

C. DISPOSICIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR

C.1 Disposición de la vivienda familiar vigente el matrimonio *

Ignacio Fernández Chacón
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Oviedo
ichacon@uniovi.es

Resumen: Los artículos 1320 y 96.3 CC restringen el poder de disposición sobre la vivienda familiar de los cónyuges, no solo vigente el matrimonio sino también tras la crisis matrimonial cuando el derecho de uso sobre dicha vivienda ha sido atribuido a uno de ellos. La similitud que presenta la redacción de ambos preceptos –acrescentada tras la reforma operada en el artículo 96 CC por la Ley 8/2021 de derechos de las personas con discapacidad– sugiere a primera vista la existencia de una identidad de razón entre ellos que, sin embargo, se compadece mal con las diferentes implicaciones prácticas que los actos dispositivos sobre la vivienda familiar tienen vigente el matrimonio y tras la crisis matrimonial, en particular visto el dispar status, constancia registral y oponibilidad a terceros que la naturaleza familiar de la vivienda presenta en uno y otro caso.

* El trabajo se enmarca en las actividades realizadas como miembro del Instituto de Derecho Europeo e integración regional (IDEIR) de la Universidad Complutense y en el Proyecto de investigación I+D «La protección jurídica de la vivienda habitual. Un enfoque global y multidisciplinar», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (PID 2021-124953NB-I00).



Palabras clave: vivienda familiar, actos dispositivos, derecho de uso, opobilidad a terceros.

Abstract: Articles 1320 and 96.3 Civil Code limit the spouses' power of disposal over the family home, not only during the marriage but also after the marital crisis when the right of use of said home has been attributed to one of them. The similarity in the wording of both articles –increased after the reform of artículo 96 by Law 8/2021 on the rights of persons with disabilities– suggests at first sight the existence of an identity of reason between them, which, however, does not correspond with the different implications that disposal acts over the family home have during the marriage and after the marital crisis, in particular given the different status, access to the land register and enforceability against third parties that the family nature of the home presents in each case.

Keywords: family home, disposal acts, right of use, enforceability against third parties.

Sumario: 1. La restricción del poder de disposición sobre la vivienda familiar. 2. Disposición de la vivienda familiar vigente el matrimonio. 2.1 Actos dispositivos subsu- mibles en el artículo 1320 CC. 2.2 Sanción aplicable a los actos dispositivos realizados unilateralmente. 2.3 Protección del adquirente de buena fe. 2.4 Legitimación y plazo de ejercicio de la acción de anulabilidad. Bibliografía.

1. LA RESTRICCIÓN DEL PODER DE DISPOSICIÓN SOBRE LA VIVIENDA FAMILIAR

El Código Civil restringe en sus artículos 96 y 1320 la posibilidad de disposición de la vivienda familiar de manera unilateral, tanto durante la vigencia del matrimonio como tras su crisis o extinción, si bien en este segundo supuesto tal limitación dispositiva se circunscribe a los casos en los que media la correspondiente atribución del derecho de uso, en la medida en que tras la separación o divorcio es dicho uso el que cimenta el mantenimiento de la naturaleza familiar de la vivienda.

No cabe duda que la razón de ser que subyace a los artículos 96 y 1320 CC entraña con la especial trascendencia que la vivienda desempeña en la dinámica familiar (como eje vertebrador de las relaciones de los cónyuges y sus descendientes), lo que aconseja dotarla de reglas encaminadas a proveerla de un especial régimen de protección que la «blinde» frente a



C.1 DISPOSICIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR VIGENTE EL MATRIMONIO

posibles mutaciones jurídicas no consentidas por ambos cónyuges susceptibles de comprometer, sin el necesario consenso previo, la solución habitacional de la unidad familiar⁽¹⁾. Planteamiento éste que explica, asimismo, las garantías que a este respecto prevé en materia de subrogación *ex lege* el artículo 15 de la Ley de arrendamientos urbanos para los casos de nulidad, separación y divorcio⁽²⁾. Protección ésta que, sin embargo, no resulta en principio aplicable en el ámbito del Derecho común a las parejas de hecho⁽³⁾, al menos en lo que respecta al artículo 1320 CC⁽⁴⁾, no así con el artículo 96.3 CC, vista la posible atribución tras la crisis del derecho de uso cuando existen hijos a cargo de la pareja⁽⁵⁾ [STS, entre otras, de 1 de abril de 2011 (RJ 2011\3139)⁽⁶⁾ y de 17 de octubre de 2017 (RJ 2017\4528)⁽⁷⁾] y a salvo las previsiones específicas contempladas, nuevamente, en materia de arrendamientos urbanos⁽⁸⁾.

No obstante, pese al común denominador en cuanto a su finalidad de protección de la morada familiar, el funcionamiento e implicaciones asociadas a la aplicación de las reglas de los artículos 96 y 1320 CC no resultan coincidentes, por más que el tenor literal de ambos preceptos resulte

(1) *Cfr.* CUENA CASAS, M., 2011, pp. 296-297. A propósito de la inexistencia de antecedentes legislativos en el Derecho español de la restricción dispositiva de los artículos 1320 y 96 CC y su materialización en la reforma de 1981 a resultas de las recomendaciones europeas. *vid.* los razonamientos efectuados en la STSJ de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.^a) de 26 de septiembre de 2013 (RJ 2013\8306, FJ 4.^a).

(2) *Vid.* por todos a este respecto CARRASCO PERERA, A. F., 2020, pp. 551 ss.

(3) Nótese que en el ámbito del Derecho Foral las restricciones dispositivas sobre la vivienda familiar previstas en los artículos 96.3 y 1320 CC sí que se han extendido a las parejas de hecho, caso particularmente del Derecho catalán (Arts. 231-9 y 234-3.2 CCCat –durante su vigencia– y 234-8.4 y 233-25 CCCat). En el caso del Derecho vasco la aplicabilidad de tales restricciones resulta más discutible. Para un análisis más en detalle del régimen dispositivo de la vivienda familiar en las parejas de hecho *vid.* FERNÁNDEZ CHACÓN, I., 2023, pp. 249 ss.

(4) En contra de la posibilidad de aplicación del referido artículo 1320 CC a las parejas de hecho *vid.*, asimismo, GAGO SIMARRO, C., 2018, pp. 129-131 (con abundantes referencias bibliográficas en el mismo sentido, en particular en la nota 5).

(5) *Cfr.* LEGERÉN MOLINA, A., 2018, pp. 830-837.

(6) En puridad, la admisión por el Tribunal Supremo de la aplicación «analógica» del artículo 96 CC a las parejas de hecho se remonta a la STS de 16 de diciembre de 1996 (RJ 1996\9020), en la que se confirió tras la ruptura a la expareja no titular de la vivienda y a sus tres hijos un derecho de uso sobre ella [respecto al razonamiento efectuado en dicha Sentencia por el Tribunal Supremo para reconocer la aplicación «analógica» del artículo 96 *vid.* el comentario en sentido crítico efectuado en su momento por GARCÍA RUBIO, M.^a P., *CCJC*, pp. 411-413]. Sin embargo, dicho planteamiento sería posteriormente matizado por la STS de 27 de marzo de 2008 (RJ 2008\4062), negando la posible aplicación analógica del artículo 96 CC para dirimir la confrontación de derechos sucesorios sobre la vivienda de la pareja entre el conviviente supérstite y los herederos del fallecido.

(7) Para un comentario de dicha Sentencia *vid.* FERRER RIBA, J., *CCJC*, pp. 51 ss.

(8) *Vid.* artículos 12.4, 16.1.b), 24.1 y Disposición Transitoria Segunda (B.7) de la Ley de arrendamientos urbanos. A propósito del régimen jurídico aplicable a las parejas de hecho en materia arrendaticia *vid.*, entre otros, LEGERÉN MOLINA, A., 2018, pp. 818-823 (sobre la atribución del derecho de uso en los supuestos en los que la vivienda familiar está arrendada); y, más recientemente, con una proyección más general GALLEGUERO DOMÍNGUEZ, I., *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, pp. 284 ss.



en buena medida idéntico, particularmente tras la reforma operada en el artículo 96 por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, fruto de la cual se confirma –aunque de una forma técnicamente discutible como se verá– la posibilidad previamente reconocida por la jurisprudencia de acceso al Registro de la Propiedad de la restricción dispositiva sobre la vivienda familiar sobre la que recae el derecho de uso.

