

Disposición unilateral de la vivienda familiar: *Peculiaridades* de la ineficacia y *remedios* alternativos

Análisis comparado del Derecho anglosajón canadiense

Carmen Jerez Delgado

Profesora titular de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

*Abstract*¹

Para la eficacia del acto de disposición de derechos, personales o reales, sobre la vivienda familiar - aunque ésta sea privativa de uno sólo de los cónyuges- el legislador exige que concurra el consentimiento de ambos; De lo contrario, estamos ante una modalidad peculiar de nulidad relativa, que requiere autorización judicial (artículos 1320 y 1301 CC). El estudio comparado del Derecho canadiense-anglosajón (que cuenta con idéntico remedio, si bien más detallado que en nuestro sistema), resulta útil tanto para determinar el margen de arbitrio judicial en estos casos, como para explorar otros posibles remedios aplicables, y nos confirma las razones del carácter imperativo de la norma y su alcance.

For the effectiveness of the act of disposition of rights on the matrimonial home -albeit this is deprived of one of the spouses-, the legislator requires the consent of both of them; Otherwise, we are faced with a peculiar modality of relative nullity, which requires judicial authorization (articles 1320 and 1301 Spanish Civil Code). The study of the Anglo-Saxon Canadian law (which has the same remedy, though more detailed than in the Spanish system), is useful both to determine the margin of judicial discretion in these cases, and to explore other possible applicable remedies, and confirms the reasons for the imperativeness of the rule and its scope.

Title: Unilateral Disposition of Rights on the Matrimonial Home: Peculiarities of the Contract Avoidance and Alternative Remedies (Comparative Analysis of Canadian Anglo-Saxon Law).

Keywords: Matrimonial home, Unilateral disposition, Contract avoidance, Judicial discretion, Trust, Unjustified enrichment, Tort law.

Palabras clave: Vivienda familiar, disposición unilateral, nulidad relativa, arbitrio judicial, *trust*, enriquecimiento sin causa, responsabilidad civil extracontractual.

¹ El presente trabajo ha sido subvencionado por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, en el marco del Programa Estatal de Promoción del Talento y su Empleabilidad (Subprograma de Movilidad), del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2013-2016 [convocatoria realizada por la Resolución de 3 de diciembre de 2015, de la Secretaría de Estado de Educación, Formación profesional y Universidades; y Resolución de concesión de 3 de agosto de 2016]. Agradezco a la Facultad de Derecho de la Universidad de Toronto la hospitalidad que conmigo tuvieron tanto los profesores como el personal de la biblioteca durante la estancia de investigación allí realizada. Muy en particular, agradezco a los Profesores Michael J. TREBILCOCK, Stephen WADDAMS y Carol ROGERSON su buen consejo y orientación (en materia de contratos, enriquecimiento injustificado y Derecho de familia, respectivamente), imprescindible para el éxito de este estudio. Este trabajo se realizó, en gran parte, en el contexto del Proyecto de investigación titulado «Los principios latinoamericanos de Derecho de los contratos. Un debate abierto sobre los grandes principios de la contratación», financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad (2015-2017).

Sumario

1. Planteamiento
2. Presentación del modelo anglosajón canadiense (en particular, el Derecho de Ontario)
3. Los conceptos de cónyuge y vivienda familiar
 - 3.1. El concepto de cónyuge (*spouse*).
 - 3.2. El concepto de vivienda familiar (*matrimonial home*).
4. Valoración del carácter imperativo del artículo 1320 cc a la luz del derecho comparado
5. La peculiar nulidad relativa del acto de disposición. Su por qué.
 - 5.1. Los presupuestos de la situación de anulabilidad
 - a) El acto de disposición de la vivienda familiar
 - b) La omisión del asentimiento del cónyuge no titular
 - c) La mala fe o el título gratuito del adquirente
 - 5.2. Las características de la nulidad relativa del acto de disposición
 - a) Legitimación activa y pasiva en la anulación del contrato
 - b) La peculiar forma de ejercicio de la anulación del contrato
 - c) Los efectos de la anulación del contrato
6. La protección del adquirente
 - 6.1. La doctrina canadiense de la pseudo-cotitularidad de los cónyuges
 - 6.2. La importancia de la anotación registral de la condición del inmueble
 - 6.3. La protección del adquirente a título oneroso y de buena fe
7. Otras soluciones en derecho anglosajón: eventual conexión con el enriquecimiento injustificado y el *trust*
8. Repensar los remedios en derecho español
9. Conclusiones
10. Bibliografía
11. Tabla de jurisprudencia citada

1. *Planteamiento*

El artículo 1320 del Código civil español, en relación con los actos de disposición de derechos *privativos* de uno de los cónyuges sobre la vivienda familiar², establece lo siguiente:

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

La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe»³.

Protección de la familia y protección del tráfico jurídico están presentes como intereses enfrentados en esta norma⁴. El titular de la vivienda queda relegado, sin embargo, a un segundo plano. Por ese juego de intereses, el artículo citado constituye un prisma en el que convergen –cuanto menos– el Derecho de familia, el Derecho de contratos, el Derecho inmobiliario y el Derecho registral. Especial atención ha manifestado por la materia la Unión Europea, si bien se han buscado soluciones desde una perspectiva conflictual transnacional, creando normas procesales de Derecho Internacional privado⁵ y optando progresivamente

² La norma se aplica en situaciones de normalidad familiar. En los casos de separación, nulidad o divorcio entra en juego lo dispuesto en los artículos 90, 96 y 103 del Código civil. La cuestión se plantea en relación con la separación de hecho; Al respecto hay bibliografía ilustrativa (HERRERO GARCÍA, 1993, p. 588) y, con más detalle, (MURCIA QUINTANA, 2002, pp. 375-427). Como ha expresado este último, el artículo 1320 del Código civil protege sólo un grupo familiar, «la familia que tiene como base el matrimonio» (p. 428, también p. 33), y «parte de una base fáctica centrada en la titularidad privativa de uno solo de los cónyuges» (p. 196). Para las parejas de hecho, habrá que buscar otras soluciones. Más adelante volveré sobre estos aspectos.

³ La norma se introdujo en el Código civil con la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.

⁴ La protección del hogar familiar queda «desnaturalizada», o perturbada, en interés del tráfico jurídico conforme a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1320 CC (DE LOS MOZOS, 1982, pp. 126 y 131).

