María José. *Comentario...*, *op. cit.*, p. 573; en el mismo sentido, AMORÓS GUARDIOLA, Manuel. *De las capitulaciones...*, *op. cit.*, p. 1546. También hay quien vea en el antiguo artículo 1317 CC una manera de «cerrar el paso a una fuente bien posible de antinomias jurídicas» (MARTÍNEZ SARRIÓN, Angel, *RDP*, jun. 1967).

menudo y sostiene pacíficamente la doctrina patria²⁸⁴, entraría hoy sin problemas la «sumisión genérica a otro ordenamiento», sea extranjero o, con mayor razón, uno de los coexistentes dentro del territorio nacional.

Es la voluntad de los cónyuges, máxima expresión de la libertad civil, la que determina el estatuto patrimonial por el que debe regirse cada matrimonio, y no es inusual, sobre todo en los matrimonios mixtos, que se empleen las capitulaciones, precisamente, para realizar un pacto de sumisión expresa y en bloque a una Ley extranjera. Además, cuando se citan los artículos donde se recoge esa disciplina no lo es con ánimo de trasladarlos al CC, sino a los solos efectos de identificar con mayor precisión el concreto régimen al que se refieren. Por ejemplo, tal fue el caso resuelto por la AP de Barcelona en el que un matrimonio, conformado por francés y catalana, se remitía expresamente, en capitulaciones otorgadas ante notario del país vecino, al régimen de separación de bienes regulado por este Derecho, citando los artículos del *Code civil* en los que se hallaba comprendido:

«Lo que no excluye que en este matrimonio el régimen económico sea sin duda alguna el capitular francés de separación de bienes por haberlo así regulado los cónyuges. Nótese que en la escritura prematrimonial celebrada en Beziers el 19-6-90 existe una clara sumisión al régimen de los artículos 1536 a 1541 del *Code civil*. Según nuestro Derecho internacional privado, aplicable siempre de oficio (art. 12.6 CC), el régimen económico resulta (art. 9.3 CC) siempre de los pactos o capitulaciones válidos conforme a la ley que rija los efectos del matrimonio, o a la ley de residencia habitual o nacionalidad de cualquiera de las partes —en este caso, se acordó según la ley francesa del marido—, luego el régimen resultante y no otro es el que debe tenerse en cuenta en este caso»²⁸⁵.

En sentido semejante la R. de 13 de enero de 1999 «consideró que no era defecto que impidiese la inscripción el no haber manifestado el vendedor que no era la vivienda familiar mientras no se hubiese comprobado que la ley aplicable al matrimonio del vendedor exigía el consentimiento de ambos cónyuges para la venta de la vivienda familiar»²⁸⁶. Aunque quizá fuera

²⁸⁴ Es muy significativo de esta orientación que sea el artículo 1315 el que efectúa la apertura del régimen primario, determinando cuál es el criterio capital al establecer el régimen matrimonial: la autonomía de la voluntad. La libertad de determinación y configuración del régimen por los interesados es un principio básico del sistema (cfr. BARCELÓ DOMÉNECH, Javier. *Régimen económico...*, op. cit., p. 46).

²⁸⁵ SAP de Barcelona de 13 de junio de 2001 (JUR 2001/248005), FD.º 3.º

²⁸⁶ RDGRN de 13 de enero de 1999 (RJ 46).

más correcto y ajustado a Derecho el no practicar la inscripción, caso de haberse realizado la manifestación *ex* artículo 91 RH, hasta que no se verifique si la ley extranjera impone o no tal requisito, como parecía exigir el antiguo artículo 12.6 CC, hoy iterado el artículo 281.2 Lec: «el derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación».

Como puede comprobarse, la libertad de elección-configuración del régimen matrimonio es casi omnimoda²⁸⁷, de ahí que se haya hablado, con razón, de una cierta «autonomía de la voluntad conflictual»²⁸⁸ en cuanto a la remisión a otros Derechos, diversos del rector en virtud de la ley personal de ambos cónyuges. Sus restricciones habrían de ser extraídas de la adecuada combinación de los artículos 9.2 y 9.3 CC, y los puntos de conexión que señalan la proximidad del matrimonio con el Ordenamiento jurídico cuyos efectos jurídicos son asumidos como propios. La medida que sirva como límite a la libertad capitular vendrá dada por las reglas de Derecho interregional y en concreto por el artículo 9.3 del CC²⁸⁹ que tal vez, como apunta Díez-Picazo, no impone ninguna especial conexión para el pacto²⁹⁰.

2. EL PECULIAR CASO DEL DERECHO BALEAR

Estas consideraciones tienen una especial trascendencia, en el ámbito que ahora nos ocupa, en el Derecho balear, pues se da la peculiar circunstancia de que entre las diversas leyes autonómicas es la única que no reconoce la necesidad de que el cónyuge no titular de la vivienda familiar consienta la disposición rea-

²⁸⁷ Dentro de la taxonomía perfilada por BALIGAND, según la intervención relativa de la voluntad del legislador y de la de los contrayentes en la determinación de su contenido, el sistema español se situaría cada vez más próximo al «sistema de libertad absoluta», «que permite al individuo crear sus propios modelos realizando él una codificación puramente individual» (*cfr.* LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Derecho de Familia*, T. I, Barcelona, 1974, p. 155, n. 1; lo había tratado con anterioridad en LACRUZ BERDEJO, *El matrimonio y su economía*, Bosch, Barcelona, 1963, p. 240 y ss.). «Se llama así –sistema contractual–, explica GARCÍA CANTERO, al que deja en libertad a los cónyuges para estipular, dentro de límites más o menos amplios, su régimen matrimonial». *Vid.* un organigrama general en CASTÁN, José. *Derecho civil...*, *op. cit.*, p. 272.

²⁸⁸ Se faculta a los cónyuges para acordar pactos o capítulos que resulten aceptados por cualquiera de las Leyes a las que se refiere el artículo 9.3 CC. Por tanto, existe una «autonomía de la voluntad conflictual», si bien limitada y oculta (CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. «Comentario al artículo 9.3 CC», en *Jurisprudencia civil comentada*, T. I, *op. cit.*, p. 135).

²⁸⁹ *Cfr.*, FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto. *Derecho internacional privado*, Civitas, Madrid, 2007, p. 383.

²⁹⁰ DÍEZ-PICAZO, Luis. *Comentario a las reformas...*, *op. cit.*, p. 1494.

lizada por su consorte. Y, además, se trata de una omisión consciente, esto es, la mentada exigencia se excluyó premeditadamente por el legislador. Lo prueban los debates parlamentarios y la trayectoria seguida por el Proyecto de Ley, que luego se convertiría en Compilación, en donde se recogía, salvados los matices, una previsión de contenido semejante a lo dispuesto por el artículo 1320 en caso de que los efectos patrimoniales de la unión matrimonial quedaran sujetos al Código civil.

Esta omisión podría dar lugar a interpretaciones varias, entre ellas, que el silencio deliberado reclama el recurso al CC, pues esa pudiera haber sido también la voluntad del legislador: aplicar el Código, como Derecho supletorio y, con él, la exigencia recogida en el artículo 1320 de dicho *corpus* legal²⁹¹. Puede pensarse asimismo que la carencia de dicho contenido normativo estribe justamente en que no se ha querido que, en un Derecho en el que rige la separación de bienes, fuera precisa la aquiescencia del cónyuge no titular para llevar a término actos dispositivos o de gravamen sobre una finca urbana que, aun siendo designada, si fue el caso, como hogar familiar, no deja de ser propiedad exclusiva de uno solo de los miembros de la pareja.

La cuestión terminó en una contienda ante los Órganos jurisdiccionales a partir de un caso cuyo relato fáctico desarrollo sucintamente: El cónyuge titular –propietario– de la vivienda familiar hipoteca la finca urbana, en garantía de un préstamo con una entidad financiera, sin contar con el asentimiento ni la autorización de su consorte. El abogado entiende, a falta de otorgamiento de capítulos, aplicable el régimen de separación de bienes, como supletorio de primer grado en Baleares, e inaplicable, la previsión del artículo 1320 del CC, porque constituye una norma extraña al sistema, a matrimonios cuyos efectos patrimoniales se rijan por el Derecho balear, en virtud de los artículos 9.2 y 13.1 CC. En la instancia se rechaza el planteamiento, concordante con el de parte de la doctrina española tradicional: «por apreciar que el artículo 1320 CC es aplicable a los matrimonios sujetos al Derecho Balear al constituir una regla primaria de aplicación prioritaria, en aras de la defensa constitucional de la vivienda y del interés familiar».

²⁹¹ Dudas se habían planteado también en Cataluña, al decir de ESPIAU ESPIAU, Santiago. *La disposición de la vivienda habitual...*, *loc. cit.*, p. 2/34 VLex. *Cfr.*, con carácter general, sobre la supletoriedad del Código civil en este tipo de casos: BAYOD LÓPEZ, Carmen. «El artículo 149.3 CE: La supletoriedad del código civil como derecho estatal respecto de los derechos civiles autonómicos (en particular el Derecho civil aragonés)», *RDCA*, vol. V, 1999, n.º 2, pp. 75 a 125 (*cfr. esp.* el test ideado por esta Profesora en pp. 124 y 125).

Tras el oportuno recurso de apelación, promovido por el demandante, que había visto desestimadas sus pretensiones, se pronunció la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, con argumentación de tenor semejante al Juez de Primera Instancia, cuya tesis en cuanto al fondo es confirmada, y añade: «Carece de relevancia el dato de que en la tramitación parlamentaria de la reforma de la Compilación Balear fuese rechazada la inclusión en el texto que se reformaba de una norma de contenido idéntico a la del artículo 1320 CC, norma que había figurado en el Proyecto»²⁹².

El pleito llegó hasta al Tribunal Superior de Justicia de Baleares que, en casación foral, dictaminó lo contrario²⁹³. Entre sus razonamientos cabría destacar que eliminada la norma original en la Compilación de 1981, si han transcurrido dieciocho años sin que en ésta se haya operado ningún cambio, parece lógico pensar, que la *mens legislatoris* y la *mens legis* vengán a coincidir hoy en que no existe una protección de la vivienda familiar idéntica al artículo 1320 CC en Baleares, aunque cupiese su reforma en el futuro al amparo del artículo 149.1.8.ª CE. En atribución de las competencias conferidas por la Constitución, podría incluirse una norma semejante al artículo 1320 en el Derecho balear, es cierto y el Tribunal no lo niega, «pero mientras ello no ocurra (si es que llegare a ocurrir), es insoslayable que el artículo 1320 CC y la norma en él contenida son elementos extraños al Derecho mallorquín, como pudieran serlo las normas existentes en el Derecho alemán o el Derecho inglés, reguladoras de la cuestión planteada. Y por ello, obviamente, son inaplicables».

Como consecuencia lógica e inmediata de esta resolución judicial, la mayoría de especialistas²⁹⁴ ha extraído con buen criterio que el artículo 1320 CC no tiene cabida en un matrimonio regido por el Derecho balear. Resulta así notorio –como subraya *v.gr.* Forcada Miranda– que, tras la citada S. de 3 de septiembre de 1998, «el cónyuge titular de la vivienda podrá disponer de ella sin necesidad del consentimiento del otro cónyuge si su régimen matrimonial es el legal de separación de bienes»²⁹⁵. A

²⁹² SAP de Palma de Mallorca de 4 de febrero de 1998, rollo n.º 7/1997.

²⁹³ STSJ de Baleares de 3 de septiembre de 1998 (RJ 1998/8505). *Vid.* asimismo el razonamiento efectuado en el FD 4.º de la SAP de Barcelona de 15 de febrero de 2010 (RJ 146692).