Dicha coincidencia en cuanto a la formulación por el legislador de las reglas previstas en los referidos artículos 96 y 1320 CC ha conducido a un notable solapamiento y confusión tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial respecto al ámbito de aplicación (actos dispositivos comprendidos) y efectos asociados a su transgresión (sanción aparejada a la falta de consentimiento conjunto y oponibilidad a terceros de ésta), que no se da sin embargo –dicho de sea de paso– en sus homólogas reglas de Derecho Foral (caso, por ejemplo y particularmente, del Derecho catalán).

2. DISPOSICIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR VIGENTE EL MATRIMONIO

El artículo 1320 CC exige para la realización de actos dispositivos sobre la vivienda habitual el consentimiento de ambos cónyuges o, en su defecto, autorización judicial, aun cuando dicha vivienda pertenezca a uno solo de ellos. Dicha regla implica pues una limitación del poder de disposición de los cónyuges sobre la vivienda familiar vigente el matrimonio, cuya transgresión vicia la validez del acto dispositivo realizado (Art. 1322 CC).

Como destaca la STS de 8 de octubre de 2010 (RJ 2010\7445), el consentimiento del cónyuge no titular de la vivienda familiar como limitación al poder de disposición del otro cónyuge «constituye una medida de control, que se presenta como *declaración de voluntad de conformidad con el negocio jurídico ajeno* –es decir, concluido por otro– *por la que un cónyuge tolera o concede su aprobación a un acto en el que no es parte*, siendo requisito de validez del acto de disposición, ya que su ausencia determina la anulabilidad del negocio jurídico en cuestión» (FJ 5.^º). Consentimiento que podrá ser expreso, tácito o *presunto*, así como anterior, simultáneo o posterior al acto dispositivo realizado –



C.1 DISPOSICIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR VIGENTE EL MATRIMONIO

como reiteradamente ha tenido ocasión de destacar la jurisprudencia⁽⁹⁾—y que a efectos registrales se cataloga como «... un simple asentimiento que se presenta como una declaración de voluntad de conformidad con el negocio jurídico ajeno» concluido por el otro cónyuge⁽¹⁰⁾. De ahí que en el caso enjuiciado por dicha STS de 8 de octubre de 2010 se estimase la validez del préstamo hipotecario concertado por el marido sobre la vivienda familiar, dado que la esposa había consentido la constitución de la correspondiente hipoteca⁽¹¹⁾.

Pese a su tenor literal, la especificidad de la restricción dispositiva sobre la vivienda familiar del artículo 1320 CC se proyecta básicamente en los casos en los que ésta pertenece en exclusiva a uno solo de los cónyuges (caso paradigmático para el que la regla está prevista), habida cuenta de que si la vivienda tiene naturaleza ganancial o pertenece a los cónyuges en régimen de proindiviso la necesidad de consentimiento conjunto para su disposición se infiere igualmente de las reglas generales de los artículos 1377 y 399 CC⁽¹²⁾, respectivamente⁽¹³⁾, motivo por el cual el artículo 1320 CC se enmarca dentro de las reglas relativas al régimen

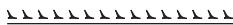
(9) *Vid.* en este sentido las SSTS, entre otras muchas, de 25 de mayo de 1983 (RJ 1983\2878), 2 de julio de 1985 (RJ 1985\3638), 7 de junio de 1990 (RJ 1990\4741), 5 de julio de 1994 (RJ 1994\6430), 29 de septiembre de 2006 (RJ 2006\6514), 15 de enero de 2008 (RJ 2008\338) y 5 de junio de 2008 (RJ 2008\3202). Sobre las distintas modalidades de consentimiento del cónyuge al acto dispositivo realizado sin su expresa participación *vid.*, entre otros, SANCIÉNENA ASURMENDI, C., 2009, p. 125; y RAGEL SÁNCHEZ, L. F., 2011, pp. 884-888. En particular, por lo que respecta al consentimiento anterior a la realización del acto dispositivo conviene destacar, asimismo, la admisión de la posibilidad de que tal consentimiento derive de un poder general otorgado por uno de los cónyuges a favor del otro por medio del cual se autoriza la disposición de bienes, tal y como se estimó en la RDGRN de 11 de septiembre de 2000 (RJ 2000\10218) y en la STS de 8 de junio de 1993 (RJ 1993\4466, FJ 4.º) si bien *obiter dictum*, posibilidad ésta que, sin embargo, expresamente se excluye en el artículo 231-9.1 CCCat, a cuyo tenor el consentimiento del cónyuge no titular para la disposición de la vivienda familiar «... no puede excluirse por pacto ni otorgar con carácter general».

(10) *Cfr.* RDGRN de 5 de enero de 2011 (RJ 2011\3432, FJ 4.º).

(11) Para un comentario sobre la referida sentencia en sentido favorable al fallo del Tribunal, pero destacando al mismo como a resultas del esquema del artículo 1320 CC el cónyuge no prestatario tiene que afrontar la pérdida de la vivienda, *vid.* MARÍN VELARDE, A., *RdPat*, pp. 363-369.

(12) *Cfr.* CUENA CASAS, M., 2011, p. 297. No obstante, ha de tenerse presente que aun cuando del tenor literal de dicho artículo 399 CC se infiere la posibilidad de cada comunero de enajenar o realizar actos dispositivos sobre su cuota, cuando se trata de la vivienda familiar tal posibilidad por parte de uno de los cónyuges resulta vetada *ex* artículo 1320 CC [*Cfr.* RDGRN de 11 de septiembre de 2000 (RJ 2000\10218)], en la medida en que el uso de la vivienda podría verse comprometido a futuro mediante el ejercicio por el tercero adquirente de tal cuota de la acción de división de la cosa común.

(13) Nótese que si de acuerdo con las reglas previstas en los artículos 1346 y siguientes del Código Civil la vivienda familiar revista naturaleza ganancial, la necesidad de consentimiento conjunto para la realización de actos dispositivos sobre ella prevista en el artículo 1320 CC se superpone con la regla general del artículo 1.377 CC, que requiere el consentimiento de ambos cónyuges para disponer a título oneroso de cualesquier bienes gananciales (incluida la vivienda familiar).



económico-matrimonial primario, garantizando con ello su aplicación a todos los esquemas jurídico-reales posibles⁽¹⁴⁾.

La virtualidad práctica del consentimiento del otro cónyuge vigente el matrimonio respecto a los actos dispositivos que puedan entrañar la posterior pérdida de la vivienda familiar es llevada por el Tribunal Supremo hasta sus últimas consecuencias, como se aprecia, en particular, en la STS de 22 de noviembre de 2010 (RJ 2011\936). En el caso de autos la vivienda pertenecía en copropiedad a los cónyuges en el momento de la sentencia de divorcio que atribuyó el uso de la vivienda a la esposa; con posterioridad, el inmueble salió a pública subasta, y fue adquirido por el padre del marido. La esposa planteaba la obligación de la viuda del adquirente –su exsuegra– de respetar su derecho de uso sobre la vivienda familiar, planteamiento que el Tribunal Supremo no acoge puesto que –aunque no alude expresamente a ello en su fundamentación– la ejecución de la vivienda tenía su origen en el impago de una deuda ganancial contraída de común acuerdo por ambos cónyuges, con la consiguiente aceptación por la esposa al contraer la deuda de la posibilidad de pérdida a futuro de la vivienda por impago.

Lógicamente, si el acto dispositivo realizado por el cónyuge titular de la vivienda es anterior a la celebración del matrimonio los artículos 1320 y 1322 CC no serán aplicables, pues en ese momento el inmueble no constituía la vivienda familiar. De esta forma el adjudicatario de la vivienda familiar fruto de una ejecución hipotecaria que se produce constante el matrimonio y deriva del incumplimiento de un préstamo concertado por el cónyuge titular en estado de soltero estará protegido en su derecho, tal y como se concluyó en la STS de 6 de marzo de 2015 (RJ 2015\1104). Aunque la referida sentencia no lo precisa, con mayor motivo el artículo 96.3 CC no resultará tampoco aplicable en tal caso, pues la atribución judicial o en convenio regulador del derecho de uso –presupuesto de la limitación al poder de disposición del cónyuge titular prevista en dicho precepto– encuentra su fundamento en la protección de la vivienda familiar, por lo que si el acto del que dimana la adquisición del inmueble por un tercero (ejecución hipotecaria) es anterior al matrimonio no puede oponerse el derecho de uso sobre una vivienda que, en dicho momento, no constituía la vivienda familiar. Así pues, resulta obvio que la solución

(14) La inclusión de la limitación dispositiva del artículo 1320 CC dentro de las reglas del régimen primario hace que ésta resulte aplicable con independencia del régimen económico aplicable (gananciales, participación en las ganancias o separación de bienes), despejando cualquier duda relativa a su aplicación a los supuestos en los que la vivienda pertenece en exclusiva a uno de los cónyuges, no subsumibles dentro de las reglas aplicables a la comunidad de bienes (art. 399 CC) ni a la disposición de bienes gananciales (art. 1377 CC), a resultas de las cuales la imposibilidad de disposición unilateral por uno de los cónyuges ya se encontraría *per se* suficientemente garantizada en términos prácticos, sin necesidad de contar con una regla *ad hoc* como la del artículo 1320 CC.