⁵ La Decisión del Consejo de Europa sobre cooperación jurisdiccional en materia de régimen económico matrimonial y normas aplicables en materia de propiedad a las parejas de hecho registradas oficialmente recoge el acuerdo de 18 países de trabajar en este sentido (Bruselas, 28 de abril de 2016): Los acuerdos sobre jurisdicción, régimen legal aplicable y reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de régimen económico matrimonial y de parejas de hecho son los tres campos a los que se hace expresa alusión al recomendar la cooperación transnacional. Paralelamente, la Unión Europea ha publicado estudios y propuestas en este ámbito. Pueden verse, en este sentido, los siguientes documentos: *Study on matrimonial property regimes and the property of unmarried couples in private international law and international law* [EC (JAI/A3/2001/03)]; *Proposal for a Council regulation on jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes* [Bruselas, 02.03.2016, COM (2016) 106 final, 2016/0059 (CNS)]; y *Proposal for a Council regulation on jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of the property consequences of registered partnerships* [Bruselas, 16.03.2011, COM(2011) 127 final, 2011/0060 (CNS)]. Además, desde tiempo atrás la UE viene insistiendo en que los países miembros deben desarrollar –cuando no existan– medidas que garanticen el uso de la vivienda familiar, de modo tal que cualquiera de los cónyuges requiera el asentimiento del otro para disponer de la vivienda familiar, pudiendo intervenir el juez en caso de una negativa injustificada. De lo contrario, el acto

por la libre elección del Derecho aplicable en materia de familia⁶. No será este derecho formal el objeto del presente trabajo. Por el contrario, el análisis transversal que se presenta va dirigido a la práctica de los operadores jurídicos nacionales, allí donde las cuestiones de derecho sustantivo se presentan en toda su complejidad.

Para aproximarnos a la cuestión desde esta óptica poliédrica o multidisciplinar, resulta útil tomar como referencia el Derecho anglosajón canadiense, pues encontramos en él una regulación que, siendo muy próxima a la nuestra, no sólo aparece formulada de modo más completo, sino que es además muy considerada con los diversos matices que entran en juego y que son de plena actualidad. En particular, aporta soluciones que nos permiten apreciar la protección del interés superior de la familia.

Dos notas del Derecho anglosajón canadiense merecen destacarse en este ámbito, a mi juicio:

De un lado, el Derecho anglosajón canadiense, como el español (si bien ha sido discutido), considera el carácter imperativo de la norma según la cual no puede uno de los cónyuges disponer de la vivienda familiar sin el asentimiento del otro, aunque sea un bien privativo suyo.

Probablemente, sea esta una de las pocas diferencias a día de hoy entre las medidas de protección que se dan a la familia basada en el matrimonio, en relación con las parejas de hecho⁷. Tal vez por esta razón, se levantan voces pidiendo la extensión de la aplicación imperativa de la norma también a estas últimas, lo que no deja de ser paradójico con el planteamiento conforme al cual se clama por

sería anulable, si bien pueden existir medidas de protección de los adquirentes conforme a las leyes nacionales (ALEJÁNDREZ PEÑA, 2010, tercer párrafo).

⁶ En cuanto a la elección de la ley aplicable, generalmente admitida en materia de comercio, la Unión Europea progresivamente ha ido admitiéndola en materia de familia (VILAR BADIA, 2016).

⁷ A diferencia de las restantes Comunidades Autónomas, Cataluña equipara matrimonio y parejas de hecho a estos efectos: El artículo 234-3 del Código civil de Cataluña, aplicable a las parejas de hecho, se remite al artículo 231-9 del mismo texto legal, cuyo contenido es semejante al de los artículos 1320 y 1322.I del Código civil español. Por el contrario, la normativa navarra, si bien equipara ciertos efectos del matrimonio y de las parejas de hecho estables, no lo hace en lo relativo a la limitación de la disposición de la vivienda familiar, prevista en la Ley 55 de la Compilación de Derecho foral o fuero nuevo de Navarra (véase, en relación con la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables). El artículo 190 del Código del Derecho foral de Aragón contiene también una norma limitadora de la facultad de disponer unilateralmente de la vivienda familiar, relativa a los cónyuges, pero no a las parejas de hecho. La situación es peculiar en Valencia, donde la Ley 10/2007, de 20 de marzo, sobre régimen económico matrimonial, fue declarada inconstitucional por sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de abril de 2016 (la ley preveía una norma similar al artículo 1320 del Código civil, más completa y con aportaciones, a mi juicio, interesantes, como detallaré en el último apartado de este estudio). En Baleares no se había regulado la materia por el Derecho autonómico en un primer momento: Esto llevó a cuestionar si era de aplicación lo dispuesto en el Código civil, hasta que la cuestión quedó zanjada con la negativa del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, en sentencia de 3 de septiembre de 1998; En un segundo momento, sin embargo, la norma sí se incluye en la Ley 7/2017, de 3 de agosto, por la que se modifica la Compilación de Derecho civil de las Islas Baleares. Los plazos que se dan en las distintas normativas autonómicas para anular el contrato son, como en el Código civil, de cuatro años.

el carácter dispositivo de la norma⁸. Lo que late tras esta cuestión es el bien que se desea proteger con esta regla: Su carácter imperativo implica una protección de la familia por encima de otros intereses.

De otro lado, en el Derecho anglosajón canadiense, las caras del prisma al que antes hacía referencia se enriquecen y completan con otras nuevas, útiles para resolver los conflictos de intereses que puedan surgir entre los cónyuges:

Junto al Derecho de familia, de contratos, inmobiliario y registral, emergen en él –en esta materia– la figura del *trust* y el enriquecimiento injustificado, así como cierta flexibilización del carácter sinalagmático de la regla de restitución recíproca de las prestaciones. Ahí radica principalmente su interés.

El objetivo de este trabajo es revisar la interpretación de la norma contenida en el artículo 1320 del Código civil español, contrastándola con su paralela en el Derecho anglosajón canadiense. En particular, los aspectos relacionados con la finalidad que persigue: Por tanto, su carácter imperativo, los remedios alternativos o complementarios, y –muy particularmente– el margen de arbitrio que corresponde al juez en la anulación del contrato.

2. *Presentación del modelo anglosajón canadiense (en particular, el Derecho de Ontario)*

Como es sabido, en Canadá conviven los sistemas del *Civil Law* (en concreto, el Código civil de Quebec, provincia de habla francesa) y el anglosajón *Common Law* (en el resto de las provincias, de habla inglesa). Por esta razón, y porque cada provincia puede legislar en la materia, el Derecho de familia presenta en Canadá variaciones de una provincia a otra; Sin embargo, en la materia que aquí abordaremos, las líneas generales son muy similares en las diversas provincias anglosajonas. Y en particular, se ha dicho que el Derecho de la provincia de Ontario constituye en este ámbito un modelo típico (FODDEN⁹).

Porque su estudio presenta aspectos interesantes, como ya se ha adelantado, tomaremos como referencia el Derecho de familia de Ontario [*Ontario Family Law Act* de 1990¹⁰ (en adelante, *Family Law Act* o FLA)], siempre destacado en los manuales canadienses de Derecho de familia; En concreto, la Parte II de esta norma se dedica por completo a la

⁸ Al hablar de *cónyuge*, el artículo 1320 del Código civil alude directamente a aquella persona que tiene el estado civil de casada en relación con la persona con la que contrajo matrimonio. La cuestión es, sin embargo, si la norma puede o debe aplicarse a situaciones distintas del matrimonio, cuando exista –o si existe– identidad de razón: En particular, si puede o debe aplicarse a las parejas de hecho, cuando sea reclamada para proteger a la familia, y, en caso afirmativo, si debe restringirse la extensión de la norma a las oficialmente registradas o no.