²⁹⁴ DE LA CUESTA realiza, por el contrario, un severo juicio crítico, a la luz del artículo 32 CE, sobre la sentencia dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de Baleares: *Vid.* CUESTA SÁENZ, José María de la. *Acerca del llamado...*, *op. cit.*, p. 1156.

²⁹⁵ FORCADA MIRANDA, Francisco Javier *et al.* «La vivienda familiar en las situaciones de ruptura matrimonial», *Actas de los XIV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2005, pp. 24-25.

fecha de hoy, al igual que otros muchos autores, dudo que quepa hacer una interpretación diferente sobre este particular.

Cuestión distinta sería ya el plantearse si es posible extender el régimen del artículo 1320 CC a otros bienes distintos de la vivienda familiar, tema del que también se ha ocupado la doctrina²⁹⁶, o si un matrimonio balear podría incorporar dicho precepto a su régimen económico matrimonial, al amparo de esa misma autonomía privada²⁹⁷. Por mi parte, considero que cualquier pacto de codisposición sobre un bien determinado de la economía doméstica habría de resultar plenamente admisible, aunque los verdaderos problemas se plantearán, no *inter partes*, sino a la hora de establecer la concreta eficacia que cabe otorgarle a esa estipulación frente a terceros, una vez han quedado a salvo los límites usuales que impone el artículo 1317 CC²⁹⁸.

3. ¿ES EXIGIBLE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1320 A MATRIMONIOS NO REGIDOS POR EL CC?

En un principio, la corriente más conservadora y tradicional de los autores españoles trató de defender, «sedes materiae», que la ubicación sistemática del artículo 1320 CC entre las «dis-

²⁹⁶ HERRERO GARCÍA opina que el artículo 1322 debe ceder ante normas convencionales que modalicen la exigencia del consentimiento: «así podría acentuarse la exigencia de conformidad de ambos cónyuges en cualquier régimen, o referido a algunos bienes» mientras operase con reciprocidad (HERRERO GARCÍA, María José. *Comentario...*, *op. cit.*, p. 595).

²⁹⁷ Así, se pregunta P. DIAGO, una vez sentado que dicho precepto no resulta aplicable al régimen de separación de bienes de esta Comunidad Autónoma: «¿Esto significa que una medida como la recogida en el 1320 CC (...) jamás podrá ser tomada en el marco del ordenamiento balear?» A lo que responde: «el Derecho balear consagra la autonomía de la voluntad (...), por tanto, en capitulaciones matrimoniales «los esposos pueden adoptar un régimen diferente al de separación de bienes, que hará que tal medida pueda tomar carta de naturaleza en el supuesto concreto». *Vid.* esta interesante reflexión en DIAGO DIAGO, María Pilar. «La protección de la vivienda familiar: un análisis de Derecho interregional», *AC*, nov. 1999, vol. 42, pp. 1343 a 1363 (*cf.* esp. p. 1359).

²⁹⁸ «La clave de la cuestión –recalcaba RAMS– se encuentra en la dilucidación de una disyuntiva no resuelta satisfactoriamente: la de si los capítulos matrimoniales pueden generar auténticos regímenes matrimoniales» (RAMS ALBESA, Joaquín. *La sociedad de gananciales*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 25). Ello haría preciso, como ya propugnara LACRUZ, tras realizar un análisis comparatista, importar la experiencia de Suiza y Alemania, países que habían establecido un Registro *ad hoc*, una vez admitida la mutabilidad del régimen matrimonial (*cf.* LACRUZ BERDEJO, José Luis. «Los regímenes económicos del matrimonio y la publicidad registral», *RCDI*, vol. 424-425, sep-oct. 1963, p. 593). Sin la adecuada publicidad registral, todos los pactos, entre ellos el de renuncia a la facultad del artículo 1320 CC o, a la inversa, el rescate de su régimen para otros bienes distintos de la vivienda familiar, no podrían desplegar la eficacia –frente a terceros– que requiere un sistema desarrollado y moderno, tal como es el de «libertad absoluta» o «sistema de contratación».

posiciones generales», dentro del llamado técnicamente «régimen primario», era de aplicación directa y general a todo matrimonio, es decir, a la propia institución, fuera cual fuera su régimen económico-matrimonial, y hay quien sostiene que incluso a otros Derechos civiles españoles, como pudieran ser los forales²⁹⁹; ello suponía, en la práctica, la extensión del artículo 1320 CC a todos los regímenes matrimoniales, estuvieran regulados dentro o fuera del Código civil.

La práctica totalidad de los expositores entiende hoy, algunos también lo habían manifestado así³⁰⁰ aun antes³⁰¹ de pronunciarse el fallo del TSJ de Baleares³⁰², que el artículo 1320 CC no es de aplicación a aquellos matrimonios en los que su Ley rectora sea distinta del texto normativo que alberga dicha previsión. Cuestión distinta es que el asentimiento del cónyuge acabe siendo finalmente preciso, si no se ha renunciado –a mi entender es posible– o prestado anticipadamente, como ya se ha tratado con anterioridad, para impedir la anulabilidad del acto, pero lo será con apoyo en una norma civil propia³⁰³ y no sobre la base de las disposiciones generales del Código en esta materia, según ha explicitado la mejor doctrina y recoge la investigación más moderna y avanzada³⁰⁴.

²⁹⁹ Vid. un estudio general de esta cuestión en BARCELÓ DOMÉNECH, Javier. *Régimen económico «Disposiciones Generales»*, op. cit., pp. 45 y 46.

³⁰⁰ Así lo entiende (vid. CUESTA SÁENZ, José María de la. *Acerca del llamado...*, op. cit., p. 1154): «la no aplicabilidad a casos regidos por Derechos forales de los artículos 1315 y ss. CC fue desde el primer momento de las reformas de Derecho de familia de 1981, puesta de relieve por mucho autores».

³⁰¹ Algunos, incluso, gran antelación, al subrayar que el CC sólo es aplicable para determinar la esfera de acción de las Leyes regionales, pero no puede servir, ni siquiera como Derecho supletorio, cuando la aplicación del mismo fuera incompatible con los principios orgánicos de las disposiciones forales (vid. BATLLE VÁZQUEZ, Manuel. «Sobre la determinación del régimen matrimonial de bienes en caso de diversa regionalización de los esposos», *RDP*, 1932, p. 252; o QUÍLEZ ESTREMER, Martín. *La libertad capitular...*, loc. cit., pp. 421 y ss.).

³⁰² Con posterioridad, ha hecho un comentario exhaustivo de esta cuestión FERREL VANDREL, María Pilar. «La problemática de la aplicabilidad del artículo 1320 del Código civil a los ordenamientos civiles territoriales (a la luz de la sentencia de 3 de septiembre de 1998 del TSB)», *RCDI*, vol. 665, 2001, pp. 1079 a 1136.

³⁰³ Ya sea ésta fruto de la Ley 55 del FNN, el artículo 9 del Código de familia catalán, el artículo 8 de Ley aragonesa de régimen económico matrimonial y viudedad, por citar algunos ejemplos, al que se habría de añadir hoy, en último término, el artículo 16 de la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de régimen económico matrimonial valenciano, modificada por la Ley 8/2009, de 4 de noviembre.

³⁰⁴ «Los artículos 1315 y siguientes no son de aplicación en aquellos Derechos autonómicos (especiales o forales) con competencia para legislar sobre la materia y por tanto con sus propios sistemas de autointegración. En cada caso las disposiciones generales serán las contenidas en sus respectivos textos (desarrollo de las Compilaciones), y en caso de que no existieran tan solo podrían ser aplicadas las del Código (lo que incluye el art. 1320 CC) en caso de que existiera una norma expresa de remisión, pero no por aplicación directa (fuera de los casos en que tal derecho se considere supletorio), ni por analogía» (AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina. *La libertad de pacto...*, op. cit., p. 178).

Aunque no siempre fue así y, es probable, que todavía hoy queden algunos resabios del régimen anterior deseosos de extender de forma exorbitante la aplicación del artículo 1320 CC a todo matrimonio³⁰⁵ exigiendo manifestar si el inmueble constituye o no la vivienda familiar del disponente *ex* artículo 91 RH en cualquier caso. Quizá una mezcla ambigua entre comodidad³⁰⁶ y –excesiva– seguridad jurídica haya movido también a parte de la doctrina moderna a considerar que dicha declaración debe efectuarse con independencia de qué Ley rija los efectos del matrimonio. Hoy día es relativamente escaso el número de autores que defiende la aplicación del régimen primario contenido en el Código civil a los Derechos forales³⁰⁷.

Con anterioridad, Camy, cuya posición, tal vez en el contexto de la época, pudo ser razonable, reclamaba la territorialidad del artículo 1320 CC: «Ese carácter de disposición general obligará a sostener lo ineludible de su aplicación a cualquiera de los regímenes matrimoniales en los que existan bienes propios de los cónyuges, tanto en forma absoluta como coetáneos con la existencia de otros comunes. Y dándose esas circunstancias, será indiferente cuál sea la normativa, común o foral, que regule su nacimiento, desarrollo y extinción»³⁰⁸. Estimo que tal tesis es distinta de la que sostiene el citado sector de la moderna doctrina porque, a pesar de la contundencia de sus primeras afirmaciones, añadía un poco más adelante: «habrá de concluirse que el referido precepto será aplicable a todas las regiones forales donde no esté sustituido por otro de idéntico contenido»³⁰⁹.

En la actualidad resultaría harto complicado mantener semejante postura, aunque debe reconocerse que la ausencia de jurisprudencia en este punto concreto animaría, tal vez, a mostrarse algo vacilante³¹⁰. Pero creo que las dudas se disipan si se admite con normalidad que es preciso contar con el asentimiento o, cuando menos, ausencia de oposición por el cónyuge no titular,

³⁰⁵ *Cfr.* sobre esta cuestión, con carácter general, GIMÉNEZ DUART, Tomás. «La organización económica del matrimonio tras la reforma de 13 de mayo de 1981», *RDN*, vol. 113-114, jul-dic. 1981, pp. 99 y ss.

³⁰⁶ *Cfr.*, GIMÉNEZ DUART, Tomás. *El artículo 1320 CC...*, *loc. cit.*, p. 201.

³⁰⁷ Entre ellos se contaría MUÑIZ ESPADA (*vid.* MUÑIZ ESPADA, Esther. *El valor y eficacia del régimen...*, *loc. cit.*, pp. 189 y 211) y parece tender a la misma orientación CUESTA SÁENZ, José María de. *Acera del llamado...*, *op. cit.*, p. 1156.

³⁰⁸ CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, Buenaventura. «Protección legal de la vivienda familiar», *RCDI*, vol. 588, oct. 1988, p. 1598.

³⁰⁹ CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, Buenaventura. *Protección legal...*, *loc. cit.*, p. 1599.

³¹⁰ El Tribunal Supremo no ha legado nunca a dictaminar acerca de la aplicación de este precepto a los Derechos forales; quizá porque la reproducción de normas semejantes, en dichos Ordenamientos, lo haya hecho innecesario. Sólo en una ocasión, se dio por supuesta la extensión del artículo 1320 CC a un matrimonio sujeto al régimen legal catalán (*vid.* STS de 7 de octubre de 1985 (RJ 4629)).

para disponer de la vivienda familiar, aunque no por aplicación directa del artículo 1320 CC –lo que sería negar la competencia para legislar en materia de Derecho civil reconocida constitucionalmente (art. 149.1.8.^a CE)– sino fundada en una norma foral o propia, como pudiera ser el artículo 8 Lrem (art. 190 CDFA), u otras análogas en Cataluña, Navarra, País Vasco, Valencia, etc.