C.1 DISPOSICIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR VIGENTE EL MATRIMONIO

alcanzada por el Tribunal Supremo en este caso no es más que pura aplicación del principio de prioridad registral del derecho de hipoteca frente al derecho de uso de la vivienda familiar⁽¹⁵⁾.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que, en principio, la mera separación de hecho de los cónyuges no basta a efectos de excluir la aplicación de la limitación dispositiva prevista en el artículo 1320 CC, tal y como ha tenido ocasión de precisar tanto la Dirección General de los Registros y del Notariado⁽¹⁶⁾ como la jurisprudencia menor⁽¹⁷⁾, pero sí –en principio y como se verá– cuando media separación legal o judicial, en cuyo caso la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges implicará la entrada en juego del artículo 96.3 CC, con las implicaciones que a continuación se detallan en el siguiente capítulo.

2.1 Actos dispositivos subsumibles en el artículo 1320 CC

Constante el matrimonio la jurisprudencia incluye dentro de los actos dispositivos para los que el cónyuge titular de la vivienda familiar debe contar con el consentimiento de su consorte aquéllos que implican «... la eliminación directa del bien del patrimonio de su propietario, así como aquellos negocios jurídicos, como la hipoteca, que llevan consigo posibilidades de que el bien en cuestión desaparezca de dicho patrimonio, por la ejecución en caso de impago de la deuda garantizada con el derecho real» [STS de 8 de octubre de 2010 (RJ 2010\7445)]⁽¹⁸⁾. A tenor de dicho planteamiento, especialmente clarificadora y prolífica en su razonamiento al respecto resulta la RDGRN de 13 de junio de 2018⁽¹⁹⁾, según la cual:

«Los artículos 1320 CC y 91 RH utilizan una fórmula general descriptiva, basada en un verbo (“disponer”), que no completa con la enumeración ejemplificativa de actos incluidos en la exigencia del doble consentimiento. Por el contrario, el Código civil catalán es mucho más explícito: el titular, sin el consentimiento del otro cónyuge, no puede hacer *acto alguno de enajenación, gravamen o, en general, disposición de su derecho sobre la vivienda familiar o sobre los muebles de uso ordinario*

(15) *Cfr.* RDGRN de 8 de marzo de 2018 (RJ 2018\1336, FJ 3.^º *in fine*).

(16) *Cfr.* RDGRN de 17 de mayo de 2005 (RJ 2005\5540).

(17) *Cfr.* SAP de Madrid (Sección 14.^a) de 13 de noviembre de 2013 (JUR 2014\3821, FJ 4.^º) y SAP de Málaga (Sección 6.^a) de 29 de enero de 2015 (JUR 2015\210537, FJ 6.^º).

(18) En el mismo sentido se pronunciaba ya con anterioridad la STS de 31 de diciembre de 1994 (RJ 1994\10330, FJ 2.^º), y posteriormente la STS de 6 de marzo de 2015 (RJ 2015\1104).

(19) En el caso objeto del recurso analizado en dicha RDGRN de 13 junio de 2018 se trataba –tal y como la propia Dirección precisaba al inicio de su fundamentación jurídica– de «... determinar si la constitución de una servidumbre de paso sobre la azotea de un inmueble, propiedad del marido, en el que radica la vivienda habitual de los cónyuges, exige el consentimiento de la esposa» (FJ 1.^º).



que comprometa su uso (art. 231.1-9). El Código de Derecho Foral aragonés, por su parte, se refiere a “actos de disposición voluntaria de los derechos que a uno de los cónyuges correspondan sobre la vivienda habitual de la familia o el mobiliario ordinario de la misma”, expresión que completa con la referencia a aquellos otros actos que tengan como consecuencia *sustraerlos al uso común* (art. 190.1). La expresión legal del Código Civil es deliberadamente amplia. Por eso es indiferente que el acto dispositivo tenga naturaleza real o personal. El Código no solo exige el consentimiento de ambos cónyuges o, en su caso, la autorización judicial para realizar un acto de disposición sobre la vivienda habitual, sino también para realizar un acto de disposición de los derechos sobre esa vivienda. De este modo, si la vivienda familiar es propiedad de uno de los cónyuges, él solo no podrá disponer de ella; y si es arrendatario, él solo no podrá extinguir el contrato por su sola voluntad o renunciar expresa o tácitamente al derecho de prórroga de la relación arrendaticia. En el primer caso, por constituir un acto de disposición sobre la vivienda misma y, en el segundo, por constituir un acto de disposición de un derecho sobre esa vivienda. Así sucede con la estipulación de un contrato de arrendamiento por parte del cónyuge propietario del inmueble, aunque se tratase de un arrendamiento parcial. Atendiendo a la finalidad de la exigencia legal y a la terminología utilizada, es claro que se encuentran comprendidos dentro del ámbito de aplicación de la norma las enajenaciones voluntarias, a título oneroso (como la compraventa o la aportación del inmueble a una sociedad, aunque fuera unipersonal) o a título gratuito (como la donación) del inmueble, incluso, respecto de las realizadas a título oneroso, aquellas cuya finalidad fuera obtener el dinerario suficiente para adquirir a continuación otro inmueble más amplio, mejor situado o más conveniente para el mismo fin; y, en general, todos aquellos actos que impliquen sustraer al uso común los derechos sobre la vivienda familiar (que es la expresión que utiliza el artículo 190.1 del Código de Derecho Foral de Aragón. Atendiendo a esa finalidad y a esa terminología, es igualmente claro que se encuentran comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la norma la constitución de un usufructo o de un derecho de uso o habitación o la constitución de una hipoteca en garantía de una obligación ya que, en caso de incumplimiento, se puede producir la realización forzosa del inmueble. Mientras que, en los casos de constitución de un derecho real de uso y disfrute, la sustracción de la vivienda al uso de la familia es real y efectiva, en los casos de constitución de una hipoteca, esa sustracción es meramente potencial (STS de 8 de octubre de 2010), pero ese carácter potencial que tiene la sustracción no exime del requisito del doble consentimiento»⁽²⁰⁾ (FJ 6.º).

(20) De ahí que, en atención a dicho razonamiento la Resolución transcrita descartó la inclusión de una servidumbre de la que no deriva la posibilidad de eliminación o sustancial privación del goce de la vivienda o perturbación de la convivencia familiar en la misma dentro de los actos dispositivos proscritos por el artículo 1320 CC.



C.1 DISPOSICIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR VIGENTE EL MATRIMONIO

Como puede apreciarse en el razonamiento transrito, la Dirección General diferencia entre actos de disposición de la vivienda propiamente dichos (compraventa, aportación a una sociedad o donación, entre otros) y actos de disposición de los derechos sobre la vivienda que comprometan su uso (extinción del contrato de arrendamiento, constitución de un usufructo, un derecho de uso o habitación o un derecho de hipoteca), subsumiendo ambas clases de actos dispositivos entre los proscritos por el artículo 1320 CC. De acuerdo con dicho esquema se postula, por ejemplo, la válida enajenación de la nuda propiedad con reserva de usufructo, en la medida en que tal enajenación no compromete el uso de la vivienda por la unidad familiar⁽²¹⁾ [RDGSJFP de 18 de febrero de 2021 (RJ 2021\988)⁽²²⁾] y se excluyen los casos de renuncia a derechos de naturaleza contractual encaminados a la adquisición de un inmueble potencialmente destinado a servir como vivienda familiar pero que no se encuentra aún en poder de los cónyuges (STS de 29 de febrero de 2008, RJ 2008\2934)⁽²³⁾, habida

(21) *Cfr.*, entre otros, DE LOS MOZOS, J. L., 1982, p. 129; y BERROCAL LANZAROT, A. I., *RCDI*, p. 3482. Dicha posibilidad de disposición de la nuda propiedad de la vivienda familiar con reserva del derecho de usufructo se infería, por ejemplo, del tenor literal de la RDGRN de 26 de octubre de 1987, en la que se estimó que la hipoteca de la nuda propiedad de la vivienda no resultaba susceptible de comprometer la solución habitacional de la familia, finalidad última de la restricción dispositiva impuesta en el artículo 1320 CC. No obstante, a nivel doctrinal esta posibilidad enajenación unilateral de la nuda propiedad con reserva del derecho de usufructo *ex* artículo 1320 resulta ciertamente controvertida. Para una sistematización de las posturas existentes al respecto *vid.* ELORRIAGA DE BONIS, F., 1995, pp. 278 ss. En contra de esta posibilidad *vid.*, por ejemplo, CUENA CASAS, M., 2011, pp. 300-301. La invalidez *ex* artículo 1320 CC de tal donación por el cónyuge titular de la nuda propiedad de la vivienda familiar con reserva conjunta a su favor y a favor de la esposa del derecho de usufructo se apreció, por ejemplo, en la STSJ de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.^a) de 26 de septiembre de 2013 (RJ 2013\8306, FJ 8.^a), si bien en el caso enjuiciado se daba la particularidad de que la esposa no llegó a aceptar el referido derecho de usufructo a su favor antes del fallecimiento del marido.