⁹ El Derecho de familia de la provincia de Ontario se emplea como referencia y se afirma que en todas las provincias es parecido («*very much the same*») (FODDEN, 1999, p.5). Con todo, en materia de derechos sobre los bienes, podemos encontrar diferencias significativas entre las diversas provincias (KRONBY, 2001, p. 101).

¹⁰ Family Law Act, RSO 1990, c F.3, <http://canlii.ca/t/5320q>.

vivienda familiar (*matrimonial home*) y nos brinda un modelo detallado propio del Derecho anglosajón. Cuando ocasionalmente se haga referencia al régimen jurídico de otra provincia en estas páginas, a efectos de reflejar alguna de las citadas diferencias en materia de derechos sobre los bienes, se dejará constancia de ello.

La protección de la vivienda familiar se encuentra regulada en Canadá –como en España– por el Derecho de familia. A falta de una definición legal de *familia*, la doctrina canadiense se esmera por lograrla:

MOSSMAN¹¹ subraya la ausencia de una definición legal de familia y la dificultad de concretarla, aunque por experiencia -afirma- todos sepamos lo que es la familia o lo que debería ser. Destaca tres aproximaciones posibles en el contexto legal: 1ª El censo define oficialmente la familia; 2ª Observar lo que las familias hacen permite construir una definición funcional de la misma¹²; y, 3ª La referencia al ideal de familia, o a su *deber ser* nos aproxima a la esencia de la familia¹³.

También HOVIUS y MAUR¹⁴ se remiten a la definición oficial del censo buscando cubrir la laguna legal de una definición de familia. Conforme a esta definición, se incluiría, dentro del concepto de familia tanto la referida al matrimonio, como la pareja equiparable al matrimonio conforme al *Common Law* (como más adelante se refiere con más detalle, el *Common Law* tradicionalmente equiparó al matrimonio la convivencia conyugal con intercambio de promesas, cuando concurrían ciertos requisitos), con hijos o sin ellos, o bien a la persona que vive con uno o más hijos. La definición excluye colectivos de personas que compartan vivienda¹⁵.

Como última referencia, los PAYNE¹⁶ destacan la ausencia de una definición legal de familia y aluden a las «estructuras familiares» buscando integrar los diversos supuestos.

Descendamos ya a las limitaciones del poder de disponer de la vivienda familiar por uno de los cónyuges (aunque sea privativa suya) sin el asentimiento del otro. La regulación de los sistemas español y canadiense discurre por cauces paralelos, si bien el régimen canadiense¹⁷, por ser más detallado y completo que el identificado en el artículo 1320 del Código civil español, puede contribuir a la mejor identificación de casos y soluciones desde una óptica de Derecho comparado. Veamos, brevemente, sus rasgos más destacados.

¹¹ MOSSMAN, 2012.

¹² La autora explica que, atendiendo al importante papel de la familia, si cabe más notable hoy que hace cincuenta años, la Comisión de Codificación de Canadá publicó en 2001 el estudio *Beyond conjugality: Reforming legal regulation of adult relationships*, para que el Estado asumiera como objetivo prioritario el reconocimiento de las relaciones familiares entre adultos, incluyendo no sólo las basadas en el matrimonio o la filiación, sino todas las basadas en la convivencia, ayuda mutua, economía doméstica, asistencia y cuidados (pp. 120 y 301). El estudio contiene una serie de recomendaciones glosadas y fue presentado al Ministro de Justicia para su consideración.

¹³ MOSSMAN, 2012, pp. 9-11.

¹⁴ HOVIUS/MAUR, 2009, p. 1.

¹⁵ En la obra citada en la nota inmediatamente anterior, p. 2.

¹⁶ PAYNE/PAYNE, 2013.

¹⁷ Artículos 21 a 23 FLA.

En Canadá no se predispone un régimen económico matrimonial concreto para el matrimonio, sino que serán los cónyuges quienes deberán acordarlo en capitulaciones matrimoniales¹⁸. Sí existen, no obstante, disposiciones imperativas para el matrimonio en relación con la vivienda familiar¹⁹, así como en relación con el reparto de bienes en los supuestos de separación, divorcio, nulidad del matrimonio o muerte de uno de los cónyuges²⁰. Nos interesan aquí las reglas relativas a la vivienda familiar, constante matrimonio (en particular la que se refiere a los actos de disposición), que son las siguientes:

1ª De un lado, se reconoce a ambos cónyuges el derecho a la posesión de la vivienda familiar.

Este derecho sólo puede extenderse en el tiempo –si se disolviera el matrimonio, se declarase su nulidad, o llegase la separación– para el cónyuge no propietario o no titular de un derecho sobre ella (por ejemplo, el cónyuge del arrendatario), cuando así se determine expresamente, sea por convenio de separación o divorcio, sea por mandamiento judicial (por ejemplo, en caso de insolvencia). Se trata de un derecho personal²¹ e irrenunciable²² del cónyuge no titular frente al

¹⁸ STARK/MCLISE, 2004, p. 16.

¹⁹ Parte II FLA (*Matrimonial Home*).

²⁰ Parte I FLA (*Family Property*).

²¹ FODDEN, 1999, pp. 248-249.

²² No se admite la limitación de este derecho en capitulaciones matrimoniales (artículo 52.2 FLA). En relación con los denominados *domestic contracts*, la doctrina distingue entre los convenios o capitulaciones matrimoniales (*marriage agreements*), los convenios de cohabitación (*cohabitation agreements*) y los de separación (*separation agreements*). Sólo en los primeros existe una limitación legal en relación con la vivienda doméstica, ya que lo dispuesto en la *Family Law Act* es imperativo, constante el matrimonio. Por otra parte, en los convenios de separación, es obligado en la práctica abordar la cuestión de la vivienda doméstica, teniendo la provincia de British Columbia un régimen más rígido que la de Ontario, al disponer que, mientras existan hijos dependientes, el cónyuge que tenga la custodia tendrá derecho a permanecer en la vivienda familiar, sin que tengan eficacia los acuerdos en contrario conforme al *Family Relations Act* (*British Columbia*, 1996). En general, y –en lo relativo a la prohibición de limitación de los derechos del cónyuge sobre la vivienda familiar en los convenios o capitulaciones matrimoniales–, véase: STARK/MCLISE, 2009, pp. 16, 30, 43-45, 54-55 y 114. En el caso en que las partes, tras la cohabitación, llegaran a casarse, el convenio de cohabitación (*cohabitation agreement*) se verá lógicamente afectado por lo dispuesto en relación con la vivienda familiar en la *Family Law Act* (véase, en la obra aquí citada, p. 15 del Capítulo 3). Si se produjera la separación, se admitiría la renuncia al derecho a prestar consentimiento en los actos de disposición sobre la vivienda familiar en el convenio correspondiente conforme a la *Family Law Act*; y también el juez puede dispensar de ello (PAYNE/PAYNE, 2013, pp. 653-654).

cónyuge propietario o titular de un derecho sobre la vivienda²³, y -según la jurisprudencia- no se extiende a los bienes muebles²⁴.