La conclusión, precedida de una impecable argumentación, a la que llega Giménez Duart, cuando estudia la aplicabilidad o no el artículo 1320 a un matrimonio de catalanes casados en régimen catalán, nos serviría igualmente, para realizar una valoración de carácter general: «nunca el artículo 1320 CC podrá ser aplicado a estos matrimonios. Ni el estatuto personal (catalán) ni el concreto régimen matrimonial (también catalán) justifican la aplicación de una norma de este tipo»³¹¹.

Es probable que lo más ajustado al orden constitucional a día de hoy sea desechar la visión centralista y ocuparse de matizar que el régimen matrimonial primario «se aplica a todos y cada uno de los (matrimonios) celebrados bajo la disciplina del CC y con independencia de si se rige por un estatuto de comunidad o de separación. No así como regla básica de los restantes regímenes económico-matrimoniales vigentes en España»³¹². De la misma forma que cuando el TS ha declarado, quizá incidentalmente, el «art. 1320 del Código Civil de aplicación general, con independencia del régimen patrimonial del matrimonio»³¹³, hay quien precisa con buen criterio: «hemos de entender que de Derecho común, no foral»³¹⁴.

En realidad, este hilo argumental se halla en plena sintonía con la afirmación de que cuando a un matrimonio le resulte aplicable uno de los varios Derechos civiles territoriales españoles, diversos del Código, el acto realizado bien pudiera ser impugnado, que ciertamente lo será, a excepción de cuando rija el Derecho balear, pero no sobre la base de los artículos 1320 y 1322 CC sino con apoyo en cada uno de los preceptos que recogen esta exigencia en el Derecho de la respectiva Comunidad Autónoma³¹⁵.

³¹¹ GIMÉNEZ DUART, Tomás. *El artículo 1320 del Código...*, loc. cit., p. 203.

³¹² Es importante este matiz introducido por RAMS ALBESA en los *Elementos* de LACRUZ. Vid. RAMS ALBESA, Joaquín. *Elementos...*, op. cit., 2010, p. 123.

³¹³ Cfr. STS de 31 de diciembre de 1994 (RJ 10330).

³¹⁴ GARCÍA DE BLAS, M.^a Luisa. «El matrimonio, realidad social e institución jurídica», en DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco (Coord.). *Instituciones de Derecho Privado*. T. IV. Familia. Vol. 1.º Civitas-Consejo General del Notariado, Madrid, 2001, p. 101.

³¹⁵ Al ocuparse de la nueva Ley valenciana, hace una enumeración de todas las normas civiles españolas que sancionan este requisito ATIENZA NAVARRO, M.^a Luisa. *La vivienda habitual de la familia*, op. cit., p. 135.

Del mismo modo que el silencio deliberado, como ha mantenido con carácter general la mejor doctrina³¹⁶, hace que bajo el régimen de separación de bienes en Aragón (arts. 21 a 27 Lrem; artículos 203 a 209 CDFa), la *praesumptio muciana* del artículo 1442 CC, u hoy el artículo 78.1 LCon, no entren en juego³¹⁷, ni tampoco el computo del trabajo doméstico, en beneficio de uno solo de los cónyuges (art. 1438 CC)³¹⁸ –porque se asume con normalidad que las tareas del hogar deben repartirse entre ambos miembros de la pareja–, ese silencio forzaría, igualmente, a que tampoco se aplicara el artículo 1320 CC a los matrimonios regidos por el Derecho balear, en ausencia de una norma propia como la recogida por el legislador aragonés en el artículo 8 Lrem (art. 190 CDFa).

No hay apenas diferencia entre ambas afirmaciones. Primero habría de determinarse, conforme a los puntos de conexión, que enumeran los artículos 9.2 y 9.3 CC, y de cuya interpretación conjunta se desprende una multitud de leyes rectoras –cinco en total– de los efectos del matrimonio elegibles por los cónyuges³¹⁹ para, después, estudiar el Derecho sustantivo que resulte aplicable. Si en él se encuentra tal exigencia, será preciso contar con el consentimiento-asentimiento, de cuya manifestación ya nos hemos ocupado un poco más atrás; en otro caso, la ausencia de este beneplácito no habría de motivar la anulabilidad del negocio jurídico del que traiga causa la transmisión de propiedad, cuando la enajenación se realice a título oneroso, o su nulidad radical o absoluta, cuando provenga de una liberalidad o disposición a título gratuito, según se establece en el artículo 1322 CC.

4. REFLEJO DE ESTAS TESIS EN EL DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL

Esta breve reflexión, de aparente sencillez –puesta, sin embargo, en tela de juicio en tiempo no tan distante al presente–

³¹⁶ Destaca la Ley en su Preámbulo que su finalidad es cerrar el paso a la aplicación supletoria del Código civil estableciendo un sistema autosuficiente que hiciera innecesaria su aplicación. La expresa declaración del legislador –señala LACRUZ MANTECÓN– exime de buscar otras explicaciones (LACRUZ MANTECÓN, Miguel. *El régimen de separación...*, *op. cit.*, p. 145).

³¹⁷ *Vid.* el tratamiento que da a esta cuestión PARRA LUCÁN, M.^a Ángeles. «Concurso de acreedores y consorcio conyugal», *XIX Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, pp. 115 y 116.

³¹⁸ *Vid.* SAP de Zaragoza de 24 de enero de 2005 (JUR 2005/44414).

³¹⁹ La tendencia general entre los internacionalistas es acercar las capitulaciones matrimoniales al régimen dispuesto para los contratos y permitir así los pactos de sumisión expresa *ex* artículo 10.5 CC. *Vid.* ABARCA JUNCO, Ana Paloma (Dir.), *Derecho internacional privado*. T. II, Colex-UNED, Madrid, 2003, pp. 134 y 135; y ESPINAR VICENTE, José María. *Tratado elemental de Derecho internacional privado*, Universidad de Alcalá, Servicio de Publicaciones, Alcalá de Henares (Madrid), 2008, pp. 531 y ss.

cuadra con la modificación operada tres años después de la Ley 11/1981, de 13 mayo sobre el Reglamento Hipotecario, en virtud del RD 2388/1984, que ha sido estudiada en detalle por Ávila Álvarez³²⁰. La reforma es muestra evidente de la voluntad de cambio del Derecho español, acorde con el signo de los tiempos, en el sentido de abandonar aquella tesis inicial, hoy desfasada, que hacía extensibles las previsiones de los artículos 1315 a 1321 CC a la economía de cualquier matrimonio, estuviera éste sometido o no a la disciplina del Código civil.

Según el vigente artículo 91.1 RH: «*Cuando la Ley aplicable* exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, será necesario para la inscripción de actos dispositivos sobre una vivienda perteneciente a uno sólo de los cónyuges que el disponente manifieste en la escritura que la vivienda no tiene aquel carácter». Algo semejante sucede a la hora de practicar la anotación de embargo sobre la vivienda familiar cuya titularidad no es conjunta, a la luz del artículo 144.5 RH, que principia de idéntica manera³²¹.

Una diferencia de matiz casi imperceptible en la redacción de la norma que, sin embargo, resulta muy significativa, conociendo estos precedentes, y evidencia la innecesidad de que se haga constar documentalmente, por parte del fedatario autorizante de la operación, que la finca que en dicho momento se enajena no constituye la vivienda habitual del matrimonio. Sin que, además, la ausencia de dicha manifestación –cláusula de estilo habitual en las compraventas de viviendas– hubiera de acarrear ni la impugnación del acto *ex* artículo 1322 CC –o norma autonómica análoga– ni un impedimento para su acceso al Registro de la Propiedad al amparo del artículo 91.1 RH.

En el caso concreto –ya planteado– de un matrimonio integrado por argentino y española, enlace mixto con cónyuges de distinta nacionalidad, la Dirección General, en R. de 13 de enero

³²⁰ Como subraya el mentado autor, con esta «supresión de la aplicabilidad de la norma a cualquier régimen matrimonial», «no se ha tratado de excluir ningún régimen sino de advertir que el citado artículo 1320 y su corolario (art. 91.1) no se aplican a todos los españoles...» [ÁVILA ÁLVAREZ, Pedro. «La reforma de la reforma (comentarios al Real Decreto 2388/984 de 10 de octubre», *RCDI*, pp. 1073 a 1082 (cit., pp. 1080-1081)], en tal momento, quizá no imaginara el autor que sí habría un régimen español que no contendría tal estipulación; él probablemente pensara en que se aplicara a los españoles un Derecho extranjero que no la recogiera.

³²¹ «*Cuando la Ley aplicable* exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, y este carácter constare en el Registro, será necesario para la anotación del embargo de vivienda perteneciente a uno solo de los cónyuges que del mandamiento resulte que la vivienda no tiene aquél carácter o que el embargo ha sido notificado al cónyuge del titular embargado.»

de 1999 señaló: «habrá de concluirse la imposibilidad de invocar como defecto el ahora analizado en tanto no se haya comprobado que la Ley aplicable al matrimonio del vendedor exige el consentimiento de ambos cónyuges para la venta de la vivienda habitual, todo ello sin perjuicio de las facultades del Registrador para exigir la acreditación de la Ley reguladora de los efectos de dicho matrimonio y, en su caso, su concreto contenido»³²².

Probado entonces –sólo en el caso del Derecho extranjero– que no existe una obligación tal como la recogida en el artículo 1320 CC, y resultando otro Derecho, distinto del patrio, aplicable a los efectos patrimoniales del matrimonio, en virtud de la norma conflictual española (arts. 9.2 y 9.3 CC), la Dirección General concluye que no tiene por qué efectuarse declaración como la estipulada en el artículo 91.1 RH. Tales circunstancias deben resultar debidamente acreditadas a juicio del notario autorizante o del registrador calificador, a saber: que debe aplicarse un Ordenamiento extranjero, cuestión que compete de oficio a la autoridad pública española (art. 12.1 CC) y que su contenido sustantivo no recoge esa exigencia, extremo que deberá ser demostrado por los propios interesados (art. 281.2 Lec)³²³.

Tampoco hay obstáculos de fondo, a mi entender, para que esta misma conclusión, alcanzada por el Centro Directivo cuando resulta de aplicación una Ley extranjera, no se extienda, no sólo a otros matrimonios de diversa nacionalidad, sino también, por imperativo del artículo 16 CC, a uniones matrimoniales cuya organización patrimonial quede sometida al Derecho balear, también merced a un pacto de ley aplicable³²⁴ recogido en capí-

³²² Cfr. RDGRN de 13 de enero de 1999 (RJ 1999/46).

³²³ Parecen llegar, sin embargo, a una conclusión distinta los notarios GONZÁLEZ BOU y CARRIÓN GARCÍA DE PARADA. Sostiene E. GONZÁLEZ BOU que, a efectos prácticos, «en todo acto de disposición de una vivienda será necesario que el extranjero manifieste al Notario autorizante de la escritura si la vivienda es familiar habitual», por imperativo del artículo 91 RH, y añade «si lo es, será necesario el consentimiento del cónyuge, y si no lo es, deberá manifestarlo expresamente en la escritura pública» [GONZÁLEZ BOU, Emilio. «La protección de la vivienda familiar en los Ordenamientos jurídicos españoles», en *El nuevo Derecho de familia: modificaciones legislativas y tendencias doctrinales* (Dir. J. M. Navarro Viñuales), Civitas, Madrid, 2006, p. 160]. Algo similar mantiene CARRIÓN: «Si se considera que es un principio básico del ordenamiento jurídico español, en general, habrá que concluir que cualquiera que sea el régimen económico matrimonial vigente, y ello vale tanto para españoles como para extranjeros, el vendedor deberá contar con el consentimiento de su cónyuge si declara que es la vivienda familiar y si no lo es deberá manifestarlo así» (CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, Pedro. «Regímenes económico matrimoniales», *La Notaría*, vol. 42, 2007, p. 123).