(22) En el ámbito de la jurisprudencia menor tal validez de la disposición de la nuda propiedad de la vivienda familiar con reserva del usufructo se admite, por ejemplo, en la SAP de Asturias (Sección 7.^a) de 6 de mayo de 2013 (JUR 2013\202696, FJ 2.^a), si bien en un caso un tanto particular en el que la aplicación del artículo 1320 CC resultaba discutible, habida cuenta de que el acto dispositivo en cuestión de tal vivienda derivaba de la partición hereditaria realizada por el marido y los hijos de su primer matrimonio tras la liquidación de la sociedad de ganancias a la que pertenecía la vivienda como consecuencia del fallecimiento de su esposa, confiriéndose a resultados de tal partición la nuda propiedad a los hijos y el derecho de usufructo al marido que había contraído segunda nupcias tras el fallecimiento de su primera esposa y fijado el domicilio conyugal en dicho inmueble durante la vigencia de la comunidad post-ganancial no liquidada existente entre el marido y sus hijos. Se trataba pues de un supuesto dudoso, en la medida en que la exclusión de la partición hereditaria del ámbito de aplicación del artículo 1320 CC ha sido expresamente destacada por el Tribunal Supremo, por ejemplo, en su Sentencia de 21 de mayo de 1990 (RJ 1990\3827), según la cual en tales casos la ocupación de la vivienda previa a la partición lo sería en concepto de meros precaristas por la tolerancia de los restantes coherederos (FJ 4.^a).

(23) En el caso enjuiciado por dicha STS de 29 de febrero de 2008 el Tribunal Supremo consideró que el artículo 1320 CC no resultaba aplicable al caso de autos, en el que el marido renunció (dispuso) a sus derechos de compra sobre una vivienda destinada a ser la vivienda familiar que no le había sido entregada aún (pese a que la compraventa se había producido vigente el matrimonio), en la medida en que la renuncia se produjo respecto a un mero derecho de crédito (derecho personal)



cuenta de que en tal caso no puede hablarse al momento de producirse la renuncia de la existencia propiamente dicha de un domicilio conyugal o familiar radicado en tal inmueble.

Por lo que concierne en particular a la hipoteca de la vivienda familiar vigente el matrimonio, conviene precisar que la simultánea adquisición e hipoteca de la vivienda habitual por uno de los cónyuges de manera privativa (a resultas de la contratación de un préstamo hipotecario para financiar tal adquisición) no se encuentra –de acuerdo con la doctrina más reciente de la Dirección General de Seguridad Jurídica y fe Pública Registral– comprendida dentro del ámbito de aplicación del artículo 1320 CC, resultando, asimismo, inaplicables en tal caso los deberes de información precontractual y otorgamiento del acta previa de información previstos en la Ley 5/2019 reguladora de los contratos de crédito inmobiliario⁽²⁴⁾, habida cuenta de la teoría del negocio jurídico complejo en la cual se incardina tal operación adquisitiva⁽²⁵⁾ [RDGSJFP de 26 de septiembre de 2022 (JUR 2022\334609, FJ 3.º)⁽²⁶⁾]. Posibilidad de adquisición y simultánea hipoteca de una vivienda con la finalidad de destinárla a vivienda familiar por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro que la Dirección General considera igualmente aplicable –ex artículo 1370 CC– cuando el régimen económico matrimonial es el de gananciales y dicha vivienda reviste carácter ganancial [RDGSJFP de 26 de septiembre de 2022 (JUR 2022\334609, FJ 2.º)].

2.2 Sanción aplicable a los actos dispositivos realizados unilateralmente

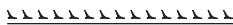
Con anterioridad a Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, la falta del consentimiento *uxoris* en la enajenación de bienes gananciales incluida la vivienda familiar –regulada en el antiguo artículo 1413 CC– no contaba con una solución jurisprudencial unívoca en

y no de un derecho real sobre el inmueble, en aplicación del por entonces vigente artículo 1413 CC que restringía el consentimiento *uxoris* a los actos de disposición sobre inmuebles o establecimientos mercantiles.

(24) Aclarando las dudas suscitadas por la Instrucción de la DGRN de 20 de diciembre de 2019 (RJ 2020\1135), según la cual «... el cónyuge que, a los efectos del artículo 1320 CC, debe prestar su consentimiento a la constitución de la hipoteca sobre la vivienda habitual cuya propiedad sea exclusiva del otro consorte debe considerarse equiparado a estos efectos al hipotecante no deudor y por tanto quedar protegido de forma análoga, otorgando el acta de información previa» (FJ 3.º).

(25) *Vid.* en detalle DÍEGUEZ MORÁN, M., 2023, pp. 268 ss.

(26) Acogiendo la aplicabilidad en estos casos de la teoría del negocio jurídico complejo preconizada años atrás por la RDGRN de 4 de noviembre de 1968.



C.1 DISPOSICIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR VIGENTE EL MATRIMONIO

lo atinente a su régimen de invalidez, que oscilaba entre la nulidad radical, la anulabilidad o incluso la mera rescindibilidad o ineficacia parcial, tal y como destacaba la STS de 9 de mayo de 2007 (RJ 2007\3439).

Actualmente y de *lege lata* la aplicación combinada de los artículos 1301 y 1322 CC no deja lugar a dudas de que la realización de actos dispositivos sobre la vivienda familiar o sobre bienes gananciales sin el consentimiento de ambos cónyuges (no en aquellos casos en los que media una «falsa representación»)⁽²⁷⁾, de los herederos del cónyuge pre-muerto (únicamente en el caso de bienes gananciales) o, en su defecto, de la correspondiente autorización judicial (Arts. 1375 y 1377 CC) es un negocio meramente anulable⁽²⁸⁾. Sanción ésta de anulabilidad que, pese a estar fuera de toda duda, resulta a mi parecer técnicamente incorrecta, en tanto que supone una clara confusión entre los planos jurídico-obligacional y jurídico-real de los actos dispositivos realizados⁽²⁹⁾.

(27) Técnicamente en aquellos casos en los cuales el cónyuge disponente se arrogue la falsa representación de su cónyuge serían susceptibles de incardinarse dentro del ámbito de aplicación de la figura del *falsus procurator* del artículo 1259 CC, pudiendo el otro cónyuge ratificar *a posteriori* el acto dispositivo realizado sin su consentimiento (de forma expresa o tácita), si bien el problema en tal caso estribaría en la determinación de la sanción aplicable al contrato celebrado sin consentimiento ni ratificación, habida cuenta de la polémica tanto doctrinal como jurisprudencial acerca del concreto significado que debe darse a la sanción de nulidad prevista en dicho artículo 1259 CC. *Vid.* en detalle a este respecto, con abundantes referencias jurisprudenciales y doctrinales, FERNÁNDEZ CHACÓN, I., 2018, pp. 139 ss.

(28) *Vid.* SSTS, entre otras, de 6 de diciembre de 1983 (RJ 1983\6921), 2 de julio de 1985 (RJ 1985\3638), 20 de febrero de 1988 (RJ 1988\1073), 7 de junio de 1990 (RJ 1990\4741), 11 de octubre de 1990 (RJ 1990\7858), 29 de septiembre de 2006 (RJ 2006\6514), 9 de mayo de 2007 (RJ 2007\3439), 5 de junio de 2008 (RJ 2008\3202), 23 de septiembre de 2010 y 16 de abril de 2012 (RJ 2012\5904). Con todo, pese al tenor literal del Código y su claridad, las críticas al régimen instaurado son numerosas. Así, por ejemplo, LACRUZ BERDEJO estima que mientras no transcurra el plazo impugnatorio de cuatro años (art. 1301 CC) el acto dispositivo será inexistente e inoponible para el cónyuge que no consintió la enajenación, pudiendo considerar el bien como subsistente en el patrimonio consorcial (1984, p. 460). Por su parte, RAGEL SÁNCHEZ, L. F., estima que de no ser por la clara dicción del artículo 1322 CC la solución más adecuada sería la de reputar el contrato como incompleto hasta que no se produjera la ratificación del otro cónyuge, teniendo no obstante el referido precepto la venta de eliminar dudas y vacilaciones en lo referente a la concreta sanción aplicable a este caso concreto (nulidad radical, venta de cosa ajena...) (2011, p. 889). En desacuerdo con la sanción de anulabilidad del artículo 1322 CC, por la indefinición en que se encuentra el tercero contratante durante los cuatro años en que el otro cónyuge puede proceder a la impugnación del acto dispositivo realizado sin su consentimiento (art. 1.301 CC) se posiciona también, por ejemplo, RAMS ALBESA, J. J., 1992, p. 288.