2^a En lo que se refiere a la disposición de la vivienda familiar, se prohíbe al cónyuge propietario que la enajene o grave unilateralmente.

Igual que sucede en Derecho español, los actos de disposición del hogar doméstico requieren el consentimiento de ambos cónyuges o bien, cuando no sea posible, una autorización judicial (art. 21 FLA). La norma dispone que ninguno de los cónyuges puede enajenar o gravar la vivienda familiar a menos que: a) El otro cónyuge firme el documento o consienta en la disposición; b) El otro cónyuge haya renunciado a su derecho por convenio de separación; c) Una orden judicial haya autorizado el acto de disposición o haya declarado no aplicable al caso el régimen de la vivienda familiar; o, d) La propiedad no haya sido designada por ambos cónyuges como vivienda familiar y otra propiedad sí fue registrada como tal por ambos esposos sin que se haya cancelado en el Registro dicha identificación. A diferencia de otras normas de la *Family Law Act*, esta regla no se

²³ Artículo 19 FLA. Con independencia de este derecho, el juez puede ordenar medidas para el mantenimiento de la casa, declarar el derecho exclusivo de uno de los cónyuges a la posesión de la vivienda familiar o parte de ella durante el periodo que estime conveniente y liberar otro inmueble que tenga la condición de vivienda familiar de la aplicación del régimen específico de la misma, ordenar que el cónyuge titular del derecho a la posesión en exclusiva pague una renta periódica al otro cónyuge, disponer que los bienes de la casa o parte de ellos permanezcan en la misma para el uso del titular del derecho a la posesión o bien que se puedan retirar de ella para el uso del otro cónyuge o de alguno de los hijos, ordenar a uno de los esposos el pago de los gastos de mantenimiento o de parte de ellos u otras responsabilidades relacionadas con la vivienda familiar o bien hacer pagos periódicos al otro cónyuge para cubrir esos gastos, autorizar la venta o gravamen de la vivienda familiar sujeta al mantenimiento en la posesión del cónyuge legitimado para ello, y -cuando se haya hecho una declaración en falso sobre el carácter no familiar del inmueble a efectos de venderlo o gravarlo- puede ordenar que la persona que la hizo o bien quien conocía al tiempo de adquirir la falsedad de la declaración, entregue otro inmueble en sustitución de la vivienda familiar al cónyuge legitimado para la posesión o bien otorgue pago o garantía en su lugar sujeto a las condiciones que se estimen apropiadas (artículo 24.1 FLA). Para determinar el uso exclusivo de la vivienda familiar se tendrán en cuenta el interés de los hijos, la existencia de otros mandamientos judiciales relacionados, la situación económica de uno y otro cónyuge, cualquier convenio escrito firmado por las partes, la existencia de otro posible alojamiento y que no se haya cometido violencia contra el otro cónyuge ni contra ninguno de los hijos (artículo 24.3 FLA). El bien de los hijos se mide atendiendo a los posibles efectos negativos de un traslado, así como a la opinión de los hijos con suficiente uso de razón (artículo 24.4 FLA). La ley prevé las sanciones para el cónyuge que viole el derecho de uso exclusivo de la vivienda familiar por el otro cónyuge (artículo 24.5-7 FLA). Si se produce un cambio de circunstancias, el juez puede modificar lo dispuesto en relación con el derecho al uso exclusivo de la vivienda familiar o a la disposición de la misma (artículos 25-26 FLA). Naturalmente, cuando fallece el cónyuge con derecho al uso de la vivienda, cualquier tercero que estuviera habitándola distinto del otro cónyuge debe abandonarla inmediatamente; sin embargo, si quien la ocupase fuera el cónyuge no legitimado expresamente para ello, dispondrá de sesenta días de posesión gratuita antes de abandonarla (artículo 26 FLA).

²⁴ Mc. DONALD/WILTON, 2015, p. 411.

considera extensible a las parejas de hecho²⁵ y marca la gran diferencia significativa entre el régimen jurídico aplicable a los matrimonios y a las parejas no casadas, como antes se apuntó²⁶.

A fin de preservar estos derechos de los cónyuges sobre la vivienda familiar, se dispone que la ejecución de derechos de terceros sobre el inmueble [por ejemplo, la ejecución de un gravamen (*lien, encumbrance, execution or forfeiture*)] debe ser notificada al cónyuge del deudor, que de este modo puede liberar el bien de la carga correspondiente²⁷, o defender – en su caso- su derecho a la posesión de la vivienda familiar frente al adquirente cuando el gravamen, por ejemplo, se haya constituido sin su asentimiento y aunque el cónyuge deudor sea insolvente (salvo que se pruebe, en este último caso, que no es razonable la oposición del cónyuge a la enajenación; por ejemplo, por no resultar afectado el interés de los hijos, o por existir bienes suficientes para satisfacer una eventual compensación, en cuyo caso el juez puede intervenir autorizando el acto celebrado por uno sólo de los cónyuges)²⁸.

Por contraste, la norma española no está tan desarrollada. Probablemente sea aconsejable adoptar una medida del tipo de la canadiense: El Tribunal Supremo español, en su sentencia de 6 de febrero de 2018²⁹, niega que en un caso de desahucio por precario pueda oponerse el derecho de uso sobre la vivienda familiar como título frente al tercero adquirente. El mismo resultado arrojó la sentencia del Alto Tribunal de 6 de marzo de 2015³⁰, en un caso semejante, pese a haber sido adjudicada la vivienda matrimonial a la esposa e hijo del marido en virtud de sentencia judicial.

3. *Los conceptos de cónyuge y vivienda familiar*

A diferencia de lo que sucede con el concepto de familia, el Derecho canadiense sí define legalmente los conceptos de cónyuge (*spouse*) y vivienda familiar (*matrimonial home*), con el

²⁵ MC. DONALD/WILTON, 2015, p. 397. Los autores explican que, la disposición del artículo 2 de la citada *Family Law Act*, conforme a la cual se admite la extensión del ámbito de aplicación del concepto de cónyuge (*spouse*) a otras situaciones análogas cuando el juez lo estime oportuno, se considera referida sólo a los efectos de las obligaciones de los cónyuges y no a los efectos de la vivienda familiar (p. 398; Los autores referidos citan el caso *Kanafani v. Abdalla*, 2010 Carswell Ont 4579, en que se consideró que, al no concurrir - en la ceremonia realizada por la pareja- los requisitos formales para hablar de matrimonio, no existía matrimonio y, por consiguiente, la mujer no tenía derecho sobre la vivienda familiar).

