

Acción de división sobre vivienda común cuyo uso había sido atribuido a uno de los cónyuges en sentencia de divorcio; necesidad de consentimiento del otro cónyuge o autorización judicial.

Audiencia Territorial de Palma de Mallorca (Sala de lo Civil). Sentencia de 1 de diciembre de 1988, nº 333.

Ponente: D. Fco Javier Muñoz Giménez.

Doctrina

"El texto del artículo 96 del Código Civil no suministra base suficiente para concluir que la limitación estatuida en su párrafo último (...) se encuentra circunscrito a los supuestos en que la medida atributiva del uso ha sido decretada por el Juez con exclusión de aquellos otros en que proviene de la conjunta voluntad de los interesados; porque, además, tampoco se vé qué justificación podría tener esa discriminación de trato que privaría al cónyuge que se separa o divorcia de acuerdo con el otro de la especial protección que aquel precepto dispensa, cuando ocurre que la limitación de la facultad de disponer de los derechos sobre la vivienda habitual (...) forma parte del llamado régimen matrimonial primario y rige, por consiguiente, incluso durante la situación de convivencia conyugal normal, de conformidad con el artículo 1320 del Código, el cual, en realidad, viene a prolongarse también a la época posterior a la crisis; y porque, en último término, la fuerza de obligar de las estipulaciones que integran el contenido del convenio regulador dimana, no tanto de la voluntad de los esposos, cuan-

to que de la aprobación del Juez, que es quien controla estas estipulaciones y quien las sanciona si estima que no son dañosas para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges (art. 90 2º), lo cual aproxima las dos vías legalmente previstas para la adopción de las medidas complementarias de la nulidad, separación y divorcio matrimoniales y evidencia que no media entre ellas ninguna diferencia de esencia final que preste amparo a la distinción que el recurrente apunta."

"El art. 96 párrafo último del Código, habida cuenta de que no hace distinciones de clase alguna, afecta a todos los supuestos en que se atribuye el uso de la vivienda familiar al cónyuge que no es titular de los derechos sobre la misma posibilitadores de su ocupación; además de que esa atribución (...) no engendra en favor del cónyuge no titular y de los hijos que con él convivan, ningún derecho de naturaleza real (...) sino que la atribución del uso despliega su eficacia directa únicamente entre los miembros del grupo familiar, sin repercusión inmediata frente a terceros, y sólo subsiste en tanto no se extinga el derecho que le sirve de soporte; pues la Ley no caracteriza de ma-

nera expresa la concesión del uso de la vivienda donde habitó el matrimonio como un derecho real y, por otro lado, arbitra un sistema de protección de la medida —la limitación de las facultades dispositivas del cónyuge titular de los derechos sobre el domicilio— que, ciertamente, resultaría innecesario si lo fuese, y, en fin, no reconoce al cónyuge a quien se confirió el tan repetido derecho de uso otro medio de atacar los actos de enajenación verificados por el otro sin su consentimiento ni la autorización judicial supletoria, que el de instar la anulación de tales actos, conforme es de entender por aplicación analógica de lo que establece el art. 1322 del Código civil, hipótesis en que el derecho de uso trasciende a terceros y siempre que éstos, además, no sean adquirentes a título oneroso que hayan procedido de buena fe (art. 1320 2º)."

La autorización judicial prevista en el art. 96 4º del Código Civil "no puede otorgarse ahora en el presente juicio declarativo ordinario de menor cuantía, sino que ha de recabarse precisamente del Juzgado (de Familia)(...), que fue el que conoció de los autos de divorcio; y ello por un doble motivo que ha de superponerse a consideraciones de economía procesal: a) la Disposición Final de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modificó la regulación del matrimonio en el Código Civil (...) previene que los Juzgados de Familia, una vez creados, habrán de asumir las funciones atribuidas en la propia Ley a los de Primera Instancia;

lo cual excluye terminantemente la posibilidad de que, allá donde aquéllos existan, esas funciones puedan ser desempeñadas por órganos jurisdiccionales diversos; y b) el art. 55 de la L.E.C. ordena con carácter general que los Jueces y Tribunales que tengan competencia para conocer de un pleito la tendrán también para todas las incidencias que en él se susciten y para la ejecución de la sentencia, y lo cierto es que la autorización postulada encuentra encaje dentro de esta última fase del proceso."

Comentario

1. Sobre esta misma materia han recaído otras dos sentencias, que estimo necesario reseñar.

La primera es la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 1988, que se muestra favorable al ejercicio, no autorizado por el juez de familia ni consentido por el cónyuge copropietario, de la acción de división, si bien en el caso existe una diferencia quizás relevante —aunque no le concede tal carácter la misma sentencia—: la asignación de la vivienda familiar se había efectuado en el supuesto específico previsto en el párrafo 3º del art. 96, sin que se estableciera la limitación temporal que dicho precepto prescribe. Con una confusa fundamentación jurídica parece que dicha sentencia quiere dar a entender que el art. 96 contempla únicamente el supuesto de vivienda privativa del cónyuge a quien no se atribuye su uso, mientras que el supuesto de vivienda común se encuentra en una

laguna de ley que debe resolverse conforme al beneficio de la máxima libertad. La sentencia ha merecido, en cuanto a su fundamentación, la crítica de sus comentaristas (RAMS ALBESA, MURCIA QUINTANA).