(29) En mi opinión, la existencia de normas específicas en el Código Civil referidas a la invalidez de los actos de disposición tanto sobre la vivienda familiar como sobre bienes gananciales llevados a cabo por un cónyuge sin el consentimiento del otro decretando su anulabilidad/nulidad (Arts. 1320, 1322, 1377 y 1378 CC) no debería suponer un obstáculo al reconocimiento de la validez, por ejemplo, de la enajenación de tales bienes, dado el alcance puramente obligacional de la venta y su necesaria diferenciación del negocio dispositivo fruto del cual se opera el correspondiente traspaso dominical. Partiendo de tal escisión, la invalidez no sería predicate del contrato de compraventa sino del negocio dispositivo subsiguiente, que no podrá tener lugar dada la falta de poder dispositivo de uno de los cónyuges aisladamente sobre los bienes gananciales. Pese a lo pacífico de la cuestión a nivel jurisprudencial hoy en día, a mi modo de ver la sanción de anulabilidad del acto dispositivo realizado por el cónyuge titular sin el consentimiento del otro cónyuge o autorización



Con todo, la determinación de la sanción aplicable a los actos dispositivos a título gratuito de la vivienda familiar no resulta todo lo clara que debiera, habida cuenta de que el artículo 1322 se limita a preceptuar que «... serán nulos los actos a título gratuito sobre bienes comunes si falta, en tales casos, el consentimiento del otro cónyuge», situación de comunidad de bienes a la que alude dicho precepto que, *stricto sensu*, no concurre en cuando la vivienda pertenece en exclusiva a uno de los cónyuges, supuesto paradigmático en el que como se ha dicho el artículo 1320 CC cobra todo su sentido. El tenor literal de la norma no deja lugar a dudas de que los actos dispositivos unilaterales y a título gratuito sobre la vivienda copropiedad –bien común– de los cónyuges son nulos de pleno derecho, solución que se extiende también a los casos en los que la vivienda pertenece a la sociedad de gananciales, habida cuenta de la regla específica prevista en tal sentido en el artículo 1378 CC y que convierte en «superflua» la regla del artículo 1322 CC⁽³⁰⁾. No parece pues que la nulidad radical de los actos dispositivos a título gratuito sobre la vivienda familiar que pertenece en exclusiva a uno de los cónyuges pueda –visto su tenor literal– derivarse sin más del artículo 1322 CC, sino que en tal caso parece que la sanción debiera ser *a priori* la de la mera anulabilidad, equiparando los efectos asociados a los actos de disposición a título oneroso y gratuito de la vivienda familiar realizados por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro⁽³¹⁾. La opción por la sanción de la nulidad radical requeriría, a mi parecer, una justificación que va más allá

judicial prevista en el referido artículo 1322 CC supone una confusión por parte del legislador entre los planos jurídico-real y jurídico obligacional. La solución correcta habría sido, pues, que cuando el artículo 1322 CC se introdujo en la reforma operada en 1981 el legislador hubiese optado por sancionar la ausencia de efectos jurídico-reales del acto dispositivo sobre la vivienda familiar, sin perjuicio de su validez en el plano jurídico obligacional. Planteamiento personal que, no obstante, es una crítica en sede de *lege ferenda* que escapa al ámbito de este trabajo y que en nada empece las conclusiones apuntadas en el texto principal, sin perjuicio de que dicha crítica sea compartida por numerosos y destacados autores en los términos apuntados. *Vid.* en este sentido, entre otros, GIMÉNEZ DUART, T., AAMN, pp. 329, 331, 333 y 343, hablando sencillamente de ineficacia atributiva de la enajenación; MERINO GUÍTÉRREZ, A., *La Ley*, pp. 919-920; MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., 2000, p. 24; RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M.ª E., 2000, p. 158; y muy destacadamente CUENA CASAS, M., 2011, pp. 303 ss. y 2014, pp. 986-987.

(30) *Cfr.* DE LOS MOZOS, J. L., 1982, p. 150. La diferencia entre el régimen de validez de los actos dispositivos a título gratuito (nulos) y oneroso (anulables) sobre bienes gananciales se destacaba expresamente, por ejemplo, en la STS de 22 de diciembre de 1992 (RJ 1992/10642, FJ 7.º). Así, en el caso, por ejemplo, de la STS de 4 de octubre de 2006 (RJ 2006/6429) la esposa que había realizado las donaciones a favor de un hijo contaba con un poder de representación no revocado, que se estimó empleado con fines malévolos para vaciar el patrimonio ganancial, por lo que tales donaciones se calificaron como nulas de pleno derecho y no sujetas al plazo de impugnación del artículo 1301 CC. Sobre dicha nulidad de los actos dispositivos a título gratuito sobre bienes gananciales *vid.*, entre otros muchos, RIVERA FERNÁNDEZ, M., 2009, pp. 2772-2774.

(31) *Cfr.*, entre otros, CUENA CASAS, M., 2011, p. 324; MORALEJO IMBERNÓN, N., 2013, p. 9332; y JEREZ DELGADO, C., *Indret*, pp. 16-17 (nota al pie 52). En contra, postulando la nulidad radical de los actos de disposición a título gratuito de la vivienda familiar realizados por un cónyuge sin el consentimiento del otro se posiciona DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., 1984, p. 1506.



C.1 DISPOSICIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR VIGENTE EL MATRIMONIO

del tenor literal del artículo 1322 CC, opción ésta que, además, en la práctica no dotaría de una mayor protección al cónyuge que no consiente el acto dispositivo, visto que –aunque la nulidad no tiene plazo de ejercicio, frente a los cuatro años de la anulabilidad– la pasividad del cónyuge perjudicado –una vez que conoce de la disposición realizada– puede como ya se ha dicho reputarse como un consentimiento tácito *ex artículo 1320 CC*.

Por otro lado, cabe destacar que la jurisprudencia ha precisado que la sanción de anulabilidad *ex artículo 1322 CC* se extiende igualmente a los casos en los que el acto dispositivo es realizado por el cónyuge tutor sin autorización judicial [STS de 23 de septiembre de 2010 (RJ 2010\7136)], sin que pueda aplicarse en tales supuestos la nulidad de pleno derecho que en ocasiones se predicaba *ex artículo 271.2 CC* (vigente artículo 287 aplicable en los casos de curatela representativa tras la reforma operada en 2021) de los actos homólogos llevados a cabo por el titular de la patria potestad y por el tutor sin tal autorización⁽³²⁾. Dicha diferenciación entre el régimen de invalidez aplicable a uno y otro supuesto –nulidad vs anulabilidad– resultaba en buena medida problemática, dada la concreta previsión contenida al efecto en los artículos 1387 y 1389 CC, en los que en sede del régimen económico matrimonial de gananciales se reitera la necesidad del cónyuge tutor/curador representativo de contar con autorización judicial para realizar actos de disposición sobre *inmuebles, establecimientos mercantiles, objetos preciosos o valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente*. La identidad de razón entre ambos preceptos (Arts. 271.2 y 1389 CC) demandaría una solución común y debería bastar para excluir la aplicación del régimen del artículo 1322 CC, norma general que sanciona la invalidez de los actos dispositivos sobre bienes gananciales y la vivienda familiar, cuyo supuesto de hecho es distinto frente al particular del artículo 1389 CC [en sentido contrario al razonamiento de la Sentencia de 23 de septiembre de 2010 (RJ 2010\7136)]. No obstante, actualmente, tras la STS plenaria de 10 de enero de 2018 (RJ 2018\156) tal diferenciación en el régimen de invalidez de ambos supuestos parece que ha desaparecido, ya que en dicha Sentencia el Alto Tribunal considera que los actos realizados por el tutor sin autorización judicial no son nulos de pleno derecho sino anulables⁽³³⁾.