²⁶ La equiparación haría absurda u obsoleta la distinción entre dos modalidades diversas, matrimonio y cohabitación, que quedaría vigente sólo en lo que se refiere al reconocimiento de la unión en otros países, que es lógicamente mayor cuando se trata de matrimonios que cuando se trata de parejas de hecho (por ejemplo, a efectos de adopción) [Conversaciones con la Profesora Carol ROGERSON (26.08.2016), ganadora del premio 2015 de la Facultad de Derecho de la Universidad de Toronto por el informe realizado para el Ministerio de Justicia *Spousal Support Advisory Guidelines*, en que sintetiza y ordena la doctrina jurisprudencial sobre las obligaciones de los cohabitantes *more uxorio*].

²⁷ Artículo 22 FLA. La norma detalla los modos de notificación (que puede ser personal o mediante la dirección de correo anotada en el Registro de la propiedad, o bien la última dirección conocida o, en otro caso, la dirección de la vivienda familiar), y dispone que, si no se localiza de ningún modo al cónyuge o no se recibe respuesta, el procedimiento seguirá adelante.

²⁸ HOVIUS/MAUR, 2009, p. 371.

²⁹ STS, 6.2.2018 (MP: Eduardo Baena Ruiz).

³⁰ STS, 6.3.2015 (MP: Eduardo Baena Ruiz).

fin de delimitar el ámbito de aplicación de las normas que protegen tanto el hogar familiar como –en particular- a los titulares de un derecho sobre el mismo.

3.1. El concepto de cónyuge (*spouse*).

El artículo 1 FLA define cónyuge (*spouse*) como cualquiera de las personas que integran un matrimonio legalmente reconocido en relación con la otra, incluyendo –para todos los efectos favorables- a quienes se casaron de buena fe, aunque sea nulo o anulable el matrimonio. Es importante destacar que, aunque este concepto se amplía a los integrantes de parejas no casadas en lo relativo a las obligaciones entre esposos (Parte III FLA), no se extiende, sin embargo, a los efectos de protección de la vivienda familiar que estamos considerando (regulados en la Parte II FLA). Por lo demás, para que se aplique a las parejas no casadas en lo relativo a las obligaciones, deben concurrir al menos alguno de estos dos factores: 1º. La convivencia continuada durante un mínimo de tres años; O bien, 2º. En una relación de cierta estabilidad, la existencia de hijos naturales o adoptados (artículo 29 FLA).

Paralelamente, existe en Canadá un cierto reconocimiento del denominado *Common-Law marriage*, al que antes hacía referencia: Esto es, se admiten ciertos efectos propios del matrimonio cuando las partes intercambiaron promesas para acordar su unión, aunque sea privadamente, teniendo capacidad para contratar, existiendo *cohabitación*, consumación y reconocimiento público y continuo de la relación entre varón y mujer. Si bien este modelo de matrimonio, admitido tradicionalmente en el *Common Law* (donde, por otra parte, el matrimonio pertenecía al ámbito de lo privado), fue abolido por una ley inglesa en 1753, no parece que ésta tuviera demasiada repercusión en Canadá. Ahora bien, aunque se reconozca a los integrantes de estas parejas ciertos derechos y obligaciones (por ejemplo, en relación con los impuestos, las obligaciones familiares, la relación con los hijos, o los seguros de vida o pensiones), nadie que quiera el reconocimiento jurídico propio o específico del matrimonio (que afecta básicamente a la vivienda familiar) debe dejar de formalizarlo legalmente conforme a las normas del lugar³¹.

La *cohabitación* se define, a efectos de aplicación de la *Family Law Act*, como la convivencia conyugal dentro o fuera del matrimonio. La doctrina presume que la expresión «convivencia conyugal» alude a la naturaleza propia del matrimonio o de la relación matrimonial, lo que, conforme a la jurisprudencia, implica –además de la cohabitación- compartir problemas, trabajo doméstico o gastos recíprocamente, así como la sexualidad, emotividad, y vida en común. La clave de la conyugalidad sería, así, no sólo la cohabitación, sino el consorcio (*consortium*), caracterizándose por elementos integrados de diversos modos, que pueden no concurrir todos necesariamente, pero que sirven en conjunto para admitir la existencia de conyugalidad: Así, la fidelidad y comunicación, el compartir comidas, la asistencia mutua en la enfermedad, los detalles de atención hacia la otra persona, el compartir compras, participar conjuntamente en actividades sociales, o la actitud de sus familias de sangre y del conjunto social hacia ellos como pareja y su conducta hacia los hijos, junto a los factores antes citados³².

³¹ KRONBY, 2001, p. 9.

³² HAINSWORTH, 2016, pp. 12 y 13 del comentario al Artículo 1 FLA.

La doctrina canadiense deja claro que el matrimonio es algo más que un contrato y más que la cohabitación: Es una institución. Crea derechos y obligaciones, como los contratos, pero más allá de esto confiere un *status*, mientras que la cohabitación –aunque ofrece las ventajas de un ambiente familiar y una economía compartida– no priva a las partes de su estado civil de soltero³³.

3.2. El concepto de vivienda familiar (*matrimonial home*).

Conforme a la *Family Law Act*, lo que determina el carácter de la vivienda familiar es, en primer lugar, el uso; Un segundo criterio es la designación de la vivienda como tal por ambos esposos³⁴.

En concreto, el artículo 18 FLA dispone que se considera vivienda familiar todo inmueble sobre el que una persona tiene un derecho (sea como propietario, sea como arrendatario, por ejemplo) y que está o -si los cónyuges viven separados- estaba, al tiempo de la separación, habitado ordinariamente por esa persona y su cónyuge como residencia habitual. El último apartado del artículo citado excluye del carácter de vivienda habitual aquella parte de la finca que no esté directamente destinada a residencia (por ejemplo, si la familia viviese en una finca rústica, tipo granja, etc.), limitándolo exclusivamente a la parte del inmueble que razonablemente se destine a las necesidades de uso y disfrute como vivienda³⁵. El hecho de que la propiedad del inmueble pertenezca a una sociedad de la que uno de los cónyuges es socio no impedirá la aplicación del régimen jurídico de la vivienda familiar (pretende evitarse de este modo que uno de los cónyuges pueda defraudar al otro registrando la vivienda familiar a nombre de una sociedad)³⁶.

4. Valoración del carácter imperativo del artículo 1320 cc a la luz del derecho comparado

Un aspecto interesante de la materia que abordamos lo constituye -desde una óptica comparada- la consideración de si lo dispuesto en el artículo 1320 CC debe tener carácter imperativo o dispositivo para los cónyuges, esto es, si puede el cónyuge favorecido por la norma renunciar –con anterioridad al acto de disposición- a la protección que ésta le ofrece. En 2012 se publicó un artículo extenso en el *Anuario de Derecho Civil*, en el que se cuestionaba precisamente este aspecto³⁷: Su autor, el profesor de la Universidad de Zaragoza Aurelio Barrio, criticaba la doctrina que tradicionalmente ha considerado que existe un régimen

³³ MOSSMAN, 2012, pp. 51-53.

