

ALCANCE DE LA PROTECCIÓN QUE OFRECE EL
ARTÍCULO 1320 DEL CÓDIGO CIVIL A LA VIVIENDA
FAMILIAR

*EXTENT OF THE PROTECTION PROVIDED BY ARTICLE 1320 OF
THE CIVIL CODE FOR THE FAMILY HOME*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 19, agosto 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 558-579

Angustias
MARTOS
CALABRÚS

ARTÍCULO RECIBIDO: 13 de abril de 2023

ARTÍCULO APROBADO: 14 de julio de 2023

RESUMEN: El presente artículo colabora a perfilar el alcance de la prohibición de disponer unilateralmente, por uno de los cónyuges, de la vivienda familiar, que contiene el artículo 1320 CC, ya sea por la introducción de nuevas realidades, como la vivienda colaborativa, o clásicas, como la reserva de usufructo. Se trata de definir mejor el objeto de protección y los actos que puedan atentar contra él.

PALABRAS CLAVE: Vivienda familiar; disposición unilateral, prohibición de disponer, derechos sobre la vivienda, actos de disposición.

ABSTRACT: *This article contributes to outlining the scope of the prohibition on unilaterally disposing of the family home by one of the spouses, contained in Article 1320 of the Civil Code, either by introducing new realities, such as collaborative housing, or classic ones, such as the reservation of usufruct. It is a matter of better defining the object of protection and the acts that may threaten it.*

KEY WORDS: *Family home; unilateral disposition; prohibition to dispose; rights over the home; acts of disposition.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. ALCANCE DE LA PROTECCIÓN EN CUANTO AL OBJETO. SUPUESTOS DUDOSOS.- I. Derechos sobre la vivienda.- A) Cuota.- B) Comodato / precario.- C) Derecho del cooperativista y del socio.- 2. Muebles de uso ordinario.- III. ÁMBITO DE PROTECCIÓN EN RELACIÓN CON LOS ACTOS.- I. Actos de disposición.- A) Venta y donación.- B) Aportación a sociedad.- C) Constitución de hipoteca.- D) Constitución de usufructo, uso o habitación.- E) Constitución de servidumbre que afecte al uso de la vivienda.- F) División de la cosa común.- G) Diversas renunciaciones.- 2. Actos susceptibles de privar o reducir los derechos sobre la vivienda, que no son de disposición.- A) Presupuesta la propiedad o el usufructo.- a) Arrendamiento.- b) Mandato de venta.- c) Seguro relativo a la vivienda.- B) Presupuesto el arrendamiento.- a) Renuncia y desistimiento.- b) Cesión del contrato.- c) Subarriendo.- IV. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN.

El art. 1320 (al igual que los arts. 231-9 CC de Cataluña y 190.I del Código de Derecho Foral de Aragón) trata de evitar que, por un acto dispositivo de un cónyuge, realizado en situación de normalidad familiar, sin el consentimiento del otro o sin la autorización judicial supletoria, la familia (los cónyuges, los hijos) tenga que abandonar la vivienda para cuya ocupación se tenía un título jurídico suficiente.

No tratamos de desarrollar en estas páginas la entera cuestión del necesario consentimiento que ha de prestar un cónyuge (o conviviente¹) a la disposición que haga el otro de los derechos de la vivienda habitual de la familia o de los muebles de uso ordinario², que regula el art. 1320 CC, ni de la complementaria exigencia del art. 91 RH (manifestar, al disponer, que la vivienda no es la habitual de la familia, cuando falta el consentimiento del no disponente): materias que han sido ampliamente tratada por la doctrina³ desde que nuestro legislador introdujo el texto del art. 1320 en 1981, siguiendo los pasos del francés, que lo hizo en el *Code*, con un texto semejante (art. 215), seis años antes, y que puede considerarse, por ello, inspirador directo del nuestro⁴. Lo que vamos a tratar de realizar son algunas precisiones y de hacer algunas ampliaciones a lo ya escrito en lo relativo al objeto

- 1 En adelante, para abreviar, sólo nos referiremos al cónyuge, pero lo que se diga de él es igualmente aplicable al conviviente.
- 2 Dado que el disponente puede tener un domicilio o vivienda habitual que no coincida con el domicilio o vivienda habitual de la familia, y aunque el art. 1320 hable sólo de "vivienda habitual", se hace necesario precisar que la vivienda es la de la familia, por lo mismo que al realizar el acto dispositivo no será suficiente que el disponente afirme que la vivienda "no se destina a domicilio habitual" (RDGRN de 6 de marzo de 2020 [RJ 2020, 2982]).
- 3 Tampoco es preciso mencionar aquí a los autores que han tratado la cuestión. Baste con los que a lo largo del trabajo se mencionan.
- 4 El art. 215 se introdujo por la Loi 75-617, de 12 de julio de 1975. En su párrafo 3º dice: "Les époux ne peuvent l'un sans l'autre disposer des droits par lesquels est assuré le logement de la famille, ni des meubles meublants dont il est garni. Celui des deux qui n'a pas donné son consentement à l'acte peut en demander l'annulation : l'action en nullité lui est ouverte dans l'année à partir du jour où il a eu connaissance de l'acte, sans pouvoir jamais être intentée plus d'un an après que le régime matrimonial s'est dissous".

• Angustias Martos Calabrús

Profesora Titular de Derecho Civil, Universidad de Almería. Correo electrónico: mamartos@ual.es

u objetos y a los derechos a los que la previsión del precepto se refiere, así como sobre los actos dispositivos.

Por un lado, el objeto u objetos, o sea, la vivienda y los muebles de uso ordinario de la familia y los derechos que sobre ellos recaen, que son, en definitiva —más que las cosas u objetos—, sobre los que se produce la disposición y a los que el “consentimiento”⁵ se refiere. Por otro, la definición de los actos dispositivos a los que se alude el precepto, que parece algo más complejo que la simple enunciación de los actos de enajenación y de gravamen.

II. ALCANCE DE LA PROTECCIÓN EN CUANTO AL OBJETO. SUPUESTOS DUDOSOS.

I. Derechos sobre la vivienda.

El objeto del que no puede disponer el cónyuge titular sin el consentimiento del otro no es la vivienda, en cuanto cosa, sino el derecho que permite utilizar esa “cosa” como vivienda familiar —el art. 1320 dice: “para disponer de los derechos [...]”—. O sea, cualquier derecho que confiera al hogar un título suficiente de uso, y sin que importe si el derecho pertenece a uno de los cónyuges o a los dos; o a uno de ellos y a la sociedad de gananciales “pro indiviso”; o si el derecho es privativo o ganancial⁶; aunque la utilidad de la norma se encuentra verdaderamente en los supuestos de vivienda que sea bien propio o privativo de uno de los esposos. Los derechos, claramente, son los de propiedad, usufructo, habitación y uso (cuando en el título constitutivo del derecho de uso se haya previsto un verdadero “usus”, y no sólo el limitado “fructus” del art. 524 CC), entre los reales, y el de arrendamiento, entre los personales. Pero hay otros derechos que resultan menos evidentes, como son la cuota del comunero, entre los derechos reales, y el comodato y el derecho del cooperativista o del socio, entre los personales. Hablemos de ellos.