³²⁴ Cabría recordar que en materia contractual, existe la «autonomía de la voluntad conflictual», entendida como la «facultad que se otorga a las partes en un contrato internacional de elegir el Derecho estatal que regulará ese contrato», específicamente prevista en el artículo 3.1 Convenio de Roma 19 junio 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales. Con este apoyo normativo, afirma CARRASCOSA: «no existe

tulos matrimoniales, según las reglas comentadas ya del Derecho internacional privado, a las que remite el Derecho interregional.

Se advierte, no obstante, una diferencia significativa: en los supuestos de aplicación de otro Derecho civil español ya no será preciso acreditar la inexistencia de una norma homóloga al artículo 1320 CC, como acontece con las Leyes extranjeras, puesto que en virtud del principio «iura novit curia» en su versión para notarios y registradores, según el control de legalidad plasmado en los artículos 145 RNot y 18 LH, respectivamente, vendrán estos funcionarios obligados a conocer el contenido de sus previsiones y podrán denegar su función esgrimiendo que tales circunstancias no han quedado debidamente acreditadas por los interesados³²⁵.

Por consiguiente, si fuera el Ordenamiento balear el aplicable, cuya disciplina legal en este punto no contiene norma pareja al artículo 1320 CC, decaería la previsión del artículo 91.1 RH y no sería preciso anotar tal mención en la escritura pública que documentara el acto transmisivo; si la organización económica del matrimonio se gobierna por la Ley balear, se podrá enajenar la vivienda habitual se haya hecho o no constar tal carácter en la escritura pública por la que vaya a disponer de ella: ni será preciso indicar que la finca urbana no revista tal carácter ni siéndolo habrá que recabar el asentimiento del cónyuge del propietario. Lo mismo cabría predicar quizá cuando resulte aplicable al matrimonio otro Derecho, también extranjero, que no contenga esta previsión.

5. UN PASO MÁS ALLÁ EN EL RAZONAMIENTO

Con este marco general y en un futuro inmediato, no debería extrañar que, de no permitirse la renuncia anticipada al artículo 1320 CC –mejor en escritura pública o, al menos, revestida de cierta solemnidad y garantías³²⁶, a lo que ciertamente contribu-

ningún argumento definitivo que aconseje impedir que los cónyuges redacten sus pactos y capitulaciones matrimoniales con arreglo a la Ley estatal que prefieran (*op. cit.*, p. 135); CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ. *Derecho internacional privado*. T. II, Comares, Granada, 2009, p. 141].

³²⁵ Según tiene declarado la Dirección General una de las finalidades que tiene el precepto –en alusión al artículo 91 RH– es evitar que ingresen en el Registro actos impugnables [RDGRN de 10 de noviembre de 1987 (RJ 8733)]; conviene recordar que la inscripción en el Registro no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las Leyes, como indica el artículo 33 LH.

³²⁶ Se trata de una libertad que, de ordinario, va a conocer plasmación por medio de un instrumento que reúne todas las garantías, como es el notarial (art. 1327 CC). *Vid.* sobre

ye la intervención notarial³²⁷— un buen número de parejas acordara, en capítulos prenupciales, antes de la celebración del matrimonio que los efectos de su futuro enlace se rigieran en adelante por el Derecho balear³²⁸. ¿Y por qué no? ¿Acaso existen motivos fundados para negarles esta posibilidad? Siendo así, ¿qué razones impiden articular una renuncia previa o anticipada?

Civilistas que han estudiado recientemente y en profundidad esta cuestión han empezado a mostrar su extrañeza cuando indagan acerca de la naturaleza jurídica del régimen matrimonial primario, importado a nuestro país desde la doctrina francesa³²⁹, y comienzan a cuestionarse su absoluta indisponibilidad. Se cuestionan el porqué de no permitir el libre e irrestricto juego de la autonomía de la voluntad en este campo, como en otros tantos de la vida privada, dejando que cada cual decida libremente cómo desea gobernar la economía de su matrimonio³³⁰. Y, además y si lo estimara preciso, tampoco existiría inconveniente a permitir el juego de exigencias recíprocas y mutuas concesiones, entre las que cabría la exclusión de algunos derechos que pudieran asistirle, mientras la renuncia se ubique dentro de los

la incidencia de la libertad civil en el Derecho de familia y su canalización a través de la escritura pública como instrumento vehicular, con carácter general, GARRIDO MELERO, Martín. *Aplicaciones del principio...*, loc. cit., pp. 31 a 45; y SERRANO DE NICOLÁS, Ángel. *Las nuevas orientaciones...*, loc. cit., pp. 43-44 y 47-48; NAVARRO VIÑUALES, José María. «La tendencia desjudicializadora en el nuevo Derecho de familia», en *El nuevo Derecho...*, op., pp. 253 y ss.

³²⁷ Los documentos públicos constituyen una verdadera garantía para quienes emiten su consentimiento unilateral o contractual. Vid. la opinión de RAMS ALBESA, Joaquín. «Hombre y persona. Personalidad. Capacidad e incapacidad. Discapacidad y vejez», *RDCI*, vol. 723, 2011, p. 273.

³²⁸ Autores recientes se han planteado si «sería posible, saliendo del régimen de separación de bienes del Código, optar en capitulaciones por un régimen en el que no se recogiera la limitación a la disposición de la vivienda familiar, como el de absoluta separación de Baleares» (AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina. *La libertad de pacto...*, op. cit., p. 185).

³²⁹ La imperatividad del precepto, el régimen del consentimiento dual, la autorización judicial supletoria, la anulabilidad del acto en caso de ser preterido el consentimiento del cónyuge no titular y otros elementos esenciales sobre los que se construyó el sistema de protección de la vivienda familiar en la España de 1981 provienen del Derecho francés (vid. CUESTA SÁENZ, José María de la. *La protección de la vivienda familiar en los Derechos...*, loc. cit., pp. 138 y ss.). Ahora bien, como el propio autor puntualiza en otro ensayo, la especificidad del caso español radica, en cuanto al régimen primario, en que se ha puesto en duda la extensión de algunos de sus aspectos a cualquier régimen matrimonial y, en lo que a la vivienda familiar se refiere, se ha concluido por afirmar su no aplicabilidad a los matrimonios regidos por los Derechos forales (vid. CUESTA SÁENZ, José María de la. *Acerca del llamado...*, op. cit., p. 1154).

³³⁰ «Se piensa que, siempre que actúan con libertad, son los interesados quienes mejor pueden establecer la reglamentación de intereses a la cual haya de ajustarse su posterior conducta» (DÍEZ-PICAZO, Luis. *Comentario...*, op. cit., p. 1492); puesto que ellos conocen mejor que nadie sus condicionamientos y saben cuáles son sus preferencias y expectativas.

límites generales, es decir, en tanto no se derive de ello ningún perjuicio para terceros.

Se ha publicado hace muy poco una reflexión de gran interés sobre este asunto, obra de C. Amunátegui Rodríguez, donde se ponen de manifiesto algunas de las contradicciones e incoherencias del propio sistema³³¹: cómo una vez acordada la separación de bienes no es posible la expulsión de determinados pactos si a un tiempo se admite la configuración o el diseño de un régimen matrimonial atípico o es posible acogerse a otro Derecho existente en el territorio nacional que no contiene dicha regla. El fragmento que sigue lo ilustra perfectamente: «muchos entienden la necesidad de consentimiento para enajenar la vivienda habitual a la que se refiere artículo 1320 CC es una regla de carácter imperativo, pero no dudan al mismo tiempo en afirmar la validez de un pacto por el que una pareja –por ejemplo castellana– pudiera acogerse al régimen de separación de las Islas Baleares, en el que, hoy por hoy, no existe norma paralela»³³².

Más adelante desarrolla esta argumentación y la lleva hasta sus últimas consecuencias: «si los cónyuges pueden, en ejercicio de su autonomía, adoptar cualquiera de los regímenes existentes en el territorio nacional, habrá que cuestionarse que renunciar al consentimiento para enajenar la vivienda familiar sea una cuestión de orden público³³³, pues el propio ordenamiento nos dispensa un cauce adecuado para eludir el mencionado consentimiento, no pudiendo afirmarse que el orden público en las Islas Baleares sea diferente al del resto del territorio, o la inversa»³³⁴.

¿Qué motivo de peso hace que se siga considerando el artículo 1320 CC norma inderogable, de *ius cogens* si el propio pacto, principio rector de esta materia, a través de la remisión a este Derecho foral, hace que las partes, por su sola voluntad, puedan desplazar su aplicación? ¿Se ha legitimado, entonces y

³³¹ Vid. las reflexiones de AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina. *La libertad de pacto...*, op. cit., pp. 150-151 y 179-180. El ensayo aborda otras muchas cuestiones de interés acerca de la incidencia de la autonomía de la voluntad en el régimen matrimonial y, en entre ellas, la que es objeto de estudio en este trabajo.

³³² AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina. *La libertad de pacto...*, op. cit., pp. 150-51.

³³³ Así se venía considerando, salvo en las contadas excepciones ya apuntadas (v.gr. GARCÍA-GRANERO, Juan. *Op. cit.*, pp. 188 a 190) siendo esta calificación su principal obstáculo para a permitir el pacto en contrario. La contravención del orden público, el perjuicio a terceros, siendo estos terceros los hijos que ocupan la vivienda, o formar parte del régimen primario o estatuto imperativo de base, eran citas recurrentes entre la doctrina para ponerle frenos a la autonomía privada (cfr. ELORRIAGA, Fabián. *La protección de la vivienda...*, loc. cit., p. 187), pero hoy –estimo– ya no habría de sonar tan «duro» que una norma como ésta quedase sujeta a la de la voluntad los particulares (cfr. en contra, ELORRIAGA, loc. cit., p. 186), sobre todo, una vez conquistada la igualdad real entre sexos.

³³⁴ AMUNÁTEGUI, RODRÍGUEZ, Cristina. *La libertad de pacto...*, op. cit., p. 180.

por hechos consumados, lo que antaño pudo ser visto como un fraude de ley (art. 12.4 CC) o se está ante un simple acto de libertad? ¿Es una maniobra elusiva de una norma imperativa³³⁵ o la puesta en práctica del ejercicio de la autonomía privada, sobre un régimen que ha perdido en buena parte su carácter necesario, y puede ser desplazado por voluntad de lo cónyuges?

De tenerse por absolutamente inderogables reglas como verbigracia la recogida en el artículo 1320 CC –así se las consideraba antaño–, el hecho de pactar la remisión a un Derecho que no contempla previsión semejante, podría aparecer como una conducta constitutiva de un fraude de ley, no residenciada en el artículo 6.4 CC, sino entendida como elusión del Derecho aplicable con anclaje legal en el artículo 12.6 CC, a saber: el empleo de una norma de conflicto, alterando el punto de conexión, para obtener un resultado prohibido por la norma a los particulares³³⁶. Ahora bien, una vez que tal conducta ha dejado de integrar el orden público español y hay una parte de los nacionales a los que ese límite a las, de otro modo, irrestrictas facultades dominicales del cónyuge propietario no resulta aplicable, la aproximación o el enfoque tiene que ser distinto³³⁷.