³⁴ FODDEN, 1999, pp. 244 y 246-247. Más adelante se hará referencia a los distintos efectos de la designación de la vivienda familiar en el Registro de la propiedad, por uno o por ambos cónyuges.

³⁵ No obstante, el artículo 20.2 FLA permite extender la calificación registral al terreno adjunto a la vivienda.

³⁶ Artículo 18.2 FLA. Se cita en este sentido el caso *CMLQ Investors Co. v. 530995 Ontario Ltd*, 1995 CarswellOnt 1090 (Mc. DONALD/WILTON, 2015, p. 406).

³⁷ BARRIO GALLARDO, 2012, pp. 1653-1744.

matrimonial primario, imperativo e independiente del régimen económico matrimonial aplicable, dentro del cual se ubica el artículo 1320 del Código civil³⁸. En particular, criticaba el carácter irrenunciable que se atribuye al derecho contenido en esta norma a favor del cónyuge no titular de la vivienda familiar. La cuestión que formulaba el autor, siguiendo en este punto a María CÁRCABA, es la siguiente: ¿Es posible renunciar al derecho que la norma atribuye al cónyuge, o prestar por anticipado el consentimiento en capitulaciones matrimoniales?³⁹

Los argumentos empleados por el autor pueden contrastarse con lo que, a juicio de la profesora Carol ROGERSON⁴⁰, era previsible en Canadá: La extensión de ese mismo régimen protector, imperativo e irrenunciable, a las parejas no casadas, alegando que todos merecen igual protección (esto es, no sólo sin contradecir el carácter imperativo de la norma, sino haciendo una valoración positiva de la misma). Pero esto último (extenderla a los convivientes) resultaría también chocante, a mi juicio, por cuanto implica abolir la única diferencia significativa de régimen jurídico entre matrimonio y parejas de hecho⁴¹ y, por tanto, de algún modo supondría *casar* a los no casados, en un exceso -quizás- de protección y afán equiparador.

A juicio de la doctrina canadiense, el carácter imperativo de la norma está del todo justificado en relación con la vivienda habitual del matrimonio (*matrimonial home*):

Uno de los más destacados autores canadienses en la defensa de la libertad de contratación es Michael J. TREBILCOCK. Su aportación es interesante porque, como jurista y economista, maneja elementos sociológicos y materiales de contraste. Resulta curioso que, aunque sigue fielmente a Adam Smith⁴² para argumentar siempre a favor de la libertad personal para contratar, al cuestionar qué reglas deben ser disponibles (*optional*) y cuáles obligatorias o imperativas (*mandatory*) -aspecto éste que le parece crucial-, concluye que es precisamente en relación con el matrimonio donde un argumento sociológico lleva a mantener la necesidad de que existan reglas que lo ordenen y presenten hacia el exterior como lo que es, un Signo: El bien de los hijos y el bien de las comunidades, así como la claridad y eficacia en lo que el autor denomina mercado de parejas (*market for partners*) recomiendan que el matrimonio se considere como una señal o distintivo y no sólo como un contrato o un estado; Esto afecta tanto al régimen económico como a las obligaciones de los cónyuges⁴³.

³⁸ Por ejemplo: DE LOS MOZOS (1982, p. 126), o HERRERO GARCÍA (1993, p. 587).

³⁹ En la obra citada, p. 1659.

⁴⁰ Conversaciones, en agosto de 2016.

⁴¹ Al menos en el Derecho interno. Fuera de las fronteras quedaría la seguridad que normalmente gozan - como antes quedó apuntado- las parejas casadas de que su matrimonio sea reconocido como tal en otros Estados (por ejemplo, a efectos de adopción).

⁴² TREBILCOCK, 1997, p. 241.

⁴³ TREBILCOCK, 1999, p. 248 y pp. 251-252. Encuentra forzada la crítica que se basa en afirmar que la protección de uno de los cónyuges respalda el matrimonio tradicional y con ello una concepción normativa problemática del matrimonio, porque -afirma- existen muchos matrimonios en los que emerge una

Paralela a la argumentación de TREBILCOCK, el matrimonio SCOTT defiende -en un prestigioso ensayo publicado en Canadá⁴⁴- el carácter contractual del matrimonio y sus ventajas. Precisamente se afirma que el marco contractual clarifica la estructura de la relación matrimonial. El contrato orienta hacia reglas que diseñan y refuerzan la estabilidad matrimonial. Un régimen contractual maduro -afirman- ofrece a la pareja que desea un compromiso estable los medios para perseguir sus objetivos. Estas palabras invitan a perder el miedo a normas que comprometen a los casados pues son normas que les ayudan a conseguir sus objetivos, aquello que desean, frente a otras alternativas quizás tentadoras ocasionalmente pero no deseadas.

Volvamos, con esta nueva perspectiva, sobre la argumentación de Aurelio BARRIO. Entiende el autor que debe admitirse la renuncia anticipada al derecho reconocido en el artículo 1320.I del Código civil, como hace un sector minoritario de la doctrina⁴⁵, toda vez que la norma habría perdido su función protectora de la familia al haber variado las circunstancias sociales en que ésta se desenvuelve: La finalidad de la norma -explica- es proteger al cónyuge «en inferioridad de condiciones frente a la eventual malevolencia de su compañero» (pp. 1690-1697). Opina con razón que la norma se constituyó en particular para la protección de la mujer ama de casa frente a una posible crisis matrimonial de la que pudiera resultar perdedora por ser el marido normalmente el propietario de la vivienda familiar. De la observación de que actualmente ambos cónyuges están en igualdad de condiciones deduce que el carácter imperativo e irrenunciable de la norma ha perdido su sentido. Con apoyo en la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 20 de junio de 2000 explica lo siguiente: «Únicamente debería estimarse la nulidad de la cláusula -en nuestro caso de renuncia- cuando "a los pactos alcanzados entre los cónyuges y elevados a públicos (...) se llegara desde una posición de inferioridad; en otro caso, debería estarse al *pacta sunt servanda*"»⁴⁶.

A mi juicio, hay que advertir que una cosa es hablar de igualdad general de condiciones para incorporarse al mercado laboral y otra distinta concluir que por ello exista una igualdad de resultados y un equilibrio por tanto de intereses en el caso singular. El capital humano y los beneficios intangibles que aporta cada uno de los cónyuges en el matrimonio, merece ser

desigualdad, de un lado, y porque incluso para los matrimonios presentes y futuros estas normas son disuasorias de intenciones de aprovecharse del otro, explotarlo o subordinarlo, en lugar de la genuina consideración de mutua ventaja (p. 247).

⁴⁴ SCOTT/SCOTT, 1999, p. 244.

⁴⁵ Cita, en este sentido, a LACRUZ y AMUNÁTEGUI, entre otros (p. 1680), si bien señala que la mayoría de la doctrina lo niega (citando -en este otro sentido- a GARCÍA CANTERO, entre otros) dado «el carácter imperativo que se predica del régimen matrimonial primario en su conjunto» (p. 1681) y alegando que la protección del «interés superior de la familia frente al particular de los cónyuges» dota a la norma de un carácter de orden público, así como que no se admite la renuncia a los propios derechos en perjuicio de tercero -conforme a lo dispuesto en el artículo 6 del Código civil-, y los hijos pueden tener esa condición de terceros (con cita de Muñoz de Dios, en este último sentido; pp. 1682-1685).