(32) Nulidad a la que se llega en términos prácticos so pretexto de la calificación como incompleto del acto dispositivo realizado por el representante legal sin la autorización judicial requerida por los artículos 166 y 271.2 CC [*vid.*, por ejemplo, SSTS de 22 de abril de 2010 (RJ 2010\2380) y 8 de julio de 2010 (RJ 2010\6030)].

(33) *Vid. FFJJ 5.^o ss. de la Sentencia.*



2.3 Protección del adquirente de buena fe

Visto que en defecto de consentimiento conjunto o autorización judicial el acto dispositivo a título oneroso sobre la vivienda familiar realizado por el cónyuge titular vigente el matrimonio lleva aparejada la anulabilidad del negocio celebrado (Art. 1322 CC)⁽³⁴⁾, en tal caso no procedería la entrada en juego de la figura del tercero hipotecario del artículo 34 LH⁽³⁵⁾. Y ello en la medida en la que la inscripción registral no convalida la invalidez del título que le da soporte (art. 33 LH)⁽³⁶⁾, habida cuenta de que el artículo 1322 CC parece operar como una auténtica «prohibición legal de disposición» *ex* artículo 26.2 LH, cuya operatividad a efectos registrales se «refuerza» en el artículo 91.1 RH que exige para la inscripción del acto dispositivo en cuestión que el cónyuge disponente manifieste en la escritura que tal vivienda no constituye la vivienda habitual de la familia⁽³⁷⁾, mientras que si la vivienda es ganancial el artículo 93.2 RH requiere, además, para proceder a la inscripción la actuación conjunta de ambos cónyuges, de uno con el consentimiento del otro o, en su defecto, de la autorización judicial supletoria⁽³⁸⁾.

A las implicaciones que dicha manifestación exigida en el artículo 91.1 RH acerca de la naturaleza no familiar de la vivienda sobre la que recae el acto dispositivo tiene se refiere el propio artículo 1320 CC, cuando determina que «La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el uso de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe», regla cuyo significado

(34) *Cfr.*, entre otros, GÓMEZ GALLIGO, F. J., 1992, p. 125 y MATEO SANZ, J. B., 2019, p. 590.

(35) En sentido contrario *vid.* MERINO GUTIÉRREZ, A., ob. cit., p. 921, defendiendo la posibilidad del adquirente de consolidar una adquisición *a non domino* sin necesidad de esperar que transcurran los cuatro años en que se puede ejercitar la acción de anulación del acto dispositivo.

(36) *Cfr.*, entre otros, CUENA CASAS, M., 2011, pp. 324-325; MORALEJO IMBERNÓN, N., ob. cit., p. 9334; y BERROCAL LANZAROT, A. I., ob. cit., pp. 3463-3464 y 3488-3489. No en balde, dentro de la invalidez a que se refiere dicho artículo 33 LH se incluyen los supuestos de anulabilidad, caso del referido artículo 1322 CC [*Cfr.* DOMÍNGUEZ LUELMO, A., 2019, p. 650].

(37) En puridad, a efectos de la inscripción registral del acto dispositivo en cuestión, la necesidad de consentimiento del otro cónyuge o autorización judicial supletoria se restringe en el Reglamento Hipotecario a los actos relativos a bienes gananciales (Arts. 93.2 RH y 1322 CC), sin que exista previsión equivalente respecto a los actos dispositivos sobre la *vivienda habitual* de la familia a que alude el artículo 1320 CC, en cuyo caso basta con que el disponente manifieste en la escritura que la vivienda no tiene aquel carácter (art. 91.1 RH). Así lo estima por lo demás la doctrina de la Dirección General, tal y como se aprecia claramente, por ejemplo, en las RRDGRN de 13 de junio de 2018 (RJ 2018\2999), 19 de diciembre de 2017 (RJ 2017\5843) y 9 de octubre de 2018 (RJ 2018\4494), así como en las RRDGSJFP de 6 de marzo de 2020 (RJ 2020\2982) y 16 de junio de 2020 (RJ 2020\3026), resoluciones todas ellas en las que de una u otra forma se analizan las implicaciones acerca de las expresiones de vivienda conyugal, vivienda familiar y vivienda habitual a efectos de poder practicarse la correspondiente inscripción *ex* artículo 91 RH.

(38) *Cfr.* CHICO Y ORTIZ, J. M., 2000, pp. 1119, 1126 y 1127, quien extiende además dicha necesidad de actuación conjunta de ambos cónyuges para la inscripción de actos dispositivos a los bienes pertenecientes a la comunidad post-ganancial.



C.1 DISPOSICIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR VIGENTE EL MATRIMONIO

puede conducir a equívoco. Nótese que tal referencia del artículo 1320 CC a la imposibilidad de que la manifestación errónea o falsa del cónyuge disponente acerca del carácter de la vivienda y su catalogación como no familiar perjudique al adquirente de buena fe no puede –por definición a tenor del artículo 33 LH– implicar la «convalidación» del negocio dispositivo anulable realizado por el cónyuge titular *ex artículo 1322 CC*⁽³⁹⁾.

Dicho de otra forma, aunque se trata de una cuestión ciertamente discutible visto el tenor literal de la norma, a mi entender el adquirente de buena fe a que se refiere el artículo 1320 CC únicamente podría ser el sub-adquirente del comprador al que –inicialmente– se le vendió la vivienda sin consentimiento del otro cónyuge⁽⁴⁰⁾, sin perjuicio de las reglas particulares que a este respecto se prevén en algunas normas forales y que ahondan en dicha cuestión⁽⁴¹⁾. Dicho sub-adquirente –o tercero

(39) En contra de dicho planteamiento se posiciona, por ejemplo, GIL MEMBRADO, C., en cuya opinión la referida imposibilidad de convalidación de la invalidez del acto dispositivo realizado *ex artículo 33 LH* se restringiría únicamente a los casos en los cuales el primer adquirente tiene conocimiento de la inexactitud/falsedad de la declaración que el cónyuge titular disponente ha realizado a los efectos del artículo 91 RH (2013, pp. 54-57). También GORDILLO CAÑAS, A., se posiciona en dicho sentido, considerando que la limitación dispositiva del artículo 1320 CC opera, visto su tenor literal y génesis en sede parlamentaria, como una limitación *inter partes que se detiene ante el tercero adquirente de buena fe*, de tal forma que la adquisición del tercero únicamente resultará claudicante cuando obre de mala fe, posicionándose el legislador con la regla prevista en dicho precepto en una línea similar a la del artículo 464 CC, aun cuando resulta crítico con la técnica legislativa empleada a tales efectos (*ADC*, pp. 1132 ss.). También CUENA CASAS, M., se muestra crítica con la solución del artículo 1320 CC, pero –alineándose con la tesis de GORDILLO CAÑAS– asume que es una decisión queridamente buscada por el legislador, aun cuando reconoce que el primer adquirente no es un tercero propiamente dicho como sí que lo sería el sub-adquirente del primer comprador, al tiempo que destaca la imposibilidad de que un acto de disposición inválido resulte convalidado por la inscripción de la adquisición en el Registro de la propiedad (2011, p. 325).

(40) *Cfr.* BERROCAL LANZAROT, A. I., ob. cit., pp. 3488-3489. Aunque en el texto principal se habla de «venta», lógicamente tal planteamiento resulta extrapolable a cualesquiera otros actos dispositivos susceptibles de incardinarse dentro del ámbito de aplicación del artículo 1320 CC en los términos apuntados *ut supra* (apartado 2.1).