Este precepto –el artículo 1320– en su primera proposición –y posiblemente todo el antiguo «estatuto de base»– quizá haya perdido, cuando menos, una buena parte de su carácter imperativo y, en general, todo lo que en él pudiera haber de «orden público», desde el momento en que una legislación civil española, tal es el caso de la balear, no contempla como Derecho propio previsión análoga al artículo 1320 CC. en lo atinente a la disposición de los derechos relativos a la vivienda familiar. Debe decaer, por tanto, su conceptualización como límite de orden públi-

³³⁵ Cfr. la explicación dada por DIAGO DIAGO, María Pilar. *Pactos o capitulaciones matrimoniales en Derecho internacional privado*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1999, p. 132.

³³⁶ A la vista del cambio de circunstancias, quizá fuera más preciso hoy puntualizar que el resultado se prohíbe sólo a determinados particulares –los que no guarden ningún vínculo de unión con el Derecho balear– pero no a todos, lo que contradice la incorporación del artículo 1320 CC y asimilados, al orden público español.

³³⁷ Cristina de AMUNÁTEGUI se aparta de la calificación de este acuerdo como defraudatorio ley y cree que sería «más aceptable propugnar una interpretación adecuada del precepto que podría dirigirse a no mantener su indisponibilidad bajo ningún concepto, pudiendo modalizarse el contenido de la norma conforme al principio de autonomía de la voluntad, pues, sin duda, se trata de una regla de régimen económico matrimonial» (AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina. *La libertad de pacto...*, op. cit., p. 151). Algo más avanzado su ensayo sostiene que el permitir a los cónyuges la opción la opción por cualquiera de los regímenes existentes en España, sabiendo que el Derecho balear no establece ninguna traba para disponer de la vivienda habitual y, además, constituir la sede del artículo 1320 del CC el Libro IV del Código y no las reglas del matrimonio elimina la posibilidad de que pueda plantearse un fraude de Ley» (AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina. *La libertad de pacto...*, op. cit., p. 180).

co, pues dicho concepto, amén de su relatividad y temporalidad, en consonancia con la ética dominante³³⁸, que lo ha hecho ir variando a lo largo del tiempo³³⁹ hasta llegar a fechas más próximas al presente, no puede existir dentro de un mismo territorio, con acepciones diferentes, por imperativo de los artículos 12.3 y 16.2 CC.

Así, pactar en capítulos, sean ante o posnupciales, la remisión al régimen balear para evitar que entre en juego el citado precepto del Código civil podría ser visto, con ojos de jurista que miran más al pasado que al futuro, como un fraude de ley³⁴⁰. Pero estimo que sería hoy más adecuado interpretarlo, por el contrario, como la permisón de un mayor margen de acción a la libertad civil a través del instrumento notarial que contiene las capitulaciones. La existencia de otros españoles en cuyos matrimonios no rige el artículo 1320 CC, ni norma análoga, tampoco tiene por qué ser considerado como una experiencia traumática ni indeseable sino, más bien, la evidencia de que el carácter imperativo de este precepto se ha ido atenuando progresivamente. Se abre así un portillo a la libertad civil que transige con que la autonomía privada penetre en un ámbito que hasta ahora se reputaba virgen.

VII. CONCLUSIONES

I. El artículo 1320, como tantas otras reglas de Derecho de familia, es hijo de su tiempo, y trata de responder a una serie de inquietudes y carencias de la sociedad española en un momento determinado que, sin embargo, no se dan ya en el presente y es muy difícil, además, que puedan volver a reproducirse. La incorporación de muchas de estas normas, incluidas en un régimen primario, importado de la experiencia francesa, introducía una serie de límites aplicables imperativamente a cualquier matrimonio. Se

³³⁸ Los límites a la autonomía de la voluntad carecen de una fijeza absoluta, son líneas fluctuantes y variables que están en función de las coordenadas históricas vigentes. De ahí el papel relevante que asume la autoridad judicial como intérprete o portavoz de las corrientes sociales. *Vid.* Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...* T. I, *op. cit.*, p. 381.

³³⁹ Un claro ejemplo de evolución del orden público sería el tránsito del principio de inmutabilidad del régimen económico a una total apertura en el CC después de 1975, en consonancia con la permisón de los Derechos forales o especiales.

³⁴⁰ El Libro Verde sobre el conflicto de leyes en materia de régimen matrimonial [COM(2006) 400 final], en su apartado 2.2.2 afirma que «la mayoría de los Estados miembros admiten la elección por los cónyuges de la ley aplicable en materia de regímenes matrimoniales».

Vid. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2006:0400:FIN:ES:PDF>

establecieron, de una parte, por la desconfianza generada por el régimen de separación de bienes, que era visto con recelo por cuanto de disonante pudiera tener con la concepción tradicional del matrimonio y, de otra, por temor a que una apertura excesiva de la autonomía de la voluntad devolviera a la mujer a la situación inmediatamente precedente, haciendo que las antiguas normas, ya derogadas, pudieran subsistir y ser rescatadas por la vía del acuerdo capitular.

Superadas las dificultades iniciales para operar la transición de un modelo jerárquico de familia a otro democrático en que la paridad conyugal pase de anhelo a realidad consumada, treinta años vista (1981-2011) ha sido todo un éxito. La conquista de la igualdad conyugal y la inexistencia de desequilibrios demandan la redefinición del concepto de orden público matrimonial dotándolo de una nueva dimensión, en la que no se vieran integradas normas como el artículo 1320 CC, ni acaso operase tampoco, con frialdad aritmética, el límite general del artículo 1328 CC, permitiendo que fueran los propios cónyuges, como sujetos libres e iguales, quienes establecieran, mediante la libertad de pacto, plasmada en una escritura pública notarial, que garantice un consentimiento libre, cómo van a organizar su matrimonio, contribuir a las incumbencias comunes o distribuir internamente sus competencias.

Incorporada hoy la mujer al mundo laboral, ganando por sí su propio sustento, y, con posibilidades de auto-mantenerse, emprender actividades empresariales muy arriesgadas y lucrativas en igualdad de condiciones que el hombre, y acaso rivalizando abiertamente con él, sin verse obligada a acudir al matrimonio como medio de garantizar su subsistencia, una regla como el artículo 1320 CC pierde la justificación que históricamente pudo tener. Desaparecido el temor a la existencia de una relación de dependencia económica entre los cónyuges o, al menos, a una que fuera muy distinta de la que pudiera haber entre otros dos ciudadanos que desean contratar entre sí, ya no es necesario, ni quizá tampoco aconsejable, imponer restricciones a la llevanza de la economía doméstica. Carece de todo sentido hoy dispensar a uno solo de los cónyuges una sobreprotección, como la recogida en el artículo 1320 CC, que no merece y que con algo de esfuerzo es capaz de obtener por sí mismo, pudiendo incluso resultar vejatorio para la propia persona que el legislador dispusiera otra cosa.

II. El régimen de invalidez de los actos dispositivos, en los que el consentimiento-asentimiento *ex* artículo 1320 CC se ha obviado, no los convierte en nulos de pleno derecho sino en meramente anulables puesto que producen efectos en el tráfico

hasta que son impugnados y, además, son susceptibles de confirmación. Ello faculta al destinatario de la norma, en el fondo, para disponer de ella decidiendo cuándo entrarán o no en acción sus consecuencias prácticamente, a su entera voluntad, hecho que prueba los efectos muy relativos de la contravención del precepto, que sólo dudosamente podría ser conceptualizado como de orden público.

Tal flexibilidad lleva a pensar que la facultad del artículo 1320.1.^a CC pueda ser renunciada por parte del único sujeto tutelado por la norma, el cónyuge no titular, e invita a reflexionar seriamente sobre su carácter de *ius cogens*, pues únicamente despliega eficacia plena cuando así lo quiere el interesado, dejándose, en última instancia, su operatividad práctica a juicio de uno solo de los miembros de la unión conyugal que, por regla general, no habrá contribuido, además, a la adquisición de la vivienda mediante ninguna aportación económica, algo que sería lo deseable en una sociedad como la actual en la que, garantizada la igualdad de oportunidades, cada cual debería procurarse el propio sustento a través del desarrollo de una actividad lucrativa.

Este desarrollo de los acontecimientos se sucede, además, independientemente de que existan o no hijos a cargo, en tanto que el individuo sea un sujeto sea casado. A un matrimonio sin prole se le aplicaría el artículo 1320 CC, mientras que en una unión paraconyugal, *v.gr.* una pareja de hecho, no entrará en juego la norma a pesar de haber concebido descendencia y de la protección que el texto constitucional dispensa a todo tipo de familia, también a otros modelos de convivencia distintos de la tradicional, lo que hace ciertamente complicado entender que los terceros perjudicados que impiden dar curso a la exclusión voluntaria de esta norma pudieran ser los hijos.

Hecho que se corrobora al contrastar la virtualidad real del precepto, al ponerse en relación ambos apartados del propio artículo 1320 CC y comprobar con asombro, amén de que no existe una previsión correlativa en el artículo 96 CC, cómo ese supuesto interés familiar, superior al individual de los cónyuges, cede con facilidad ante la seguridad del tráfico jurídico y se subordina a ella en beneficio del tercer adquirente. En el caso de que verdaderamente la norma pretendiese la protección real y efectiva del grupo familiar, cuando exista, y no primordialmente la del cónyuge no titular, quizá huelgue una previsión normativa como la contenida en el artículo 1320.2.^a CC.

Si el artículo 1320 CC sólo tiene por misión tutelar los intereses —quizá antaño muy legítimos, hoy no tanto— del cónyuge no titular,

no se atisba por qué el mismo portador de dichos intereses no puede excluir, con carácter general, su aplicación; permisión que no fuerza a renunciar por sistema el asentimiento para disponer de la vivienda habitual en todo matrimonio, sino tan sólo a dejar tal decisión al criterio juicioso de los cónyuges, quienes probablemente serán los mejores conocedores de sus expectativas y proyecto de vida común, pudiendo llegar a acuerdos que impliquen una renuncia a lo dispuesto en este precepto, quizá como contrapartida a alguna concesión del cónyuge titular.

III. El juego que ofrece la prestación del asentimiento y su muy variada modalización en la práctica, a través de pactos diversos, fuerza de nuevo a plantearse el porqué de impedir dar un paso más allá en la incidencia de la autonomía privada sobre el régimen de la vivienda familiar y consentir que se pueda desplazar anticipadamente y para un concreto matrimonio lo dispuesto en este precepto, dentro del marco general de la renuncia a cualquier derecho, sabiendo, además, que el artículo 1320 CC ya no puede reputarse integrante del orden público matrimonial español con total seguridad desde el pronunciamiento judicial del TSJ de Baleares habido en 1998.

Si se llega al extremo de permitir que el asentimiento requerido para disponer de la vivienda familiar se preste aun antes de haberse establecido la ubicación del domicilio conyugal, otorgándolo con ocasión de unos capítulos prematrimoniales, la posibilidad de entenderlo, a veces, también implícito en apoderamientos más amplios y generales para realizar actos dispositivos sobre los bienes privativos del otro cónyuge o sobre los gananciales y, en general, se transige con cualquier prestación no coetánea al acto sino muy anterior al hecho mismo que desencadenaría la eventual anulabilidad del acto dispositivo, no se aprecian mayores inconvenientes a la exclusión del artículo 1320 mediante acuerdo entre los cónyuges, sin que quepa atacar la validez por esta misma razón.

En caso de conferir tal licencia en capítulos o también en una escritura separada, a modo de poder notarial, y llegar a disociar por completo el momento de realización del acto dispositivo con del otorgamiento de la autorización *ex* artículo 1320 CC, cuya manifestación puede haberse retrotraído incluso años y aun incluso antes de haberse celebrado el matrimonio, la misión de un hipotético control que la norma le encomienda al consorte del titular, en beneficio de toda la familia, se habrá desvanecido desde que se le permite transigir de antemano la enajenación del derecho sin conocer previamente las concretas circunstancias que rodean al acto

dispositivo y sin tener en consideración a otros que pudieran miembros de la familia que pudieran nacer más adelante.