Al contrario, hay derechos sobre un inmueble que no confieren un título suficiente que permita utilizarlo como vivienda, aunque sean reales, y no quedan, por ello, incluidos en la exigencia del art. 1320. Es el caso de la nuda propiedad, para la que la DGRN, en resolución de 26 de octubre de 1987⁷, dijo que el cónyuge

5 En realidad, se trata de una declaración de voluntad que es requisito del negocio jurídico, que no es verdadero consentimiento ni complemento de capacidad. Pertenece, como dicen Díez-Picazo y Gullón, al género de las licencias y aprobaciones (DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho civil*, IV, Tecnos, Madrid, 2000, p. 155). Con esta salvedad ha de entenderse el uso que hacemos del término “consentimiento”, por expresarnos como lo hace el Código.

6 En este sentido: ATIENZA NAVARRO, M. L.: “Comentario al artículo 1320”, en AAVV.: *Código civil comentado* vol. III (dirs. por A. CAÑIZARES LASO et al), Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, p. 841.

7 RDGRN 26 de octubre de 1987 (BOE 26 noviembre 1987).

nudo propietario no precisa del consentimiento de su consorte para hipotecar ese derecho.

A) *Cuota.*

Entendieron las RRDGRN 10 noviembre 1987 y 27 junio 1994⁸ que la cuota en proindiviso de una vivienda no da derecho a ocuparla en su totalidad y que no “sirve de soporte para la constitución [...] de la vivienda habitual” y, en consecuencia, que no es exigible, en caso de disposición de la cuota por el comunero, del consentimiento de su cónyuge, exigido por el art. 1320 CC.

Con independencia de que, en el caso decidido en la última de las resoluciones citadas, desconocemos si la vivienda ocupada por las familias de los dos comuneros que dispusieron de sus cuotas sin el consentimiento de sus respectivos cónyuges admitía o no la posibilidad física de albergarlos a todos en condiciones de constituir dos viviendas habituales (dicho de otra forma: que las familias pudieran tener en la misma casa su vivienda, puesto que si una vivienda no tiene porqué constituir una sola finca registral, una finca registral tampoco tiene porqué constituir una sola vivienda), lo que no puede aceptarse como principio es que la cuota de un partícipe no le atribuya el derecho al uso total de la vivienda, y que ello le impida constituir, con ese fundamento, un hogar; con la consecuencia de que en la disposición de la misma no deba alcanzarse la protección que preceptúa el art. 1320. Y tampoco puede admitirse que, como igualmente afirma la resolución, hubiera sido necesario, como título complementario a la cuota, un acuerdo de los comuneros.

Como es sabido, en la comunidad romana, el uso de la cosa común es solidario (sobre el “solidums”, o sea, sobre la totalidad)⁹, y la única exigencia que impone el art. 394 CC es que el uso de uno no impida el de los demás, es decir, cuando los demás lo interesen, si es que lo interesan; comuneros, además, que pueden haber consentido o concedido tácitamente ese uso solidario del copartícipe. Pero es más: si el uso puede llegar a ese máximo de la totalidad, con más razón podrá alcanzar a sólo una parte del inmueble común que sea suficiente como vivienda familiar, y sin necesidad de ninguna clase de acuerdo entre los comuneros (muy conveniente por seguridad jurídica, ciertamente), porque el art. 394 CC no lo exige.

B) *Comodato / precario.*

Antes de preguntarnos si el comodato entra dentro del conjunto de derechos a los que se refiere el art. 1320, hay que preguntarse si con base en

8 RRDGRN 10 noviembre 1987 (RJ 1987, 8733) y 27 junio 1994 (RJ 1994, 4921).

9 Vid. sobre la cuestión: ORS PEREZ PEIX, A. D', y BONET CORREA, J.: “El problema de la división del usufructo”, *Anuario de Derecho Civil*, 1952, V-1, pp. 69-71.

el comodato (incluso en el precario) es posible residenciar a una familia en una vivienda. La jurisprudencia relativa a la vivienda familiar de tenencia gratuita en casos de crisis matrimonial, cuando resulta atribuido el uso a uno de los esposos y demanda el propietario, normalmente de desahucio por precario, nos ilustra en el sentido de que es bastante frecuente que una familia haya tenido su hogar en una vivienda cedida gratuitamente, hasta que se produjo la ruptura. Como dice la fundamental sentencia en materia de conflicto entre derecho de uso y desahucio, la STS 26 diciembre 2005, “la situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo para su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un precarista, una vez rota la convivencia”; o sea, que antes, pudo haber sido de comodato, como fue en el caso, por ejemplo, de la STS 13 noviembre 2008¹⁰.

La línea divisoria entre el comodato y el precario es la limitación temporal del primero, que no se da en el segundo (entre otras cosas, porque desde la actual Ley de Enjuiciamiento Civil, existe una “cesión en precario” y no solo una “tenencia en precario”, por lo que el precario, como el comodato, también puede obedecer a una voluntariedad inicial). Como dice Martín Meléndez, de las tres formas de las que puede resultar el plazo del comodato que establece el art. 1750 CC (pacto, uso concreto y determinado para el que se hizo la cesión y costumbre de la tierra) la única que se va a dar, normalmente, es el uso concreto y determinado, y el destino a vivienda familiar no es un uso concreto y determinado; luego, según esta autora, lo habitual será que la cesión gratuita configure un precario¹¹. Ahora bien, al efecto que ahora nos ocupa, que no es saber si tras la ruptura uno de los cónyuges precaristas puede continuar en el uso (y en virtud de un precario, no podría), sino saber si antes de la ruptura el precario fue soporte suficiente para establecer un hogar, hay que afirmar que sí, que se puede constituir un hogar con el sólo fundamento de la “cesión” o la “tenencia” tolerada de una vivienda.

Por tanto, ya sea el derecho (en el comodato) o la mera situación (en el precario) son susceptibles de disposición, entendida, desde luego, como renuncia¹², para la que será necesario, como dice el art. 1320, el “consentimiento de ambos” cónyuges,

10 Esta sentencia estimó que un préstamo de uso de una vivienda con la finalidad de que los cónyuges pudieran constituir en ella su hogar familiar desapareció al romperse la convivencia conyugal, dando paso al precario STS la STS 13 noviembre 2008 (RJ 2009, 5).

11 Con cita de varios autores en ese sentido: MARTÍN MELENDEZ, T.: “Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2010”, en AA.VV.: *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina* vol. IV (dir. por M. YZQUIERDO TOLSADA), Dykinson, Madrid, 2011, p. 355.