(41) Estoy pensando, por ejemplo, en el caso del Derecho catalán, visto que el artículo 231-9.3 CCCat preceptúa que el acto dispositivo sobre la vivienda familiar realizado por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro «... mantiene la eficacia si el adquiriente actúa de buena fe y a título oneroso y, además, el titular ha manifestado que el inmueble no tiene la condición de vivienda familiar, aunque sea una manifestación inexacta. No existe buena fe si el adquiriente conocía o podía razonablemente conocer en el momento de la adquisición la condición de la vivienda. En cualquier caso, el cónyuge que ha dispuesto de ella responde de los perjuicios que haya causado, de acuerdo con la legislación aplicable». Por su parte, el artículo 190.3 CCCat prevé igualmente que «No procede la anulación contra los adquirentes a título oneroso y de buena fe cuando el disponente manifestó que no constituía vivienda o mobiliario familiar». Otro tanto acontecía con la regla prevista en el artículo 18 de la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano (declarada inconstitucional en su totalidad por la STC de 28 de abril de 2016), especialmente prolífico en su contenido y en el que expresamente se desarrollaba también la inoponibilidad de la anulabilidad de los actos dispositivos sobre la vivienda familiar realizados por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro. A propósito de las implicaciones de tales normas específicas previstas en los Derechos forales sobre la protección del adquirente de buena fe de la vivienda familiar *vid.*, por ejemplo, GIL MEMBRADO, C., ob. cit., pp. 58-61.



adquirente– sí que podrá ser considerado tercero hipotecario de buena fe del artículo 34 LH⁽⁴²⁾, pues basta la manifestación por el cónyuge titular del carácter no familiar de la vivienda requerido por el artículo 91.1 RH para que el primer comprador pueda proceder a la inscripción de su adquisición en el Registro, de forma que cuando éste lo vende de nuevo a un tercero éste podrá claramente beneficiarse de la protección derivada de la fe pública registral del artículo 34 LH, cuyos requisitos de aplicación concurren en su persona, habida cuenta de que este segundo acto dispositivo no está sancionado con invalidez alguna (a diferencia de cuanto acontece con el primero *ex* artículo 1322 CC). De lo contrario, si la manifestación errónea o falsa del disponente no perjudicase al adquirente de buena fe la protección pretendida por el legislador frente a la disposición unilateral de la vivienda familiar se vería desprovista de sentido en términos prácticos, visto que, lógicamente, tal manifestación siempre será errónea o falsa –sin perjuicio de sus repercusiones penales– y el carácter familiar de la vivienda carece de un *status* registral autónomo y perfectamente delimitado que permita un adecuado desenvolvimiento de la vertiente positiva de la fe pública registral y su siguiente calificación en sede registral *ex* artículo 18 LH⁽⁴³⁾. Parece pues claro que si la finalidad última de la introducción de la regla del artículo 1320 CC era precisamente la de dotar de un adecuado *status* de protección a la vivienda familiar vigente el matrimonio la referencia en dicho precepto al adquirente de buena fe debería restringirse al «tercero adquirente»⁽⁴⁴⁾, ya que de lo contrario la protección de la vivienda familiar se vería reducida a una mera cuestión indemnizatoria a resultas de una pretendida «mera eficacia *inter partes*» (entre los cónyuges) de la limitación prevista en dicho precepto, en tanto que el cónyuge no titular no podría enervar los efectos traslativos del acto dispositivo realizado sin su consentimiento por el cónyuge titular.

(42) *Vid.* en este sentido GARCÍA CANTERO, G., 1982, pp. 132-133, apuntando el carácter superfluo de la regla contenida en el párrafo segundo del artículo 1320 CC vista su necesidad de integración con el régimen instaurado en el artículo 34 LH.

(43) A tales dificultades en la calificación registral del acto dispositivo realizado sobre la vivienda familiar, que se limita *ex* artículo 91 RH a la manifestación efectuada por el cónyuge titular, se refiere, por ejemplo, la RDGSJFP de 5 de junio de 2023 (*BOE-A-2023-15169*, FJ 6.^º *in fine*).

(44) Sin embargo, la STS de 11 de diciembre de 1992 (RJ 1992/10136) expresamente destaca que «... 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» (FJ 2.^º), aunque sin efectuar ulteriores precisiones al respecto, en un caso en el que se concluyó que la venta de la vivienda familiar efectuada por la hija del marido (al que este último se la había donado) tras la atribución judicial del uso a la esposa obligaba al adquirente que inscribió su adquisición en el Registro a respetar dicho derecho de uso, pese a la aplicación al supuesto enjuiciado a la normativa anterior a la reforma operada en 1981, en la que se introdujo la limitación dispositiva del artículo 96 CC.



Por contra, conviene tener presente que la sanción de mera anulabilidad de los actos dispositivos sobre la vivienda familiar sin el consentimiento de ambos cónyuges implica la posibilidad teórica de que el adquirente a título oneroso pueda adquirir por usucapición ordinaria en el plazo de diez años dicha vivienda⁽⁴⁵⁾ (lo que puede ocurrir antes de que la disolución de la sociedad o del matrimonio tenga lugar, como por defecto fija como *dies a quo* el artículo 1301.5.^º CC). En todo caso para que tal adquisición por usucapición pueda acontecer deberá concurrir el referido desplazamiento posesorio de la vivienda, lo que lo convierte en un supuesto harto improbable, habida cuenta de que en tal caso parece razonable entender que la posesión por el tercero resulta de facto incompatible con la inexistencia de un consentimiento tácito al acto dispositivo realizado por el cónyuge titular, haciendo innecesario esperar a que transcurran diez años (ya que el conocimiento del acto dispositivo con anterioridad a la disolución de la sociedad o el matrimonio opera igualmente como *dies a quo* de la caducidad de la acción *ex* artículo 1301.5.^º CC).

2.4 Legitimación y plazo de ejercicio de la acción de anulabilidad

En términos procesales la anulación *ex* artículo 1322 CC del acto dispositivo solo puede ser instada por medio de acción o reconvención y no de excepción [SSTS, entre otras, de 22 de diciembre de 1992 (RJ 1992\10642), 29 de septiembre de 2006 (RJ 2006\6514) y 20 de septiembre de 2007 (RJ 2007\5077)] por el otro cónyuge o sus herederos, no por el cónyuge contratante o el tercero que con éste contrata⁽⁴⁶⁾ [SSTS, entre otras, de 20 de febrero de 1988 (RJ 1988\1073), 22 de diciembre de 1993 (RJ 1993\10104) y 5 de junio de 2008 (RJ 2008\3202)].

(45) *Cfr.* SANCIÉNENA ASURMENDI, C., ob. cit., p. 123.

(46) Respecto a la posible impugnación por el tercero contratante, estima DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. que su situación «... puede ser digna de especial protección en dos casos, cuando ignoraba que el disponente con quien contrató estaba casado o cuando, expresa o tácitamente, el acto se supeditó o condicionó a la confirmación o ratificación. En el primer caso puede entenderse que el tercero dispone de una acción de nulidad propia por error en las cualidades de la persona con quien contrató. En el segundo caso, la espera de la confirmación o ratificación no podrá extenderse más allá de lo razonable. Si así no ocurre, hay que entender que el disponente incumplió sus obligaciones y que el acto por esta razón es resoluble» (1984, p. 1511). En esta línea, la STS de 15 de diciembre de 1989 (RJ 1989\8836) admitía, si bien con carácter de mero *obiter dictum*, la posibilidad del tercero de impugnar la validez de la enajenación de bienes gananciales realizada por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro, señalando que «... la acción de nulidad de aquellos actos dispositivos efectuados sin consentimiento de uno de los cónyuges, correspondería al cónyuge preterido o a sus herederos, y, asimismo el tercero de buena fe podría invocar esa nulidad en defensa de sus intereses que le fuesen propios» (FJ 4.^º).



Tal y como se ha avanzado, el plazo de ejercicio de la acción de anulabilidad es de cuatro años (plazo de caducidad)⁽⁴⁷⁾, iniciándose el cómputo *desde el día de disolución de la sociedad conyugal o del matrimonio, salvo que antes hubiese tenido conocimiento suficiente* del acto/contrato realizado por un cónyuge sin el consentimiento del otro (Art. 1301 CC). El *dies a quo* aplicable por defecto al cómputo de dicho plazo de caducidad de la acción de la anulabilidad resulta común tanto a los actos/contratos realizados sin el debido consentimiento conjunto sobre bienes gananciales como a la disposición de la vivienda familiar, solución que a mi modo de ver resulta criticable, en tanto que en el caso particular de los actos de disposición sobre la vivienda familiar no parece tener mucho sentido posponer por defecto el inicio del cómputo de tal plazo a la fecha de disolución de la sociedad de gananciales o del matrimonio. Y ello porque no parece que la disposición de la vivienda familiar puede tratarse de un acto que pase desapercibido para el cónyuge que no presta su consentimiento, al menos cuando el acto dispositivo en cuestión comporte la cesión posesoria a un tercero (de forma tal que parece que en tal caso lo lógico es estimar que en tales casos estaremos siempre en presencia de un consentimiento tácito/presunto al acto dispositivo realizado), a diferencia de cuanto acontece con otros bienes que integran el patrimonio ganancial (respecto a los que resulta innegable la posibilidad de que un acto dispositivo pase desapercibido a uno de los cónyuges hasta el momento en el que con motivo de la disolución de la sociedad/matrimonio se recapitula acerca del activo/pasivo de la sociedad, al menos cuando tal patrimonio resulte cuantioso).