Se hace muy difícil no ver cierta equiparación, al menos a efectos prácticos, entre prestar un consentimiento previo y general para disponer de la vivienda habitual, desvinculado de la perfección del negocio jurídico y a una renuncia previa: en ambos casos se deja en manos del cónyuge titular adoptar esta decisión; cualquier finalidad de control que pudiera haber ejercido su consorte se disipa por completo. Admitir, entonces, la renuncia cuando se concede ya esta posibilidad no sería muy diferente a dar mayor cobertura jurídica, y quizá mayores garantías merced a la intervención notarial, a una situación que de hecho ya venía aconteciendo en la actualidad.

IV. La actividad de los estudios notariales ha puesto de relieve, además, cómo va aflorando toda una amalgama de pactos en previsión de una futura crisis matrimonial, que permiten a los cónyuges componer sus intereses como les plazca y normar una situación futura en casi absoluta libertad, incluso, renunciando de forma anticipada a determinados derechos cuya exclusión antaño pudo haber sido muy discutible, pero hoy se entiende comprendida en la autonomía de la voluntad. Entre ellos, destacan no sólo la renuncia a la pensión compensatoria (art. 97 CC), sino también a la atribución del uso de la vivienda habitual (art. 96 CC) para después de haber sobrevenido la crisis matrimonial.

No se encuentran razones de peso para impedir que, en circunstancias semejantes, ese mismo margen dado a la autonomía privada, ese juego de concesiones recíprocas y renunciaciones mutuas, la más de las veces plasmado en la misma escritura de capítulos (art. 1327 CC), que es admitido con ocasión de una futura crisis, no pueda extenderse análogamente entre personas adultas y formadas, y quizá con mayor razón, cuando se proceda al establecimiento del gobierno de los asuntos domésticos desde su vertiente económica, es decir, para organizar con una mayor eficacia y equilibrio la familia también en las situaciones de normalidad matrimonial.

V. Afirmando, finalmente, que se puede configurar un régimen patrimonial propio, que se puede diseñar un régimen matrimonial, autónomo, único e irrepetible, al regir en España un sistema de libertad pura o convencional y, no obstante, impedir el juego de la autonomía de la voluntad, excluyendo la aplicación del artículo 1320 CC, no se corresponde a cabalidad con la proclamación, al mismo tiempo, del principio de libertad capitular como principio rector en esta materia (art. 1325 CC).

Desde el momento en que desaparece la proscripción general de remitirse en bloque a una legislación foral, más allá de limitarse

a la mera transcripción literal de alguno de sus preceptos, y un Derecho civil español, como el balear, no contempla, entre sus normas, previsión análoga al artículo 1320 CC, sin que quepa el recurso a su aplicación supletoria, para matrimonios sujetos a esta Ley, parece que el propio sistema arbitra suficientes mecanismos a fin de que los cónyuges que así lo deseen puedan excluir el asentimiento para la disposición de la vivienda familiar pactando el régimen de separación de bienes, de la susodicha Comunidad Autónoma, que cada vez goza de mayor predicamento y acogida entre los cónyuges sujetos al CC.

Resultaría, además, extremadamente complicado continuar calificando la previsión del artículo 1320 CC de límite de orden público, como ha sido común a la doctrina tradicional, máxime sabiendo que no puede existir esta clase de limitaciones dentro de un mismo Estado, merced a las reglas generales de Derecho interregional hoy vigentes en España. La omisión de esta exigencia es propiamente una supresión deseada y, acaso bien meditada, por el legislador, que teniendo oportunidad de reintroducir este límite, sin embargo, no ha querido hacerlo, como puso de relieve el TSJ de Baleares en 1998. Ello lleva a la consideración de que tampoco cabría la aplicación supletoria del Código civil a matrimonios regidos por el Derecho balear so pena de cometer una injerencia injustificada en el ámbito legislativo ajeno (art. 149.1.8.^a CE).

Quizá antes de enarbolar el estandarte de la comisión de un eventual fraude de Ley (art. 12.4 CC) e invocar que se emplea indebidamente la libertad capitular para soslayar la aplicación de una norma de carácter imperativo, como había venido entendiendo tradicionalmente el artículo 1320 CC, se debería reflexionar si, a la vista de las consideraciones aquí expuestas y los cambios experimentados por la sociedad española, dicho precepto no habría perdido ya una buena parte de su cariz *de ius cogens* y no se estaría, más bien, ante un mero ejercicio y puesta en práctica de la libertad individual, que entraña naturalmente su posible autolimitación por parte del propio sujeto, en vez de ante la perpetración de un ilícito civil.

Si el libre juego de la autonomía de la voluntad, mediante la remisión en bloque al Derecho balear, permite la exclusión del artículo 1320 CC, tal vez pudieran acortarse pasos intermedios y entender, directamente, que cabe dejar expuesto este precepto a la autonomía de la voluntad de los cónyuges para que lo dejen subsistente o pacten en contrario. Al objeto de mantener hoy viva la indisponibilidad del precepto, probablemente sería precisa una reafirmación del carácter imperativo de la norma por el propio CC, como ha

sucedido ya con otros Derechos como el catalán o el aragonés, en la que así se indicara expresamente o se advierta de que tal modo de proceder ya no es posible. En otro caso, existirían dudas más que razonables para impedir que la autonomía privada pudiera desplegar en este campo toda su virtualidad.

VI. Hoy por hoy creo que el único límite razonable que puede encontrar a la autonomía privada en una sociedad moderna, en la que la igualdad entre sexos es ya una realidad, sería garantizar una mínima protección a los terceros de buena fe que desconocen el contenido de los pactos conyugales y no han tenido forma alguna de averiguarlo, probablemente por deficiencias inherentes al propio sistema de publicidad registral. Así, en el plano de la tutela de los derechos adquiridos y de la inoponibilidad a los no intervinientes de lo recogido en las capitulaciones matrimoniales, es donde, muy particularmente, deberían incidir las normas de carácter imperativo, las únicas restricciones que cabría ver operar en obsequio a la seguridad del tráfico como último reducto del régimen matrimonial primario o estatuto de base (art. 1317 CC).

La posible renuncia al artículo 1320.1.º CC o su desplazamiento por voluntad de los cónyuges, se vea enmarcada dentro del instrumento capitular o recogida en una escritura pública separada distinta de las capitulaciones (art. 1327 CC), habría de ser perfectamente admisible como lo es cualquier otra declaración abdicativa siempre y cuando se respeten los límites generales (art. 6.2 CC). No se trataría más que de la manifestación particular, en un caso concreto y determinado –la vivienda familiar (art. 1320 CC)– de la exclusión voluntaria de la ley aplicable (art. 6.2 CC) y, en tal caso, habrían de operar idénticos límites: evitar que se irrogaran perjuicios a terceros (art. 1317 CC). Si el daño a tercero deriva de su colisión con un derecho adquirido posteriormente, su eficacia debería depender de que el Estado arbitrara un sistema de publicidad eficaz del contenido de las capitulaciones, del que España por desgracia hoy todavía carece; a tal fin sería muy recomendable la creación de un Registro *ad hoc*.

Entre cónyuges, como media entre cualesquiera otras partes contractuales, si la declaración de voluntad se ha formado correctamente y es emitida en libertad, aunque se trate de una renuncia a los propios derechos, se debería estar y pasar por lo manifestado, aunque resulte perjudicial al renunciante, y hacerse guardar como una *lex privata inter partes* (art. 1069 CC). Caso de que en la declaración de renuncia hayan mediado, sin embargo, circunstancias que puedan viciar la voluntad (art. 1265 CC), habría de quedar expedita la vía para acudir a los remedios generales y tutelar la

libertad del declarante a través de la acción de anulabilidad contractual recogida en los artículos 1300 y ss. CC, pudiendo subsistir el resto de los pactos cuya eficacia inmediata y directa no se hubiera supeditado al otorgamiento de la renuncia.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ABARCA JUNCO, Ana Paloma (Dir.), *Derecho internacional privado*. T. II, Colex-UNED, Madrid, 2003.
- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *Curso de Derecho civil*. IV. *Derecho de familia*, 8.ª ed., Bosch, Barcelona, 1997.
- ALGARRA PRATS, Esther. «Reflexiones sobre la protección de la vivienda familiar frente a terceros (Comentarios al hilo de la STC 106/2002, de 6 de mayo)», *Derecho privado y Constitución*, vol. 16, 2002, pp. 7 a 40.
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar. «La disposición de la vivienda familiar en el derecho español. Problemática que plantea», en *Perspectivas del derecho de familia en el siglo XXI: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia* (Coord. Carlos Lasarte Álvarez, Araceli Donado Vara, María Fernanda Moretón Sanz, Fátima Yáñez Vivero), 2004.
- ÁLVAREZ-SALA WALTHER, Juan José. «Aspectos imperativos de la nueva ordenación económica del matrimonio y márgenes a la libertad de estipulación capitular», *Revista de Derecho Notarial (RDN)*, 1981, n.º 2, pp. 7 a 56.
- AMORÓS GUARDIOLA, Manuel. «De las capitulaciones matrimoniales», en *VV.AA, Comentarios a las reformas de Derecho de familia*. Vol. II, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 1515 a 1569.
- AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina. «La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes», en *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia* (Coord. J. Rams Albesa), Dykinson, Madrid, 2010, pp. 117 a 272.
- ANGUITA VILLANUEVA, Luis A. «Acuerdos prematrimoniales: del modelo de los Estados Unidos de América a la realidad española», en *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia* (Coord. J. Rams Albesa), Dykinson, Madrid, 2010, pp. 273 a 330.
- ATIENZA NAVARRO, Luisa. «La vivienda habitual de la familia», en *El régimen económico matrimonial de la Comunidad valenciana* (Coord. M.ª Dolores Mas Badía), Tecnos, Madrid, 2010, pp. 131 a 186.
- ÁVILA ÁLVAREZ, Pedro. «El régimen económico matrimonial en la reforma del Código civil», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, vol. 587, nov-dic. 1981, pp. 1373 a 1405.
- «Inscripción de bienes de ausentes, de los cónyuges y de la sociedad conyugal», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, vol. 555, 1983, pp. 273 a 312.
- «La reforma de la reforma (comentarios al Real Decreto 2388/984 de 10 de octubre)», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, 1985, pp. 1073 a 1082.
- ÁVILA NAVARRO, Pedro. *Formularios notariales*, T. II. *Compraventa y donación*, Bosch, Barcelona, 2005.
- *Formularios notariales*, T. V. *Derecho de familia. Derecho sucesorio*, Bosch, Barcelona, 2005.