12 En el comodato cabría pensar también en la cesión, pero para hacerla, el comodatario necesitaría, como en cualquier cesión de contrato, del consentimiento del cedido, o sea, del comodante.

C) Derecho del cooperativista y del socio.

Los derechos que aseguran la vivienda familiar, de los que el art. 1320 prohíbe a los cónyuges hacer disposición el uno sin el otro, también pueden ser de naturaleza u origen societario.

El cooperativismo de vivienda en cesión de uso (la llamada vivienda colaborativa o “co-housing”), en auge en España¹³ y, singularmente, en Cataluña, constituye un sistema de acceso a la vivienda en el que la cooperativa de viviendas no nace para la autopromoción, atribución de viviendas en propiedad, constitución de la propiedad horizontal y extinción de la cooperativa, sino para la autopromoción y atribución del uso de las viviendas resultantes de la construcción a cada socio, conservando la cooperativa la propiedad de la totalidad del edificio. Tal modalidad cooperativa se ampara en el párrafo 2º del art. 89.3 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas (LC), que, aunque no establece su régimen, pues lo deja a lo que los estatutos puedan regular, al menos hace posible su existencia, al decir: “Cuando la cooperativa retenga la propiedad de las viviendas o locales, los estatutos establecerán las normas a que ha de ajustarse tanto su uso y disfrute por los socios, como los demás derechos y obligaciones de éstos y de la cooperativa”¹⁴. Igualmente, y de forma más explícita, la Ley de Cooperativas de Cataluña (Ley 12/2015, de 9 de julio) ha previsto, en su art. 122.3, que “las cooperativas de viviendas también pueden tener por objeto [...] la construcción de viviendas para cederlas a los socios mediante el régimen de uso y disfrute”; aunque el régimen queda remitido, igualmente, a lo que digan los estatutos (art. 123.3). Y también, de forma explícita, la Ley andaluza de Sociedades Cooperativas (Ley 14/2011, de 23 de diciembre), al decir que “los estatutos sociales podrán prever, mediante cualquier título admitido en derecho [...] la cesión de uso y disfrute, manteniéndose la titularidad de la propiedad por parte de la sociedad cooperativa” (art. 97.3).

Una vez adjudicado el uso de una vivienda al socio, éste podrá constituir sobre la misma su vivienda familiar; y será de ese uso del que el cooperativista no podrá disponer por sí sólo. Ahora bien, aunque existe una indefinición sobre la naturaleza del derecho del socio, que queda a lo establecido en los estatutos¹⁵, y, por tanto, es difícil hacer una afirmación general sobre la disponibilidad del derecho, lo que no admite dudas es que, entre las facultades que el socio cooperativista tiene las hay que, una vez ejercidas, suponen la pérdida del derecho de uso y que, por tanto, deben de equipararse al acto de disposición: son la facultad de causar baja voluntaria y justificada en la cooperativa (arts. 17 y 89.5 LC) y la de ceder o permutar

13 SIMÓN MORENO, H.: “Las cooperativas de viviendas en régimen de cesión de uso: ¿una alternativa real a la vivienda en propiedad y en alquiler en España?”, *REVESCO Revista de Estudios Cooperativos*, 2020, 134 pp. 1 a 17 (<https://dx.doi.org/10.5209/REVE.69165>).

14 Con parecido texto: La Ley Asturiana 4/2010 de 29 de junio, más extensa, en su art. 153.3.

15 SIMÓN MORENO, H.: “Las cooperativas de viviendas”, cit., pp. 4 y 11.

el derecho de uso y disfrute de la vivienda con socios de otras cooperativas de viviendas que tengan establecida la misma modalidad (art. 89.3, pfo. 2º LC); forma de disposición, esta última, llamada a ser la ordinaria en este modelo de acceso a la vivienda¹⁶. Y será en ambos casos, cuando el renunciante esté casado, en los que el consentimiento del otro cónyuge será necesario conforme al art. 1320 CC.

Pero el uso de una vivienda en virtud de un derecho de socio se puede alcanzar, no sólo en el ámbito de la cooperativa, sino también en el de la asociación. La Ley de vivienda del País Vasco (Ley 3/2015, de 18 de junio, de Vivienda), prevé la posibilidad de que las asociaciones sin ánimo de lucro puedan ceder el uso de los inmuebles de su propiedad a los socios mediante un derecho de uso, “que tendrá carácter indefinido y será también transmisible *mortis causa* en sus propios términos y contenidos” (Disposición Adicional 3ª). Sin embargo, la norma nada dice de la naturaleza jurídica de este derecho, ni del régimen que le sea aplicable¹⁷. Ello no obstante, la renuncia siempre existirá como acto dispositivo que haga necesaria, igualmente, la aplicación del art. 1320 CC.

¿Y cuando se trate de una sociedad? Sería el caso de una vivienda propiedad de una sociedad patrimonial de la que uno de los cónyuges, al menos, fuera partícipe o accionista, y debería existir una atribución del uso a uno o a los dos, derivada de un acuerdo de la sociedad. En Francia, una sentencia de la *Cour de Cassation*, de 14 de marzo de 2018¹⁸, contempla un supuesto de uso de una vivienda, perteneciente a una sociedad civil inmobiliaria de la que uno de los cónyuges era socio, poseída con carácter de domicilio familiar “en virtud de un derecho de socio”, para cuya disposición (de ese derecho) exige el consentimiento previsto en el art. 215, apartado 3, del *Code Civil*, idéntico, como sabemos, porque es su precedente, al art. 1320 de nuestro Código.

16 Dada la duración indefinida del derecho y que, a lo largo de la vida, el socio puede tener necesidad de cambiar de residencia. Vid. MARTENS JIMÉNEZ, I. L.: “Las cooperativas de vivienda en régimen de cesión de uso: una vía desaprovechada para facilitar el acceso a la vivienda”, en AAVV.: *Vivienda y Colectivos vulnerables* (dirs. por M. D. CERVILLA GARZÓN y I. ZURITA MARTÍN), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, p. 456.

17 “1. Sin perjuicio de otras modalidades de autopromoción o de promoción a través de cooperativas u otras formas de asociación con la finalidad de la adjudicación de viviendas y anejos a sus partícipes, la promoción o adquisición de un conjunto de viviendas, en inmueble único, para la satisfacción de las necesidades residenciales de sus asociados, en régimen de cesión de uso, podrá realizarse por las asociaciones privadas sin ánimo de lucro que se constituyan para tal finalidad.

“2. En tal caso, el conjunto inmobiliario será propiedad de una asociación de las referidas, en pleno dominio u otro derecho que habilite para construir sobre él, y sus asociados, que serán personas físicas, gozarán de un derecho de uso sobre la vivienda y locales que les sean adjudicados por la mencionada entidad conforme a las reglas que se prevean en sus estatutos y normas de organización interna. [...]”