Distinto parece el caso de los actos dispositivos que por su propia naturaleza no resultan «tangibles» para el otro cónyuge, caso particularmente de la hipoteca de la vivienda, en tanto que tal hipoteca no despoja *per se* al matrimonio de su solución habitacional, sino que sencillamente la compromete a futuro, caso de que la deuda garantizada con la hipoteca resulte incumplida⁽⁴⁸⁾. Con todo, incluso en tal caso considero que la posición del *dies a quo* al momento de la disolución de la sociedad/matrimonio no resulta razonable, dada la excesiva prolongación en el tiempo de una situación de pendencia/inseguridad jurídica que ello entraña, incompatible con la necesaria seguridad del tráfico inmobiliario que resulta

(47) Cfr. STS de 23 de septiembre de 2010 (RJ 2010\7136), modificando, tal y como destaca RAGEL SÁNCHEZ, L. F., el planteamiento adoptado en otras resoluciones previas que se mostraban más vacilantes al respecto, admitiendo la posibilidad de que el plazo del artículo 1301 CC se interprete como un plazo de prescripción (2017, pp. 288-289).

(48) Vid. en detalle *infra* las consideraciones efectuadas en el siguiente capítulo dedicado a la disposición de la vivienda familiar tras la crisis matrimonial, en particular en casos de ejecución de la vivienda sobre la que pesa el derecho de uso.



C.1 DISPOSICIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR VIGENTE EL MATRIMONIO

deseable en todo ordenamiento. Seguridad que, al menos a mi parecer, sería fácilmente subsanable a través de un mejor tratamiento y constancia en sede registral de la naturaleza familiar de la vivienda que se proyecte en el correlativo control de los actos dispositivos que sobre ella se efectúan, mas allá de la insuficiente y genérica previsión a tales efectos contenida en el artículo 91.1 RH.

BIBLIOGRAFÍA

- BERROCAL LANZAROT, A. I., «La vivienda familiar y la acción de división de la cosa común», *RCDI*, núm. 734, 2012, pp. 3458-3508.
- CARRASCO PERERA, A. F., «Comentario al artículo 15 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2020, pp. 551-568.
- CHICO Y ORTIZ, J. M., *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, T. II, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000.
- CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», en Yzquierdo Tolosa, M. y Cuena Casas, M. (Dirs.), *Tratado de Derecho de la Familia*, Vol. III, Thomson-Reuters, Pamplona, 2011, pp. 275-441.
- DE LOS MOZOS, J. L. «Comentario a los artículos 1320 y 1322», en Albaladejo García, M. y Díaz Alabart, S. (Dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XVIII, Vol. 1, 1982, Edersa, Madrid, pp. 125-133 y 141-150.
- DIÉGUEZ MORÁN, M., «El consentimiento del cónyuge en la adquisición financiada de la vivienda familiar», en Sanciñena Asurmendi, C., Fernández Chacón, I. y Gago Simarro, C. (Dirs.), *La vivienda familiar*, Aranzadi, Pamplona, 2023, pp. 265-277.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «Comentario a los artículos 1320 y 1322», en *Comentarios de las reformas del Derecho de Familia*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 1505-1507 y 1508-1510.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Comentario al artículo 33 de la Ley Hipotecaria», en Domínguez Luelmo, A. (Dir.), *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2019, pp. 647-654.
- ELORRIAGA DE BONIS, F., *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, Aranzadi, Pamplona, 1995.
- FERNÁNDEZ CHACÓN, I., *La transmisión de la propiedad en la compraventa*, Thomson-Reuters, 2018.
- «La disposición de la vivienda familiar», en Sanciñena Asurmendi, C., Fernández Chacón, I. y Gago Simarro, C. (Dirs.), *La vivienda familiar*, Aranza-di, Pamplona, 2023, pp. 209-264.
- FERRER RIBA, J., «Atribución del uso de vivienda familiar en una ruptura de pareja de hecho concurriendo menores de edad hijos de distinto progenitor: Comentario a la STS de 17 octubre de 2017», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 108, 2018, pp. 51-68.



- GAGO SIMARRO, C., «Atribución del uso de la vivienda habitual tras el cese de la convivencia de una pareja de hecho», en Sanciñena Asurmendi, C. y Carbajo González, J. (Dirs.), *La voluntad privada en las relaciones jurídico-familiares*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2018, pp. 127-163.
- GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., «Parejas de hecho y arrendamientos de vivienda sujetos a la Ley de arrendamientos urbanos de 1994», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 19, agosto 2023, pp. 284-333 (disponible online en https://revista-aji.com/articulos/2023/19/AJI19_9.pdf).
- GARCÍA CANTERO, G., «Comentario a los artículos 96 y 1320», en Albaladejo García, M. y Díaz Alabart, S. (Dirs.), *Comentarios al Código y compilaciones forales*, T. II y T. XVIII, vol. 1, Edersa, Madrid, 1982, pp. 406-415 y 125-133.
- GARCÍA MAYO, M., *Vivienda familiar y crisis de pareja: régimen jurídico*, Reus, Madrid, 2019.
- GARCÍA RUBIO, M.ª P., «STS de 16 de diciembre de 1996. Unión de hecho *more uxorio*. La promesa de matrimonio no sirve de fundamento al resarcimiento de los daños y perjuicios. Aplicación del artículo 1.902. Exclusión de daños morales. Atribución temporal al uso de la vivienda familiar al miembro de la pareja no titular de la misma», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 43, 1997, pp. 401-413.
- GIL MEMBRADO, C., *La vivienda familiar*, Reus, Madrid, 2013.
- GIMÉNEZ DUART, T., «La adquisición y disposición de gananciales por un solo cónyuge (Ensayo contra el Artículo 1322 CC)», *Annales de la Academia Matritense del Notariado*, T. 28, 1988, pp. 233-264.
- GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., *Las prohibiciones de disponer en el Derecho español*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1992.
- GORDILLO CAÑAS, A., «La protección de los terceros de buena fe en la reciente reforma del Derecho de familia», *Anuario de Derecho Civil*, núm. 4, 1982, pp. 1111-1160 (disponible online en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1982-40111101160).
- JEREZ DELGADO, C., «Disposición unilateral de la vivienda familiar: Peculiaridades de la ineeficacia y remedios alternativos», *Indret*, núm. 4, 2018 (disponible online en <https://indret.com/wp-content/uploads/2018/11/1418.pdf>).
- LACRUZ BERDEJO, J. L., et al., *Elementos de Derecho Civil*, T. IV (Derecho de Familia), Librería Bosch, Barcelona, 1984.
- LEGERÉN MOLINA, A., «El uso de la vivienda familiar tras la ruptura de la convivencia en las uniones de hecho», en Cervilla Garzón, M.ª D., y Lasarte Álvarez, C. (Coords.), *Ordenación económica del matrimonio y crisis de pareja*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 815-838.
- MARÍN VELARDE, A., «La debilidad de la posición jurídica del cónyuge no propietario poseedor de la vivienda familiar ex artículo 96 del CC. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2010», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 26, 2011, pp. 285-293.
- MATEO SANZ, J. B., «Comentario al artículo 26 de la Ley Hipotecaria», en Domínguez Luelmo, A. (Dir.), *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2019, pp. 570-608.



C.1 DISPOSICIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR VIGENTE EL MATRIMONIO

- MERINO GUTIÉRREZ, A., «Venta de cosa ajena y venta de cosa ganancial», *La Ley*, núm. 1, 1995, pp. 916-921.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., Prólogo al libro de RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M.^a E., *Disposición de bienes gananciales*, Aranzadi, Pamplona, 2000.
- MORALEJO IMBERNÓN, N., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», en Berco-vitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, T. VII, Ti-rant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 9327-9335.
- PÉREZ CONESA, C., «División de la copropiedad y el derecho de uso sobre vivienda familiar. Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2012», *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3, 2012, pp. 75-80.
- RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «La sociedad de gananciales. La gestión de la sociedad», en Yzquierdo Tolsada, M. y Cuena Casas, M. (Dirs.), *Tratado de Derecho de la Familia*, Vol. III, T. I (*Los regímenes económicos matrimoniales*), Thom-som-Reuters, Pamplona, 2011, pp. 863-1004.
- *El Régimen de Gananciales*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2017.
- RAMS ALBESA, J. J., *La sociedad de gananciales*, Tecnos, Madrid, 1992.
- RIVERA FERNÁNDEZ, M., «Comentario al artículo 1378», en Pasquau Liaño, M. (Dir.), *Jurisprudencia Civil Comentada*, T. III, 2.^a Ed., Comares, Granada, 2009, pp. 2772-2774.
- RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M. E., *Disposición de bienes gananciales*, Aranzadi, Pam-plona, 2000.
- SANCIÑENA ASURMENDI, C., *La usucapión inmobiliaria*, Aranzadi, Pamplona, 2009.