La segunda sentencia es la de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 21 de junio de 1989 (Actualidad Civil. Audiencias, 1989, nº9), que, pese a tener ya a la vista la sentencia mencionada del Tribunal Supremo, confirma la posición de la Sala en cuanto a la no permisión de la acción divisoria. Se sostiene en esta sentencia que resulta ilógico que el titular pleno de la vivienda no pueda disponer de ella y provocar el desalojo del cónyuge usuario y sí lo pueda conseguir quien es titular de un derecho semipleno, para quien, *a fortiori*, también debería estar prohibido. Igualmente se investiga, con el objetivo de cubrir la posible insuficiencia literal del art. 96, en la finalidad y espíritu de dicha norma, que se localiza, según esta sentencia, en "reducir los perjuicios psicológicos que para éstos (los hijos) acarrearán los cambios de todo tipo que produce la separación o divorcio de sus padres, permitiéndoles al menos conservar un marco de referencia estable como es el domicilio familiar". Esta *ratio* —estima la sentencia— no queda cubierta, admitida la acción de división, ni por la posibilidad de que el cónyuge usuario concurra a la subasta y adquiera el pleno dominio de la vivienda ni por la recepción del metálico correspondiente a su cuota condominial; exige, en

cambio, la intervención del Juzgado de Familia para que, valorando el interés de los hijos, autorice o no la división.

2. La sentencia que aquí comentamos rechaza la tesis que concibe el derecho de uso establecido en el art. 96 del Código civil como derecho real y que ha sido sostenida por un sector doctrinal (RAMS ALBESA, O'CALLAGHAN MUÑOZ, ISAC AGUILAR). Para ello se basa en que, de tratarse de un derecho real, carecerían de sentido y utilidad las limitaciones dispositivas que establece el art. 96.4. En efecto, para proteger la permanencia de los derechos sobre cosas ajenas, el legislador tiene una doble opción: o bien configurarlos como derechos personales y prohibir al deudor que disponga del bien sobre el que recae el derecho, concediendo al interesado una acción de anulabilidad de los actos dispositivos que no cuenten con su consentimiento (por ejemplo, arts 1320 y 1322, del C.c. o 33 y 34 de la Compilación del Derecho Civil Especial de Baleares); o bien configurarlos como derechos reales, aumentando el grado de seguridad para sus titulares, al resultar eficaces frente a terceros, y, al mismo tiempo, permitiendo la libre incorporación al tráfico económico de la cosa soporte del derecho o gravamen. Una doble y antieconómica protección, consistente en eficacia frente a terceros y prohibición de disponer, es vista con disfavor por el propio legislador (art. 785 2º C.C. y 26 L.H.). Relacionando la Disposición Adicional 9ª de la Ley 30/81 de 7 de ju-

lio, el art. 26 2º de La Ley Hipotecaria y el 91 1º del Reglamento Hipotecario cabría, sin embargo, dotar de constancia registral a la atribución en sentencia del uso de la vivienda familiar y a la prohibición de disponer que la acompaña (en este sentido LUNA SERRANO y VALLADARES RASCON; contra, GORDILLO CAÑAS).

3. La imposibilidad de discriminar titularidades según que la atribución de la vivienda se produzca en una separación "contenciosa" o en separación "amistosa" o "convencional" basada en el convenio regulador propuesto por los cónyuges parece evidente y resulta meridianamente fundada en esta sentencia. La pérdida por el convenio de su naturaleza meramente contractual una vez que es asumido por el juez e incorporado a la sentencia —a diferencia de lo que ocurre con los acuerdos privados con los que se solía regular la separación de hecho antes de la ley del divorcio— plantea algunas otras cuestiones de interés; por ejemplo, si el convenio —y la sentencia que se basa en el mismo— puede ser impugnado por vicio del consentimiento o únicamente por la modificación sustancial de las circunstancias (art. 90.3 C.c.) (en sentido favorable, ROCA TRIAS). Obsérvese que la concurrencia de voluntades más o menos viciadas en las situaciones de conflictividad matrimonial es relativamente frecuente; cabe preguntarse, por ejemplo, si constituye amenaza injusta la presión ejercida sobre el cónyuge más interesado en la ruptura del vínculo cuando el otro con-

diciona la concesión de la separación o divorcio "amistosos", con la ganancia de tiempo que ello conlleva, a la firma de un determinado convenio regulador. En concepto de mera aproximación al tema, considero que una primera dificultad reside en el hecho de que el juez deba pronunciarse —y sea objeto del proceso— sobre si el convenio es o no gravemente perjudicial para uno de los cónyuges, lo que probablemente impida que la existencia de este perjuicio, que es parte componente del supuesto legal de alguno de los vicios del consentimiento —la esencialidad del error y gravedad del dolo suelen residir, en la práctica, en la producción de un grave perjuicio para una de las partes contratantes—, pueda ser revisado. Una segunda dificultad reside en el cauce procesal oportuno, que quizás deba ser el del recurso de revisión por maquinaciones fraudulentas (L.E.C., 17964º).

4. La pertenencia al juez de familia, como incidente de ejecución de la sentencia de separación o divorcio, de la competencia para la autorización de la división, viene a impedir, por imperativo del art. 55 de la L.E.C., que pueda ser tratado como incidente de previo pronunciamiento en juicio de división ante el juez ordinario.

Santiago Cavanillas Múgica