“4. El derecho de uso del que gozará cada uno de los asociados tendrá carácter indefinido y será también transmisible «mortis causa» en sus propios términos y contenidos, y, en contraprestación a él, se abonará un canon o renta social establecido por la asociación de acuerdo con los costes de promoción, construcción, amortización, mantenimiento, mejoras y conceptos asimilables correspondientes al inmueble residencial. [...]”. (Disp. ad. 3.ª Ley 3/2015, de 18 de junio, del País Vasco).

18 Cass. 1^{ère} civ. 14 mars 2018 (Bulletin des arrêts Cour de Cassation Chambre civile, 2018, I, núm. 48).

2. Muebles de uso ordinario.

El objeto, con todo, a tenor del art. 1320, no es sólo el derecho sobre la vivienda habitual, sino, también, los derechos sobre los “muebles de uso ordinario de la familia”. Cuales sean o puedan ser esos bienes es cuestión que ya ha sido tratada. Lo que se suscita como cuestión, más o menos reciente, es si en ese conjunto de “bienes” puede incluirse al animal de compañía, aunque técnicamente ya no sea un “bien mueble”, porque sí es un “objeto” de derecho (cfr. art. 348 CC) y de disposición. Nos acogemos en este punto a lo tratado por Cerdeira Bravo de Mansilla, para el que el animal de compañía, a la luz de la reforma operada en 2021, más que un “mueble de uso ordinario” es parte de la vivienda familiar, o sea, del hogar, y con independencia de que la titularidad del inmueble (que puede ser común o ganancial) sea distinta a la del animal (que puede ser exclusiva de uno de los cónyuges)¹⁹. Y con esa concepción, el cónyuge titular exclusivo del animal de compañía afecto al hogar habrá de recabar el consentimiento de su consorte para poder venderlo o donarlo.

III. ÁMBITO DE PROTECCIÓN EN RELACIÓN CON LOS ACTOS.

El art. 1320 establece que los actos de disposición relativos a la vivienda familiar y a los muebles de uso ordinario están sujetos al consentimiento de ambos cónyuges. Quedan incluidos, por tanto, como actos dispositivos que son, todos los que transfieren la propiedad del bien, como venta, dación, donación, permuta o aportación a una sociedad; y los que desmembran el derecho de propiedad, y también privan del hogar a la familia, como son la constitución de un usufructo o de un derecho de habitación o de uso (cuando en la constitución del derecho de uso se haya previsto, conforme al art. 523 CC, un verdadero “usus” y no sólo el limitado “fructus” del art. 524 CC). También, los actos que constituyen garantías reales sobre la vivienda familiar (hipoteca) o sobre el mobiliario (prenda). E igualmente, los actos de renuncia, en los casos en los que el derecho que habilita jurídicamente para el uso de la casa como vivienda habitual no sea transmisible, como es el caso de los derechos de uso y de habitación, o el del comodato, o el del socio cooperativista con derecho de uso.

Por otra parte, parece que también debe incluirse, en el ámbito de aplicación del art. 1320 CC, cualquier otro acto susceptible de privar a la familia del uso de su vivienda, o, como dice el art. 190.I del Código de Derecho Foral de Aragón, todo acto que implique “sustraer al uso común” los derechos sobre la vivienda familiar. Por ejemplo, si la vivienda se sustenta sobre un derecho de propiedad

19 CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: “Es el animal doméstico parte del hogar? Su repercusión en el Derecho de familia”, en AAVV.: *Un nuevo Derecho civil para los animales. Comentarios a la Ley 17/2021, de 15 de diciembre* (dir. por G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA), Reus, Madrid, 2022, pp. 338-356.

o un usufructo, darla en arrendamiento o en comodato; y si se asienta sobre un arrendamiento: renunciarlo, cederlo, o subarrendar la vivienda.

Ahora bien, el concreto alcance que la prohibición pueda tener depende de la finalidad que se atribuya a la limitación establecida en el art. 1320 CC. Como es sabido, existen dos posiciones doctrinales²⁰. Una, la que entiende que la limitación establecida por el art. 1320 es complemento del derecho que asiste a cada uno de los cónyuges, establecido en el art. 70 CC, a fijar el domicilio de común acuerdo; para la que difícilmente podría ejercerse ese derecho conjuntamente, si individualmente cada uno pudiera disponer de la vivienda; o sea, una posición doctrinal para la que el art. 1320 impide modificar unilateralmente la situación jurídica de la vivienda (cuando comprometa o pueda comprometer el uso), por ser incompatible con el principio de codirección de la familia²¹. Otra, la que entiende que la limitación que establece el art. 1320 es precautoria, para impedir que el otro cónyuge (y, en su caso, los hijos) pueda verse privado del hogar por la «arbitrariedad o mala voluntad» del cónyuge disponente, «es decir, de impedir que un cónyuge pueda, por sí, dejar al otro en la calle», en expresión de Lacruz²². Por nuestra parte, entendemos preferible la primera, porque, a la postre, viene a entender que la intervención del cónyuge no titular se funda en un interés propio en la situación jurídica de la vivienda; lo que encaja con la necesidad de demandar a ambos cónyuges, aunque sólo uno de ellos sea titular, cuando el proceso tenga por objeto la vivienda familiar; que el Tribunal Constitucional deduce, precisamente, de este art. 1320 (STC, 2ª, de 31 de octubre de 1986²³).

I. Actos de disposición.

Se refiere el art. 1320 a la disposición de derechos. Por tanto, no sólo a la disposición de derechos reales, que se obra por medio de la transmisión o gravamen, sino a la disposición de derechos personales, que se produce por la cesión o renuncia.

A) Venta y donación.

Entre los actos que no pueden ser realizados únicamente por un cónyuge se encuentran, en primer lugar, la venta y la donación (sea del pleno dominio o del

20 Vid. ATIENZA NAVARRO, M.L.: "Comentario", cit., p. 843. 847 y 848.

21 En esta línea: CUENA CASAS, M.: "El régimen jurídico de la vivienda familiar", en AAVV.: *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. III (*Los regímenes económicos matrimoniales*) (dirs. por M. YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS.), Arazandi, Cizur Menor, 2011, pp. 312-315.

22 LACRUZ BERDEJO, J.L.: «La economía del matrimonio», en AA. VV., *El nuevo régimen de la familia*. t. II (*Filiación, patria potestad, economía del matrimonio y herencia familiar*), Cuadernos Civitas, Madrid, 1981, p. 132.

23 STC, 2ª, 31 octubre 1986 (RTC 1986, 135).

usufructo de la vivienda; sea de la totalidad o de una parte²⁴), así como los actos derivados o relacionados con ella.