⁴⁶ En la obra citada, p. 1711. El entrecomillado interior a la cita es texto de la aludida sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 20 de junio de 2000.

tenido en cuenta⁴⁷. De otro lado, la norma puede proteger al cónyuge que partía de una igualdad de condiciones y –por enfermedad o cualquier otra circunstancia de la vida- se encuentra posteriormente en una situación de inferioridad (pudiéramos hablar de una *inferioridad sobrevenida*), ya que precisamente el intercambio de promesas matrimoniales tiene por objeto dotar de ese especial equilibrio y seguridad a los cónyuges, lo que no sucede en los casos de parejas de hecho. Elegir esta última opción sería, quizás, la vía adecuada para quienes quieran eludir una vinculación más fuerte.

Por último, frente a la crítica de Aurelio BARRIO a que se otorgue al cónyuge no titular un poder tal que le permita impugnar los actos de disposición del otro cónyuge (propietario o titular de un derecho real limitado o de un derecho personal sobre la vivienda familiar)⁴⁸, cabe afirmar que la decisión final queda en manos del juez, lo que añade un importante matiz corrector de cualquier actitud injustificada o mal uso del derecho otorgado por el artículo 1320.I del Código civil, a la vez que permite salvar el interés personal y familiar⁴⁹ frente a la actitud del cónyuge titular de la vivienda, como de hecho reconoce el autor⁵⁰.

La conveniencia del carácter imperativo de la norma se confirma en el texto de la *Propuesta de Código civil* redactada por algunos profesores de la Asociación de Profesores de Derecho civil⁵¹.

5. *La peculiar nulidad relativa del acto de disposición. Su por qué.*

La omisión del consentimiento de uno de los cónyuges cuando la ley lo requiera para la eficacia del contrato es causa de nulidad relativa (artículo 1301 CC, último párrafo)⁵², pero

⁴⁷ TREBILCOCK/KESHVANI, 1991, p. 552.

⁴⁸ Argumenta en este sentido que, si los cónyuges pueden pactar por capitulaciones matrimoniales la aplicación de otros sistemas, tales como el francés, ¿por qué no pueden acordar la renuncia anticipada a la protección otorgada por el artículo 1320 del Código civil? (pp. 1712-1716). Y añade: «Hoy día es relativamente escaso el número de autores que defiende la aplicación del régimen primario contenido en el Código civil a los derechos forales» (p. 1721). Sucede, sin embargo, que los diversos derechos forales contienen una norma semejante a la que estamos analizando, con excepción del Derecho balear (cita a AMUNÁTEGUI, en este sentido, en nota 304), lo que lleva al autor a reafirmarse en la posibilidad de eludir la norma por remisión a otro sistema normativo, en concreto, al balear, y, por consiguiente, en la posibilidad de afirmar el carácter disponible del régimen primario (pp. 1718-1722 y 1727-1728).

⁴⁹ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, 2004.

⁵⁰ En el trabajo citado, el autor reconoce –en nota a pie de página- que su argumento queda mitigado por el recurso a la autorización judicial (pp. 1700-1701).

⁵¹ Tecnos, 2018 (véase, artículo 261-12.1 *in fine*).

⁵² El acto de enajenación o gravamen de la vivienda familiar realizado por uno de los cónyuges, unilateralmente, es anulable, tanto en el Derecho español (artículos 1301, 1320 y 1322.I CC) como en el canadiense, si se realizó a título oneroso. Si se tratase de una enajenación a título gratuito, sin embargo, el Derecho español introduce una peculiaridad, considerándolo absolutamente nulo si fuera un bien común a ambos cónyuges (artículo 1322.II CC español), pero esto no debe llevarnos a extender la regla a los supuestos de disposición del bien privativo de uno de los cónyuges. Como indica BARRIO GALLARDO (2012, p. 1698), existe unanimidad doctrinal en considerar el carácter anulable de este acto. La inacción del cónyuge se

da lugar a ciertas *peculiaridades* en relación con el régimen jurídico general de la anulabilidad⁵³. Veamos, a continuación, cuáles son estas desviaciones de la regla general y cuál es la razón que las justifica:

La primera peculiaridad, común a los sistemas español y canadiense, se refiere a la posibilidad de que el juez intervenga en la toma de decisiones relativas a la eficacia del contrato: Está justificada porque -mientras en los demás supuestos de nulidad relativa se trata de amparar el interés del sujeto protegido (y legitimado para impugnar el acto⁵⁴)-, cuando la ley requiere el consentimiento de ambos cónyuges para el acto de disposición de la vivienda familiar, lo hace en interés de la familia y no exclusivamente del cónyuge cuyo asentimiento se requiere. La familia (o la convivencia familiar) sobresale como interés superior frente al interés del sujeto legitimado para impugnar la eficacia del contrato (el cónyuge cuyo asentimiento se ha omitido).

La segunda peculiaridad se refiere a la restitución recíproca de las prestaciones (artículos 1303, 1307 y 1308 CC). Este efecto de la nulidad relativa tiene, conforme a lo dispuesto en el artículo 1308 del Código civil, carácter sinalagmático, de modo que no puede exigirse la restitución de una prestación si a su vez no se devuelve a la otra parte contratante lo que entregó en virtud del contrato declarado nulo. A mi juicio, en los supuestos que estamos considerando, cabe cuestionar la aplicación del artículo 1308 del Código civil, dado que la recuperación del inmueble como vivienda familiar está justificada por el interés superior de la familia y no por la protección en concreto del cónyuge cuyo asentimiento se ha omitido. No quiere esto decir que no haya derecho a la restitución recíproca de las prestaciones (que por supuesto lo hay), sino que la recuperación del carácter de vivienda familiar del inmueble no dependerá de la restitución de la prestación entregada por el adquirente. Como veremos, en el Derecho canadiense encontramos un caso en que así fue estimado por el juez. Esta peculiaridad está justificada, como la anterior, por la protección al interés superior de la familia. Sólo el cónyuge disponente tiene en su mano restituir la prestación (no está al alcance del cónyuge impugnante el hacerlo) y no tendría sentido dejar la recuperación de la vivienda familiar en sus manos teniendo en cuenta, además que el adquirente (en principio⁵⁵), será alcanzado por la anulabilidad cuando sea de mala fe (en cuyo caso no merece un especial amparo), o bien cuando haya adquirido a título gratuito (en cuyo caso no hay contraprestación alguna).

considerará como una confirmación (que el autor denomina ratificación, p. 1699), conforme a lo dispuesto en los artículos 1309 y siguientes del Código civil.

⁵³ Analicé el régimen jurídico general de la nulidad relativa en la monografía titulada *La anulación del contrato* (Civitas, 2011).