- BALLESTER COLOMER, Juan Enrique, «El protocolo familiar», en el *Nuevo Derecho de familia: modificaciones legislativas y tendencias doctrinales* (Dir. J. M.^a Navarro Viñuales), Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 193 a 206.
- BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, José Manuel y Rosa María. «Gestión de la comunidad», *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (Dir. M. Albaladejo), T. XXXIII, vol. 2.º, Edersa, Madrid, 1990, pp. 1 a 50.
- BARCELÓ DOMÉNECH, Javier. «Régimen económico del matrimonio: Disposiciones generales», en *El régimen económico del matrimonio. Comentarios al Código civil: especial consideración de la doctrina jurisprudencial*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 41 a 106.
- BARRIO GALLARDO, Aurelio. «Condicionamientos materiales del Derecho civil foral o especial», *Cuadernos «Lacruz Berdejo»*, 2005, n.º 2: <http://www.derecho-aragones.net/cuadernos/document.php?id=336>.
- BAYOD LÓPEZ, Carmen. *Sujetos de las capitulaciones matrimoniales*, Institución «Fernando el Católico», Zaragoza, 1995.
- «El artículo 149.3 CE: La supletoriedad del código civil como derecho estatal respecto de los derechos civiles autonómicos (en particular el Derecho civil aragonés)», *Revista de Derecho Civil Aragonés (RDCA)*, vol. V, 1999, n.º 2, pp. 75 a 125.
- BELDA SÁENZ, María del Carmen. «Notas para un estudio del artículo 1320 del Código civil español», *Revista de Derecho Privado (RDP)*, abr. 1985, pp. 331 a 348.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009.
- BLACKSTONE, Sir William. *Commentaries on the Laws of England*. Vol. I, Garland Pub., New York, 1978.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. «Del régimen económico matrimonial. De las capitulaciones matrimoniales», *Comentario del Código civil*. T. II. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 602 a 615.
- CALVO CARAVACA Y CARRASCOSA, González. *Derecho internacional privado*. T. II, Comares, Granada, 2009.
- CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel de la. «El nuevo artículo 1413 del Código civil», *Anuario de Derecho Civil (ADC)*, 1959, vol. XII, n.º 2, pp. 451 a 479.
- CAMPO GÜERRI, Miguel Ángel. «Resolución de 21 junio de 2004 (“BOE” de 8 de septiembre de 2004)», *La Notaría* (desde 1995), n.º 9/2004, septiembre 2004, pp. 150 a 154.
- CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, Buenaventura. «Protección legal de la vivienda familiar», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, vol. 588, oct. 1988, pp. 1583 a 1626.
- CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, José Ignacio. *El poder irrevocable*, Bosch, Barcelona, 1998.
- CÁRCABA FERNÁNDEZ, María. «La protección de la vivienda y el mobiliario familiar en el artículo 1320 del Código Civil», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, vol. 582, 1987, pp. 1431 a 1462.
- *Las capitulaciones matrimoniales*, Universidad de Oviedo, Servicio de Publicaciones, 1993.
- CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, Pedro. «Regímenes económico matrimoniales», *La Notaría*, vol. 42, 2007, pp. 71 a 148.
- CRISTÓBAL MONTES, Ángel. *La bendición-maldición del pensamiento*, Trotta, Madrid, 2009.

- CUESTA SÁENZ, José María de la. «La protección de la vivienda familiar en los Derechos francés y español. Estudio de Derecho Comparado», *Revista de Derecho Notarial (RDN)*, 1983, n.º 4, pp. 219 y ss.
- «Acerca del llamado régimen económico matrimonial primario», *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, T. I, Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, 2004, pp. 1151 a 1162.
- CUTILLAS TORNS, José María. *Las capitulaciones matrimoniales. Estudio de sus ineficacias y de sus acciones impugnatorias*, Revista General del Derecho, Valencia, 2000.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús. «Notas sobre la eficacia social de distintos tipos de normas civiles», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 29, 2006, pp. 195 a 218.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, y PARRA LUCÁN, María Ángeles. *Las nulidades de los contratos. En la teoría y en la práctica*, Dykinson, Madrid, 2005.
- DIAGO DIAGO, María Pilar. *Pactos o capitulaciones matrimoniales en Derecho internacional privado*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1999.
- «La protección de la vivienda familiar: un análisis de Derecho interregional», *Actualidad Civil (AC)*, nov. 1999, vol. 42, pp. 1343 a 1363.
- DÍEZ-PICAZO, Luis. «El negocio jurídico del Derecho de familia», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia (RGLJ)*, jun. 1962, pp. 769 a 792.
- «Capacidad de la mujer casada y economía conyugal», *Anuario de Derecho Civil (ADC)*, vol. 28, 1975, n.º 4, pp. 859 a 873.
- *Comentario a las Reformas del Derecho de Familia*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1984.
- *Familia y Derecho*, Civitas, Madrid, 1984.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho civil*. T. IV, 9.ª ed., Tecnos, Madrid, 2004.
- EGEA FERNÁNDEZ, Joan. «Pensión compensatoria y pactos en previsión de una ruptura matrimonial», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, T. III, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pp. 4551 a 4574.
- ELORRIAGA DE BONIS, Fabián. «La protección de la vivienda del matrimonio. Antecedentes y comentarios de la Ley 55 del Fuero Nuevo de Navarra», *Revista Jurídica de Navarra*, n.º 14, 1992, pp. 177 a 194.
- *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, Aranzadi, Pamplona, 1995.
- ESPIAU ESPIAU, Santiago. *La vivienda familiar en el Ordenamiento jurídico civil español*, Promociones y Publicaciones Universitaria, S.A. (PPU), Barcelona, 1992.
- ESPINAR VICENTE, José María. *Tratado elemental de Derecho internacional privado*, Universidad de Alcalá, Servicio de Publicaciones, Alcalá de Henares (Madrid), 2008.
- FERNÁNDEZ CABALEIRO, Eugenio. *El régimen económico-matrimonial legal en Europa*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1969.
- «Los regímenes económicos matrimoniales y la Comunidad Europea», en *Estudios de Derecho civil en honor al profesor Castán Tobeñas*, vol. 4, Eunsa, Pamplona, 1969, pp. 313 a 376.
- FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto. *Derecho internacional privado*, Civitas, Madrid, 2007.
- FERREL VANDREL, María Pilar. «La problemática de la aplicabilidad del artículo 1320 del Código civil a los ordenamientos civiles territoriales (a la luz de la sentencia de 3 de septiembre de 1998 del TSB)», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, vol. 665, 2001, pp. 1079 a 1136.

- FORCADA MIRANDA, FRANCISCO JAVIER *et al.* «La vivienda familiar en las situaciones de ruptura matrimonial», *Actas de los XIV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2005, pp. 5 a 77.
- GARCÍA CANTERO, GABRIEL. «El estatuto jurídico del alojamiento familiar en el Derecho español», *Anuario de Derecho Civil (ADC)*, n.º 4, 1978, pp. 709 a 728.
- «Notas sobre el régimen matrimonial primario», *Documentación Jurídica, Monográfico dedicado a la reforma del Derecho de familia de 1981*. Vol. 1.º, enero a diciembre de 1982, vol. I, pp. 299 a 312.
- Revisión de Castán Tobeñas, José. *Derecho civil español, común y foral*. T. V. *Derecho de familia*. Vol. 1.º *Relaciones conyugales*, 10.ª ed., Reus, Madrid, 1983.
- «Modelos de matrimonio y Derecho de familia en el siglo XXI», en *Homenaje Cuadrado Iglesias*, T. I, Civitas, Madrid, 2008, pp. 581 a 607.
- GARCÍA DE BLAS VALENTÍN-FERNÁNDEZ, MARÍA LUISA. «El matrimonio, realidad social e institución jurídica», en Delgado de Miguel, Juan Francisco (Coord.). *Instituciones de Derecho Privado*. T. IV. Familia. Vol. 1.º Civitas-Consejo General del Notariado, Madrid, 2001.
- «La vivienda familiar en situaciones de normalidad y de crisis», en Garrido Melero, Martín y Fugardo Estivill, Josep Maria. *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Bosch, Barcelona, 2005, pp. 195 a 266.
- GARCÍA GARCÍA, MARÍA ÁNGELES. «El deber de actuar en interés de la familia», *Revista de Derecho Privado (RDP)*, mar. 1984, pp. 243 a 277.
- GARCÍA GOYENA, FLORENCIO. *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, ed. al cuidado del Prof. Lacruz Berdejo, Cometa, Zaragoza, 1974.
- GARCÍA RUBIO, MARÍA PAZ. «Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código civil», *Anuario de Derecho Civil (ADC)*, 2003, n.º 4, pp. 1653 a 1673.
- «Acuerdos prematrimoniales. De nuevo sobre la libertad y sus límites en el Derecho de familia», *Nous reptes del Dret de família*, Documenta Universitaria, Girona, 2005, pp. 95 a 121.
- GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, JUAN. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. T. XXXVI. Vol. 1.º (Dir. Manuel Albaladejo), Edersa, Madrid, 1990.
- *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Coord. F. Sancho Rebullida). T. XXXVI, Vol 1.º *Leyes 42 a 81 de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra*, Edersa, Madrid, 2005.
- GARRIDO CERDÁ, EMILIO. «Derechos de un cónyuge sobre los bienes del otro», *Revista de Derecho Notarial (RDN)*, vol. 115, 1982, pp. 106 y ss.
- «Derechos de un cónyuge sobre los bienes del otro», *Anales de la Academia Matritense del Notariado (AAMN)*, T. XXV, 1982, pp. 143 a 176.
- «La vecindad civil y el régimen económico», *Anales de la Academia Matritense del Notariado (AAMN)*, T. XXIII, 1983, pp. 7 a 34.
- GARRIDO DE PALMA, VÍCTOR M. «Las capitulaciones matrimoniales y los regímenes económico-matrimoniales después de la reforma del Código civil de 2 de mayo de 1975», *Revista de Derecho Notarial (RDN)*, jul-dic. 1976, pp. 7 a 65.
- «Capitulaciones matrimoniales y régimen económico matrimonial», en Delgado de Miguel, Juan Francisco (Coord.). *Instituciones de Derecho Privado*.

- T. IV. Familia. Vol. 1.º Civitas-Consejo General del Notariado, Madrid, 2001, pp. 199 a 268.
- GARRIDO MELERO, Martín. «Aplicaciones del principio de libertad civil: la escritura pública como valor de libertad», *La Notaría*, 9-10, 2003, pp. 31 a 46.
- GIMÉNEZ DUART, Tomás. «La organización económica del matrimonio tras la reforma de 13 de mayo de 1981», *Revista de Derecho Notarial (RDN)*, vol. 113-114, jul-dic. 1981, pp. 73 a 122.
- «El artículo 1320 del Código civil ¿es aplicable en Cataluña?», *Revista Jurídica de Catalunya (RJC)*, vol. 81, 1982, n.º 1, pp. 193 a 210.
- GIMENO GÓMEZ-LA FUENTE, Luis. «Consideraciones sobre el artículo 91.1 RH y concordantes», en *Estudios en homenaje a Tirso Carretero*, Colegio de Registradores, 1985, pp. 803 y ss.
- GINEBRA MOLINS, M. Esperança. «La disposición de la vivienda familiar y de los muebles de uso ordinario en Derecho catalán», en *Los regímenes económico matrimoniales en los Derechos civiles forales o especiales*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 349 a 364.
- GOMÁ SALCEDO, Enrique. *Derecho notarial*, Dykinson, Madrid, 1992.
- GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, Rafael. «Consideraciones sobre las capitulaciones matrimoniales y las modificaciones del régimen económico del matrimonio en el Código civil», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, vol. 526, jun. 1978, pp. 493 a 516.
- GÓMEZ LAPLAZA, Carmen y DÍAZ GARCÍA, Helena. *Leyes Hipotecarias*, 8.ª ed., Aranzadi, El Cano (Navarra), 2003.
- GONZÁLEZ BOU, Emilio. «La protección de la vivienda familiar en los Ordenamientos jurídicos españoles», en *El nuevo Derecho de familia: modificaciones legislativas y tendencias doctrinales* (Dir. J. M. Navarro Viñuales), Civitas, Madrid, 2006, pp. 157 a 192.
- GORDILLO CAÑAS, Antonio. «La protección de los terceros de buena fe en la reciente reforma del Derecho de Familia», *Anuario de Derecho Civil (ADC)*, 1982, pp. 1132 a 1340.
- HERRERO GARCÍA, María José. «Del régimen económico matrimonial. Disposiciones Generales», *Comentario del Código civil*. T. II. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 571 a 602.
- IGLESIA PRADOS, Eduardo de la. «La publicidad del régimen económico matrimonial pactado en capitulaciones matrimoniales», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, vol. 689, may-jun. 2005, pp. 809 a 832.
- JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción. «Vivienda familiar y concurso de acreedores», *Familia y concurso de acreedores* (Coord. M. Cuenca Casas), Civitas, Cizur Menor (Navarra), pp. 259 a 317.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis. «La reforma del régimen económico del matrimonio», *Anuario de Derecho Civil (ADC)*, T. XXXII-2, 1979, pp. 343 a 369.
- *El matrimonio y su economía*, Bosch, Barcelona, 1963.
- «Los regímenes económicos del matrimonio y la publicidad registral», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, vol. 424-425, sep-oct. 1963, pp. 593 a 608.
- «La economía del matrimonio», en *El nuevo régimen de la familia*. T. II. *Filiación, patria potestad, economía del matrimonio y herencia familiar*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1981, pp. 121 a 184.
- «Capitulaciones matrimoniales y estipulación capitular», en *Estudios de Derecho Privado común y foral*. T. II. *Familia*, Reus, Madrid, 1962, pp. 3 a 56.
- *Elementos de Derecho civil*. IV. *Derecho de Familia*, Bosch, Barcelona, 1984.

- LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. *Derecho de familia*. T. I, Bosch, Barcelona, 1974.
- *Derecho de familia, conforme a las leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981. Fascículo segundo. Edición experimental*, Bosch, Barcelona, 1982.
- LACRUZ MANTECÓN, Miguel Luis. «El régimen de separación de bienes», *Actas de los XIII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2004, pp. 144 a 152.
- LAMARCA, Albert; Farnós, Esther; Azagra, Albert y Artigot, Mireia. «Separación de bienes y autonomía privada familiar en Cataluña: ¿Un modelo pacífico sujeto a cambio?» *InDret*, 2003, n.º 4: http://www.indret.com/pdf/dc07_es.pdf.
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos. *Curso de Derecho patrimonial*, 15.ª ed., Tecnos, Madrid, 2009.
- LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio. «Disposiciones generales», en *Manual de Derecho matrimonial aragonés* (Coord. J. L. Merino Hernández), Los Fueros, Zaragoza, 2007, pp. 19 a 51.
- LETE DEL RÍO, José Manuel. «La disposición de la vivienda habitual por el cónyuge titular», *Actualidad Civil (AC)*, 2003, n.º 4, pp. 1055 a 1072.
- LETE DEL RÍO, José Manuel, y ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio. «Notas sobre la mutabilidad del régimen económico del matrimonio en el derecho común», *Revista de Derecho Privado (RDP)*, 1977, pp. 163 a 195.
- LLOPIS GINER, Juan Manuel. «Un régimen económico para cada matrimonio: el ejercicio de la libertad», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, T. III, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pp. 4727 a 4746.
- LUCINI CASALES, Ángel. «La vivienda familiar en el régimen del Código civil reformado», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, 1990, vol. 596, pp. 87 a 119.
- MANRESA Y NAVARRO, José María. *Comentarios al Código civil español*. T. I. *Artículos 1 a 312*, Reus, Madrid, 1987.
- MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, María Teresa. *Los acuerdos de los cónyuges en la pensión por separación y divorcio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- MÁRQUEZ MUÑOZ, «Resumen de algunas normas del Código civil», *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, vol. 180, junio 1982.
- MARTÍNEZ CALDERADA, Luis. *El nuevo Derecho de familia*, T. I., 2.ª ed., Madrid, 1981.
- MARTÍNEZ CORTÉS, Jesús. «El régimen de separación de bienes», *Instituciones de Derecho Privado*. T. IV. *Familia*. Vol. 2.º, Civitas, Madrid, 2002.
- «El régimen económico matrimonial de separación de bienes», *Actas de los XIII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2004, pp. 89 a 143.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos. *Diagnóstico sobre el Derecho de familia*, Instituto de Ciencias para la Familia, Universidad de Navarra, Rialph, SA, Madrid, 1996.
- *Curso de Derecho civil*. IV. *Derecho de familia*, Colex, Madrid, 2007.
- MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ, Luis. «Del régimen económico matrimonial. Arts. 1315 a 1444», *Comentario del Código civil* (Coord. I. Sierra Gil de la Cuesta), T. 7, Bosch, Barcelona, 2000.
- MOLINER NAVARRO, Rosa. «Comentario a la Ley 10/2007, de régimen económico matrimonial valenciano», en *Los regímenes económico matrimoniales en los Derecho civiles forales o especiales*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 873 a 922.

- MORALEJO IMBERNÓN, Nieves. «La vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial», *Revista Xuridica Galega*, vol. 33, 2001, pp. 91 a 119.
- MORENO-TORRES HERRERA, M.^a Luisa. «Contenido y concepto de las capitulaciones matrimoniales», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, vol. 634, 1996, pp. 849 a 942.
- MOREU BALLONGA, José Luis. «Comentario artículo 25», en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*. T. I. (Coord. J. L. Lacruz Berdejo), DGA, Zaragoza, 1988.
- MOZOS Y DE LOS MOZOS, José Luis de los. *La reforma del Derecho de familia, en España, hoy*, Universidad de Valladolid, 1981.
- «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales (Dir. M. Albaladejo). T. XVIII. Vol. 1. Artículos 1315 a 1391, 1.^a ed., Edersa, Madrid, 1978.
- «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales (Dir. M. Albaladejo). T. XVIII. Vol. 1. Artículos 1315 a 1343, 2.^a ed., Edersa, Madrid, 1982.
- MUÑIZ ESPADA, Esther. «El valor y eficacia del régimen económico matrimonial primario», *Revista Jurídica del Notariado (RJN)*, vol. 44, 2002, pp. 187 a 216.
- MUÑOZ DE DIOS, Mariano. «La vivienda familiar y el mobiliario en el artículo 1320 del Código Civil», *Anales de la Academia Matritense del Notariado (AAMN)*, T. XXVII, 1987, pp. 217 a 242.
- MURCIA QUINTANA, Emilio. *Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar: (artículo 1.320 del CC)*, Civitas, Madrid, 2002.
- NAGORE YÁRNOZ, Javier. «Doctrina actual sobre las capitulaciones matrimoniales en Derecho común y foral», en *Estudios de Derecho Civil en honor al profesor Castán Tobeñas*, vol. 4, Eunsa, Pamplona, 1969, pp. 505 a 550.
- NAVARRO VIÑUALES, José María. «La tendencia desjudicializadora en el nuevo Derecho de familia», en en el *Nuevo Derecho de familia: modificaciones legislativas y tendencias doctrinales* (Dir. J. M.^a Navarro Viñuales), Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 253 a 292.
- O'CALLAGHAN, Xavier. *Compendio de Derecho civil*. T. IV, *Derecho de Familia*, 6.^a ed., Edersa, Madrid, 2006.
- PARRA LUCÁN, M.^a Ángeles. «Reflexiones sobre algunas tendencias en instituciones y relaciones del Derecho de la persona y de la familia», *Anales de la Facultad de Derecho*, vol. 19, 2002, pp. 139 a 158.
- «Concurso de acreedores y consorcio conyugal», *XIX Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, pp. 105 a 188.
- PASQUAU LIAÑO, Miguel. *Jurisprudencia civil comentada. Código civil* (Dir. M.), 2.^a ed., T. III. *Artículos 1315 a 1976*, Comares, Granada, 2009.
- PAZ ARES, Ignacio. «Previsiones capitulares», en *Recientes modificaciones legislativas para abogados de familia: modificaciones fiscales, el síndrome de alienación parental y previsiones capitulares* (Asociación Española de Abogados de Familia), Dykinson, Madrid, 2008, pp. 99 a 145.
- PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier. *Tratado de Derecho de familia*. T. II. *Pactos prematrimoniales. Capitulaciones matrimoniales. Convenio regulador. Procedimiento consensual*, Lex Nova, Valladolid, 2009.
- *Tratado de Derecho de familia*. T. V. Vol. 1.^o *Regímenes económicos matrimoniales. Constitución, funcionamiento, disolución y liquidación*, Lex Nova, Valladolid, 2009.
- PÉREZ SANZ, Antonio. «Límites a la autonomía de la voluntad en las capitulaciones matrimoniales», *Anales de la Academia Matritense del Notariado (AAMN)*, T. XXVI, 1985, pp. 7 a 34.

- PLANIOL, RIPERT & BOULANGER. *Traité élémentaire de droit civil*, T. III, Librairie General de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1951.
- PUENTE DE ALFARO, Fernando de la. «La protección de la vivienda familiar durante el matrimonio y tras su disolución», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, n.º 698, 2006, pp. 2359 a 2380.
- PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho civil*. T. IV. *Familia. Matrimonio. Divorcio...*, Bosch, Barcelona, 1985.
- QUÍLEZ ESTREMEIRA, Martín Antonio. «La libertad capitular y los artículos 1.328, 1.320 y otros del Código Civil», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, vol. 549, abr. 1982, pp. 361 a 427.
- RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe. *Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho civil: familia*, Dykinson, Madrid, 2001.
- RAMS ALBESA, Joaquín. *La sociedad de gananciales*, Tecnos, Madrid, 1992.
- «Gestión de la comunidad», en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón* (Dir. J. L. Lacruz Berdejo y J. Delgado Echeverría), vol. 2.º, DGA, Zaragoza, 1993, pp. 222 a 276.
- *Elementos de Derecho civil*. T. V. *Sucesiones*, 4.ª ed., Dykinson, Madrid, 2010.
- RAMS ALBESA, J., y MORENO MARTÍNEZ J.A. (Coords.), *El régimen económico del matrimonio: (Comentarios al Código Civil: especial consideración de la doctrina jurisprudencial)*, Dykinson, Madrid, 2005.
- ROCA I TRÍAS, M.ª Encarnación. «Familia, familias y derecho de la familia», *Anuario de Derecho Civil (ADC)*, 1990, n.º 4, pp. 1055 a 1092.
- «Autonomía, crisis matrimonial y contratos con ocasión de la crisis», *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 2107 a 2140.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, Félix. «Notas sobre la vivienda habitual de la familia (en turno de rectificación)», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, vol. 553, 1993, pp. 1599 a 1626.
- ROJAS MONTES, Luis. «Efectos frente a terceros de la modificación de capitulaciones», *Anales de la Academia Matritense del Notariado (AAMN)*, T. XVI, 1985, pp. 295 a 332.
- SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, Alfredo. «El régimen jurídico de la vivienda familiar en Aragón», *Actas de los IV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1995, pp. 47 a 81.
- SERRANO DE NICOLÁS, Ángel. «Las nuevas orientaciones del Derecho civil y su referente al Notariado», *La Notaría*, vol. 11-12, 2004, pp. 27 a 49.
- SERRANO GÓMEZ, Eduardo. «Los protocolos familiares», en *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia* (Coord. J. Rams Albesa), Dykinson, Madrid, 2010, pp. 331 a 416.
- SIMÓ SANTONJA, Vicente. *Compendio de regímenes matrimoniales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- TAMAYO CARMONA, Juan Antonio. *Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición*, Ed. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2003.
- VALVERDE Y VALVERDE, Calixto. *Tratado de Derecho civil español*, T. IV. *Parte especial de Derecho de familia*, 4.ª ed., Talleres Tipográficos Cuesta, Valladolid, 1938.
- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos. *Régimen económico del matrimonio (Ley 11/1981, de 13 de mayo)*, Edersa, Madrid, 1982.