Ha de incluirse en ese elenco la venta o donación de una cuota, en el caso de que el disponente sea propietario único y conserve otra cuota. Aunque hemos sostenido que una cuota (la que queda en el patrimonio del disponente) sobre una vivienda es título suficiente para poder conservar un hogar sobre la base de la naturaleza solidaria de la facultad de uso que tiene todo comunero, también es cierto que tal uso “total” es precario (el comprador ostenta la acción divisoria como comunero, cuyo ejercicio puede poner término al uso familiar de la vivienda). Por esta razón, la venta o donación que conduce a esa situación precaria que, en ella deba consentir el otro cónyuge, está el que se deriva de la.

Igualmente, resulta aplicable el art. 1320 en la enajenación de una cuota cuando la vivienda está en comunidad ordinaria con el otro cónyuge, supuesto al que se refiere expresamente el art. 231-9 CC de Cataluña. Aunque ese cónyuge goza del derecho de retracto, que puede hacer revertir la situación, la posibilidad de que no pueda ejercerlo, por no poder afrontar el pago del precio, hace que también en este caso, la venta debe contar con el consentimiento del no disponente ex art. 1320 CC.

Con todo, los casos más comunes no son estos. Respecto de la enajenación de la vivienda completa, existe la duda de si ha de incluirse en el supuesto del precepto toda enajenación y en cualquier caso. La duda resulta de la diversa finalidad que, como ya hemos señalado, se atribuye a la norma. Para la posición doctrinal que entiende el art. 1320 como una mera cautela, la limitación carecerá de sentido cuando quede asegurado el uso de la propia vivienda, de la que se dispone, por otro título (caso de la venta con reserva de usufructo, o de la venta con constitución de arrendamiento), o de otra vivienda como hogar de la familia. Para los que sostienen que se trata del derecho del otro cónyuge a participar de las decisiones que afecten a la situación jurídica de la vivienda en las que el uso esté concernido, el consentimiento del consorte no disponente será preciso en cualquier supuesto. Esta es la posición que creemos corresponde al carácter imperativo del art. 1320, y viene corroborada por la DGRN que dice que, “incluso, respecto de las [enajenaciones] 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 [...] se encuentran

24 La posibilidad de disponer de una parte resulta, no ya de una operación compleja de división o segregación, sino de la existencia de varias fincas registrales que, en su conjunto, constituyan la vivienda familiar, pues, como advierte Atienza Navarro, la vivienda familiar no se identifica con el concepto de finca registral (“Comentario”, cit., p. 844).

comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la norma (RDGRN 13 junio 2018²⁵).

No obstante lo anterior, se debe excepcionar el supuesto, al que ya se refirió Lacruz, de “la venta del alojamiento familiar por sólo el cónyuge propietario, si se hace con reserva de usufructo en provecho del cónyuge sobreviviente y de la familia entonces conviviente (reserva, mientras haya familia y vínculo familiar) [...], por cuanto el interés del alojamiento familiar que trata de proteger sigue estando asegurado con las mismas posibilidades”²⁶. Y este ha sido el criterio de la DGRN.

En la RDGRN 18 febrero 2021²⁷, en un caso de donación de la nuda propiedad de una vivienda con reserva del usufructo vitalicio, se dice que, en la “disposición de la nuda propiedad, no hay elemento objetivo alguno del que resulte posibilidad de eliminación o sustancial privación del goce de la vivienda o perturbación de la convivencia familiar en la misma”. En una donación de esta naturaleza, el donante conserva un soporte jurídico suficiente para que la vivienda siga teniendo el carácter de vivienda familiar. Ciertamente, tratándose de un usufructo vitalicio, con la muerte del donante y la extinción del usufructo quedará comprometido aquel uso familiar preexistente, pero es que en ese momento también habrá quedado disuelto el matrimonio, y habrá dejado de existir un domicilio conyugal.

Este es el criterio de la jurisprudencia francesa. Aunque en una sentencia de 16 de junio de 1992, la Cour de Cassation decidió que una venta con reserva de usufructo a favor del cónyuge vendedor-propietario requería el consentimiento de su cónyuge²⁸, en la de 22 de mayo de 2019 entendió que una donación con reserva de usufructo al propio donante no necesitaba del doble consentimiento, siempre que la donación otorgada no afectara “al uso y disfrute de la vivienda familiar” y aunque, en caso de muerte del cónyuge usufructuario, el supérstite se vea privado de la vivienda, pues el art. 215, apartado 3, del *Code civil*, al igual que nuestro art. 1320 CC, protege la vivienda familiar únicamente durante el matrimonio.

El consentimiento del cónyuge no disponente ha de concurrir aunque la venta sea hecha en documento privado y no se produzca de momento la entrega ni, por tanto, el desplazamiento posesorio.

25 RDGRN 3 junio 2018 (RJ 2018, 2999).

26 LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de derecho civil*. Tomo IV, 4a. ed. Madrid, Dykinson, 2010, pp. 129.

27 RDGRN 18 febrero 2021 (RJ 2021, 988).

28 Cass. 1ère civ. 16 de junio de 1992 (Bulletin des arrêts, 1992, I, núm. 185, p. 125).

B) *Aportación a sociedad.*

La aportación de la vivienda a una sociedad, aunque sea unipersonal, y ya sea en la constitución o en la ampliación de capital, es un acto de disposición que hace entrar en juego el art. 1320 CC.

C) *Constitución de hipoteca.*

La constitución de hipoteca sobre la vivienda habitual, como acto dispositivo que es, entra en el ámbito del mandato del art. 1320 (en Derecho catalán, el supuesto está expresamente previsto en el art. 569-31 del CCC). Como dice la STS 8 octubre 2010²⁹ y recoge la RDGRN 19 diciembre 2017³⁰, el consentimiento que exige el art. 1320 CC alcanza, no solo a los actos que suponen “la eliminación directa del bien del patrimonio de su propietario”, sino también la de “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.” Es decir, que, aunque en el caso de la hipoteca la sustracción de la vivienda al uso de la familia sea meramente potencial, esa potencialidad justifica el requisito del doble consentimiento.

Por otra parte, a la constitución de hipoteca ha de asimilarse la novación de la hipoteca con incremento de responsabilidad, pues es un acto dispositivo que compromete igualmente el uso de la vivienda.

Obviamente, la hipótesis que hace necesario el consentimiento/asentimiento del cónyuge no titular, del art. 1320, es la de constitución de la hipoteca por el cónyuge-propietario único de la vivienda familiar, porque si la misma era de ambos cónyuges con carácter ganancial, lo que se precisa es el verdadero consentimiento contractual del cónyuge no titular: “el asentimiento prestado por causa de protección de la vivienda habitual no puede en modo alguno equipararse al consentimiento negocial exigido para constituir un gravamen sobre una finca propia, dada su diferente naturaleza y efecto” (RDGRN 5 enero 2011³¹).

Si en el préstamo hipotecario, del que ambos esposos son prestatarios, sólo uno de ellos es el hipotecante, aunque en la escritura intervenga el no hipotecante sólo “a efectos de recibir junto con su esposa el préstamo”, o sea, sólo como prestatario, sin consentir expresamente en la constitución de la hipoteca sobre la vivienda, la DRGN ha considerado suficiente aquella comparecencia del esposo a

29 STS 8 octubre 2010 (RJ 2010, 7445).

30 RDGRN 19 diciembre 2017 (RJ 2017, 5843).

31 RDGRN de 5 enero 2011 (RJ 2011, 3432).

efectos de entender que ha consentido en la constitución de la hipoteca (RDGRN 25 abril 2005³²).

Igualmente, en el caso de constitución de una hipoteca sobre el derecho de usufructo de una vivienda familiar hace falta el consentimiento del cónyuge del usufructuario. En la RDGRN de 20 de diciembre de 2009³³, la Dirección General lo confirmó en un caso en el que, además del consentimiento del constituyente del derecho de hipoteca sobre la vivienda, se había producido el del nudo propietario y el de su cónyuge, "porque no se puede inferir que por el hecho de ser la vivienda familiar del nudo propietario deje de serlo del usufructuario."

En el supuesto de una hipoteca, sucesiva a una compra de vivienda, en garantía del préstamo que ha servido para adquirirla, aunque el destino final sea el de constituir en ella la vivienda habitual de la familia, no se aplica el art. 1320 CC, como decidió la RDGRN 22 mayo 2006³⁴. En realidad, si no se aplica el art. 1320 es porque, entre la escritura de compra y la de hipoteca, la vivienda no se ha podido constituir en habitual del matrimonio, que, al tiempo del otorgamiento de ambas, debía tener otro domicilio distinto. Cosa distinta será el caso de que la vivienda adquirida ya fuera vivienda familiar por otro título: arrendamiento, por ejemplo.

Igualmente, la adquisición por un cónyuge de la vivienda familiar, con subrogación de una obligación asegurada con una hipoteca anteriormente constituida, tampoco requiere el consentimiento del otro cónyuge.

D) Constitución de usufructo, uso o habitación.

El derecho de habitación confiere al titular la facultad de ocupar en casa ajena las piezas necesarias para él y para las personas de su familia (art. 524, 2º pfo. CC), pero también podría dar derecho a ocupar toda la casa (art. 527, pfo. 1º CC). Pues bien, aun en la primera hipótesis, el derecho de habitación constituido sobre una vivienda familiar despoja a la familia de la vivienda, y entra en el supuesto del art. 1320 CC.

E) Constitución de servidumbre que afecte al uso de la vivienda.

Como dice la ya citada RDGRN 13 junio 2018³⁵, "la constitución del derecho real de servidumbre que grave la vivienda familiar habitual es un acto dispositivo

32 RDGRN 25 abril 2005 (RJ 2005, 5576). En un caso de novación de préstamo y modificación de la responsabilidad hipotecaria.

33 RDGRN 20 diciembre 2009 (RJ 2009, 3888).

34 BOE núm. 151, de 26 de junio de 2006.

35 RDGRN 13 junio 2018 (RJ 2018, 2999).

que, en principio, entra en el ámbito del art. 1320 CC". Ciertamente, en la medida en que una servidumbre (positiva, obviamente) atribuye a su titular la facultad de realizar un cierto uso o goce del predio sirviente, la misma puede resultar incompatible con el destino familiar de la vivienda. Ese será el caso en el que el consentimiento del cónyuge no constituyente será necesario.

La resolución antes citada excluyó de la necesidad del consentimiento uxorio en la constitución de "una servidumbre externa a la vivienda habitual que sólo afecta a una parte de un elemento anejo a dicha vivienda (la azotea, que aun cuando forma parte del mismo edificio en régimen de propiedad horizontal tiene acceso directo e independiente desde la calle), sin que exista elemento objetivo alguno del que resulte posibilidad de eliminación o sustancial privación del goce de la vivienda o perturbación de la convivencia familiar en la misma."

F) *División de la cosa común.*

Cuando la vivienda está en comunidad ordinaria con el otro cónyuge, además de la venta de la cuota, como acto de disposición típico, se ha de considerar, aunque solo sea en un planteamiento teórico, el ejercicio de la acción divisoria por uno de los cónyuges, asimilable a la disposición (entre otras cosas porque, siendo normalmente imposible la división material de la vivienda, la división será económica, por medio de subasta pública, de conformidad con el art. 404)³⁶ y, por tanto, incluido en el supuesto del art. 1320 (si la venta sin el consentimiento del otro está prohibida "aunque pertenezca a uno sólo de los cónyuges", con más razón cuando pertenezca a los dos, aunque la venta aquí sea en la modalidad de la subasta). Lo que sucede es que este supuesto no es concebible en una situación de normalidad familiar, pues la demanda de división se tendrá que dirigir contra el otro cónyuge-comunero, al cual no se le va a pedir que consienta; y en una situación de crisis matrimonial ya no es aplicable el art. 1320³⁷. Ahora bien, en un puro planteamiento teórico de la hipótesis, habría que afirmar que el ejercicio de la acción de división será posible siempre que el demandante cuente con la autorización judicial a que se refiere el art. 1320.

La hipótesis de ejercicio de la acción de división que sí puede producirse en situación de normalidad matrimonial es la de comunidad formada por un cónyuge y un tercero.

36 Para Díez-Picazo, "el acto divisorio puede ser calificado como un acto dispositivo y de verdadera atribución patrimonial" (DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. III, Civitas, Madrid, 1995, p. 930).

37 Se suele citar, erróneamente, la STS 22 diciembre 1992 (RJ 1992\10684) en apoyo de la tesis de que no es necesario el consentimiento para la interposición de la acción de división, pero lo cierto es que dicha sentencia se refiere a una situación de divorcio, y de lo que trata es de si era o no aplicable la limitación impuesta por el párrafo 4º del art. 96 CC. En la sentencia se dice expresamente que ni es aplicable al caso el art. 1320 CC.

G) Diversas renunciaciones.

La renuncia supone la pérdida de un derecho sin transmisión. Ya nos hemos referido (y volveremos a hacerlo) a algunos supuestos de renuncia que constituyen verdadera disposición del derecho. Ahora sólo se trata de mencionar la renuncia a los derechos de uso y de habitación. Puesto que no es posible la transmisión (ni el arriendo) de los derechos de uso y de habitación (art. 525 CC), el acto de disposición de estos solo puede consistir en una renuncia³⁸. De hecho, por aplicación al régimen de estos dos derechos de lo establecido para el usufructo (art. 528 CC), ambos se pueden extinguir por renuncia (art. 513.4º CC).

2. Actos susceptibles de privar o reducir los derechos sobre la vivienda, que no son de disposición.

El régimen de protección de la vivienda familiar que instituye el art. 1320 no se puede referir únicamente a los actos de pura disposición³⁹. En Francia, la *Cour de cassation*, mediante una interpretación extensiva del art. 215, apartado 3, del *Code Civil*, ha determinado que el requisito del doble consentimiento también se aplica a todos los actos que suprimen o reducen los derechos reales o personales de uno de los cónyuges sobre la vivienda familiar, que privan o corren el riesgo de privar a la familia de su domicilio, como es el caso del arrendamiento.

A) Presupuesta la propiedad o el usufructo.

a) Arrendamiento.

Dar en arrendamiento la vivienda familiar, con ser un acto de administración, y no de disposición, debe entrar en la categoría de actos que requieren del consentimiento del otro cónyuge porque el uso al que, por contrato, tiene derecho el arrendatario impide a la familia del arrendador el poder "satisfacer su necesidad permanente de vivienda", por utilizar la expresión del art. 2.1 LAU.

También, aunque, en el momento de celebrar el contrato de arrendamiento de la vivienda familiar, se disponga de otra vivienda para la familia. La razón es sencilla: la vivienda arrendada tiene una vocación familiar que debe salvaguardarse⁴⁰,

38 No entramos en discutir sobre la posibilidad de configurar unos derechos de uso y de habitación de carácter transmisible, como una parte de la doctrina admite (vid. FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A.: "La transmisibilidad de los derechos reales de uso y habitación (análisis de los artículos 523 y 525 del Código civil)", *Anales de Derecho*, 1999, núm. 17, pp. 105 y ss.), pues, de darse, los actos de disposición que requerían del consentimiento del art. 1320 CC serían otros más.

39 Como ha señalado CUENA CASAS, "el término «disposición» en esta sede no debe interpretarse como contrapuesto a «acto de administración», debiéndose "tener en cuenta a la hora de interpretar la norma un criterio teleológico y no meramente literal" (CUENA CASAS, M.: "El régimen jurídico de la vivienda familiar", cit., p. 313).

40 En Francia, la *Cour de Cassation* ha admitido que la celebración, por un cónyuge solo, de un contrato de arrendamiento a favor de un tercero, podría ser nulo (en virtud del art. 215.3 *Code civil*) si el acto realizado

aunque “de momento” la familia haya encontrado otro hogar. Es lo que prevé el art. 9.3 LAU, al admitir la posibilidad de que se pueda recuperar la vivienda arrendada, “una vez transcurrido el primer año”, si “se hubiese hecho constar en el [contrato], de forma expresa, la necesidad para el arrendador de ocupar la vivienda arrendada antes del transcurso de cinco años para destinarla a vivienda permanente para sí”; lo que supone, en caso de que la vivienda sea familiar, que la “necesidad del arrendador” sea la “necesidad de la familia”, y que el “para sí” sea el “para la familia”. Por tanto, la intervención del cónyuge no propietario en el contrato de arrendamiento de la vivienda, prestando su consentimiento, resulta necesaria para salvaguardar esa posibilidad, y entra dentro de lo que exige el art. 1320.

b) Mandato de venta.

El llamado “mandato de venta”, “cuya esencia reside en la prestación de servicios encaminados a la búsqueda, localización y aproximación de futuros contratantes, sin intervenir en el contrato ni actuar propiamente como mandatario, es un contrato de mediación o corretaje diferente del mandato, sin perjuicio de que éste pueda añadirse a aquél⁴¹. El “mandato” dado por el cónyuge-propietario a un agente inmobiliario para vender la vivienda familiar no debe requerir del consentimiento del otro cónyuge, dado que se trata de un contrato que admite la revocación o desistimiento unilateral y que no obliga al mandante al celebrar el contrato de compraventa que hubiera podido preparar el agente inmobiliario. Sí es cierto que, cuando la revocación del contrato haya vulnerado el plazo de preaviso pactado o se muestre contraria a las exigencias de la buena fe contractual o sea abusiva, puede tener consecuencia, pero tan solo indemnizatoria. Lo mismo que cuando la no celebración del contrato de compraventa preparado haya podido dar lugar a culpa “in contrahendo”. Sin embargo, cuando el mandato sea irrevocable, será necesario el consentimiento de ambos cónyuges. En Francia, en un caso de mandato dado a un agente inmobiliario para vender la vivienda familiar (con pacto de exclusiva, cláusula penal en caso de incumplimiento del mismo y cláusula de prórroga tácita indefinida), la *Cour de Cassation* entendió que fue necesario el consentimiento de ambos cónyuges, ya que el mandato obligaba al mandante⁴²

c) Seguro relativo a la vivienda.

El contrato de seguro relativo a la vivienda familiar es un contrato que cada uno de los cónyuges puede celebrar por sí solo en virtud del art. 1319 CC, sin embargo la resolución del mismo, cuando el seguro cubre riesgos susceptibles

puede comprometer la vocación familiar de la vivienda arrendada (Cass. 1ère civ. 16 de mayo de 2000 [Bulletin des arrêts, 2000, I, núm. 144, p. 95]).

41 Entre otras, STS 25 mayo 2009 (RJ 2009, 3040).

42 Cass. 1ère civ. 13 abril 1983 (Bulletin des arrêts I, núm. 120).

de destrucción de la vivienda, entra dentro de los actos que deben requerir el consentimiento de ambos esposos. En Francia, la Cour de Cassation, en sentencias de 10 de marzo de 2004 y de 14 de noviembre de 2006, resolvió que la resolución de un contrato de seguro que garantizaba la vivienda familiar frente a posibles siniestros no podía ser llevada a cabo unilateralmente por un cónyuge y que, por tanto, requería el consentimiento de éste para ser válida⁴³.

Al seguro multirriesgo habría que añadir el seguro de protección de pagos de préstamo con hipoteca que grave la vivienda, porque con él se cubre el riesgo de impago de la cuota mensual del préstamo en casos de baja laboral, enfermedad, accidente o desempleo, y se elude la consecuencia de la ejecución hipotecaria.

B) Presupuesto el arrendamiento.

Cuando la vivienda familiar se asienta sobre la titularidad arrendaticia de un sólo cónyuge, la disposición unilateral de ese derecho, que prohíbe el art. 1320, comprende la renuncia al arrendamiento (desistimiento) y al derecho de prórroga, así como la cesión del contrato y el subarriendo.

a) Renuncia y desistimiento.

Las primeras formas de disposición del derecho arrendaticio son la renuncia a la prórroga y el desistimiento⁴⁴. Con independencia de que la Ley de Arrendamientos Urbanos regule ambos supuestos e impida la pérdida del derecho a utilizar la vivienda, tanto la renuncia como el desistimiento quedan incluidos en el supuesto del art. 1320, y será esta norma la única protección cuando la vivienda familiar no sea urbana.

La protección “urbana” a la que nos referimos está en el art. 12 LAU, que en su apartado 1, establece, para cuando “el arrendatario manifestase su voluntad de no renovar el contrato o de desistir de él, sin el consentimiento del cónyuge que conviviera con dicho arrendatario”, que pueda continuar el arrendamiento en beneficio de dicho cónyuge. Por otro lado, el apartado 2 del citado art. 12, en una situación que se antoja que no es de normalidad, determina que, “si el arrendatario abandonara la vivienda sin manifestación expresa de desistimiento o de no renovación, el arrendamiento podrá continuar en beneficio del cónyuge que conviviera con aquél siempre que, en el plazo de un mes de dicho abandono, el arrendador reciba notificación escrita del cónyuge manifestando su voluntad de ser arrendatario”.

⁴³ Cass. 2^o civ. 10 marzo 2004 (Bulletin des arrêts, 2004, II, núm. 100, p. 85) y Cass. 1^oère civ. 14 nov. 2006 (Bulletin des arrêts, 2006, I núm. 482, p. 414).

⁴⁴ Para el TS, desde la reforma de 1981, la renuncia al arrendamiento es un acto de disposición a los efectos del art. 1320 CC (STS 22 noviembre 1990, RJ 1990, 9018).

Entre el art. 1320 del Código y el 12 LAU se proporciona a la vivienda familiar dos soluciones protectoras cuando falte de consentimiento: en el caso del art. 1320, la anulación del acto dispositivo (art. 1322 CC), con lo que todo seguirá como estaba; en el caso del art. 12 LAU, la subrogación de cónyuge no arrendatario. No podemos olvidar que si el derecho arrendaticio renunciado pudiera tener la consideración de ganancial, la renuncia unilateral, por tener carácter gratuito, sería nula y no meramente anulable, conforme al art. 1378 CC.

b) Cesión del contrato.

Aunque el contrato de arrendamiento no se puede ceder sin el consentimiento escrito del arrendador (art. 8.1 LAU), tampoco, si se trata de la vivienda familiar, sin el consentimiento del otro cónyuge.

c) Subarriendo.

Aunque la vivienda arrendada sólo se podrá subarrendar de forma parcial y previo consentimiento escrito del arrendador (art. 8.2. LAU), también necesitará del consentimiento del otro cónyuge.

IV. CONCLUSIÓN

Hemos examinado el alcance que tiene el art. 1320 CC, respecto de derechos y situaciones de los que cabía dudar que pudieran conferir a la vivienda familiar suficiente soporte y hemos tratado de determinados actos de disposición, algunos de ellos discutibles, respecto de los cuales resulta necesario el consentimiento/ asentimiento del cónyuge no disponente prescrito por el precepto. Pues bien, concluimos con una síntesis que de razón de todo ello.

El art. 1320 concede un derecho, que no nace de la titularidad sobre la vivienda familiar ni del régimen económico matrimonial específico, sino del vínculo conyugal o de hecho, que el derecho a participar en el acto de disposición sobre la vivienda familiar por medio del consentimiento. Este derecho participa de la lógica "comunitaria", aunque no exista ninguna comunidad sobre la vivienda. Ha señalado Jerez Delgado, a propósito del Derecho y de la doctrina canadienses, y en punto a la disposición de la vivienda familiar, que "subyace en materia de vivienda familiar un principio generador de una pseudo-cotitularidad de los cónyuges sobre ella"⁴⁵. Tomemos esta idea, porque sobre esa base, se explica muy bien el sentido del precepto. La regla básica de la comunidad, que es que todo lo que perjudique o pueda perjudicar a lo que es común debe ser conjunta, queda reflejada en

45 JEREZ DELGADO, C.: "Disposición unilateral de la vivienda familiar: Peculiaridades de la ineficacia y remedios alternativos", *InDret*, 4/2018, pp. 26 y 27.

el dictado del art. 1320. Pero es el reverso de esa regla (que todo lo que no perjudique, incluso lo que pueda beneficiar, puede ser actuado individualmente, en nuestro caso, sin contar con el otro) ilumina y hace aparecer lo que el art. 1320 no dice: que hay actuaciones, como la cancelación de una hipoteca, en las que no resulta necesario el consentimiento del cónyuge no titular.

BIBLIOGRAFÍA

ATIENZA NAVARRO, M. L.: “Comentario al artículo 1320”, en AAVV.: *Código civil comentado* vol. III (dirs. por A. CAÑIZARES LASO et al), Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 840-853.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: “Es el animal doméstico parte del hogar? Su repercusión en el Derecho de familia”, en AAVV.: *Un nuevo Derecho civil para los animales. Comentarios a la Ley 17/2021, de 15 de diciembre* (dir. por G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA), Reus, Madrid, 2022, pp. 333-358.

CUENA CASAS, M.: “El régimen jurídico de la vivienda familiar”, en AAVV.: *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. III (*Los regímenes económicos matrimoniales*) (dirs. por M. YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS), Arazandi, Cizur Menor, 2011, pp. 275-442.

LACRUZ BERDEJO, J. L.: “La economía del matrimonio”, en AA. VV., *El nuevo régimen de la familia*. t. II (*Filiación, patria potestad, economía del matrimonio y herencia familiar*), Cuadernos Civitas, Madrid, 1981, pp. 121-184.

FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A.: “La transmisibilidad de los derechos reales de uso y habitación (análisis de los arts. 523 y 525 del Código civil)”, *Anales de Derecho*, 1999, núm. 17, pp. 85-123.

JEREZ DELGADO, C.: “Disposición unilateral de la vivienda familiar: Peculiaridades de la ineficacia y remedios alternativos”, *InDret* 4/2018, pp. 26 y 27.

MARTENS JIMÉNEZ, I. L.: “Las cooperativas de vivienda en régimen de cesión de uso: una vía desaprovechada para facilitar el acceso a la vivienda”, en AAVV.: *Vivienda y Colectivos vulnerables* (dirs. por M. D. CERVILLA GARZÓN y I. ZURITA MARTÍN), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 445-461.

MARTÍN MELENDEZ, T.: “Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2010”, en AA.VV.: *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina* vol. IV (dir. por M. YZQUIERDO TOLSADA), Dykinson, Madrid, 2011, pp. 328-368.

ORS PEREZ PEIX, A. D', Y BONET CORREA, J.: “El problema de la división del usufructo”, *Anuario de Derecho Civil*, 1952, V-1, pp. 69-71.

SIMÓN MORENO, H.: “Las cooperativas de viviendas en régimen de cesión de uso: ¿una alternativa real a la vivienda en propiedad y en alquiler en España?”, *Revista de Estudios Cooperativos*, 2020, 134, pp. 1 a 17 (<https://dx.doi.org/10.5209/REVE.69165>).