⁵⁴ Por sí o por sus representantes (artículo 1301 CC). Así, en los supuestos de vicios del consentimiento (error, dolo, violencia o intimidación) y en los casos de contratación con menores o incapacitados con cierto uso de razón, reconocido legal o judicialmente.

⁵⁵ Más adelante introduciremos un criterio que permite flexibilizar el rigor de la regla general.

Al entrar en las peculiaridades de esta modalidad de nulidad relativa, pasamos del Derecho de familia al Derecho de contratos. En este ámbito, es necesario hacer un análisis detallado de los presupuestos y caracteres de esta modalidad de ineficacia contractual, dado que presenta anomalías en relación con el régimen general de la anulabilidad, justificadas por las razones que se acaban de exponer. La perspectiva comparada, al confirmar la presencia de estas desviaciones del régimen general de la nulidad relativa, confirma también su razón de ser.

5.1. Los presupuestos de la situación de anulabilidad

Para estimar la ineficacia del contrato celebrado unilateralmente por el cónyuge titular, interesa atender a los siguientes aspectos: En primer lugar, la amplitud con que se describe la causa o finalidad del contrato sobre el que recae la limitación; En segundo lugar, la omisión del asentimiento del cónyuge no titular; En tercer y último lugar, las condiciones que, si concurren en el adquirente de la vivienda familiar, determinan la anulabilidad del contrato (mala fe y/o título gratuito).

a) El acto de disposición de la vivienda familiar

La limitación impuesta por el artículo 1320 del Código civil al cónyuge titular de la vivienda familiar o de un derecho sobre ella, recae sobre los actos de disposición de cualquier derecho –personal o real- sobre el inmueble, sea para venderlo o transmitirlo de cualquier modo, sea para gravarlo, hipotecándolo o constituyendo cualquier tipo de carga o limitación de la propiedad o del derecho que se ostente sobre el bien⁵⁶. El derecho sobre la vivienda familiar que queda comprometido por razón del matrimonio puede ser tanto un derecho real como un derecho de naturaleza personal, aunque pertenezca a uno solo de los cónyuges. Por ejemplo, queda afectado o limitado el derecho del cónyuge titular tanto si es propietario de la vivienda habitual de la familia, como si es arrendatario de la misma⁵⁷.

⁵⁶ En este sentido, también se pronuncian, entre otros, MORALEJO IMBERNÓN (2013, p. 9329), ALEJÁNDREZ PEÑA (2010), o Luis MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ (2006, p. 62). A juicio de HERRERO GARCÍA (1993, p. 589), la norma no sólo abarcaría los actos de disposición en sentido estricto, sino que la limitación incluiría, por ejemplo, «la abstención culpable de un cónyuge negligente de hacer valer sus derechos o de defenderlos». MURCIA QUINTANA (2002, pp. 431 y 434, entre otras) considera que el concepto de acto de disposición que encontramos en el artículo 1320 del Código civil tiene un contenido específico («es un concepto propio», explica), delimitado por la función tuitiva del precepto, que conduce a la obligación del cónyuge titular de «no ejercer» el poder de disponer cuando –directa o indirectamente (incluso por suponer un riesgo)- perjudique a la vida familiar.

⁵⁷ El artículo 12 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, regula en España esta materia de modo específico, y amplía la protección –más allá de la familia fundada en el matrimonio- a las parejas de hecho. En el Registro de la propiedad español, se inscribirá la condición de vivienda familiar cuando uno o ambos cónyuges sean propietarios de la misma, así como cuando uno o ambos miembros de la pareja (sea un matrimonio, sea una pareja de hecho) sean titulares de un derecho de arrendamiento sobre el inmueble. Comenta O'CALLAGHAN MUÑOZ (2016, p. 1417) que el artículo 12 de la LAU es «una aplicación del principio contenido en este art. 1320».

La misma norma encontramos en el Derecho canadiense: «No spouse shall *dispose of or encumber* an interest in a matrimonial home unless (...)»; El término «encumber» debe interpretarse conforme a su sentido habitual en el artículo 21 FLA, esto es, como una carga o gravamen de la propiedad, una pretensión de tercero, un alquiler de la misma o una responsabilidad asociada expresamente a la propiedad⁵⁸. No incluye, sin embargo, la adquisición de obligaciones personales que graven el patrimonio en general conforme al principio de responsabilidad patrimonial universal:

Por ejemplo, el juez denegó la impugnación de un préstamo sin garantía otorgado a la empresa del marido sin asentimiento de la esposa, por no constituir un gravamen ni limitación directa de derechos sobre la vivienda familiar⁵⁹.

b) La omisión del asentimiento⁶⁰ del cónyuge no titular

El Derecho español exige la concurrencia del consentimiento de ambos cónyuges o, cuando esto no fuera posible, el del cónyuge titular con la correspondiente autorización judicial, como requisito de eficacia del acto de disposición de la vivienda familiar privativa de uno de los cónyuges (artículo 1320.I CC). También en Canadá, la validez y eficacia de la enajenación o gravamen de la vivienda familiar requiere el consentimiento de ambos cónyuges o bien una autorización judicial⁶¹. No será válido, lógicamente, a estos efectos, el uso de un poder revocado al tiempo de la enajenación:

En el caso *Singh v. Singh*⁶², el marido vendió la vivienda matrimonial sin asentimiento de la mujer, que había contribuido al sostenimiento de las cargas familiares durante los dieciocho años de matrimonio y hasta que se le diagnosticó una enfermedad. Ninguno de los tres hijos vivía ya con el matrimonio al tiempo de la venta. El juez estimó la demanda de nulidad de la enajenación interpuesta por la mujer y declaró que el contrato carece de efectos frente a ella, al haber utilizado el marido un poder para vender la casa firmado por su mujer, pero luego revocado.

Adviértase que en este caso se declaró la nulidad atendiendo a la conducta tortuosa del marido y a los muchos años que la mujer estuvo contribuyendo al sostenimiento de las cargas familiares, pero con absoluta independencia de la buena fe del adquirente. Volveremos sobre ello más adelante.

⁵⁸ Caso *Bank of Montreal v. Bray*, 1997 CarswellOnt 3903; Extractado en MC. DONALD/VV. AA. (2015, p. 32-Parte II).

⁵⁹ MOSSMAN, 2012, p. 539.

⁶⁰ MURCIA QUINTANA (2002, p. 430) defiende fundadamente la equívoca redacción del precepto. A su juicio, no se trata del consentimiento contractual en sentido estricto, sino del *asentimiento* del cónyuge no titular (p.197); «Sin acuerdo –afirma- no puede existir la vivienda familiar, y por la misma razón, sin acuerdo, no puede dejar de existir la vivienda familia». Este matiz es confirmado por los autores de la *Propuesta de Código civil* (APDC, 2018, artículo 261-12.1).

⁶¹ Artículo 21.1 (a) y (c) FLA.

⁶² 2006 CarswellOnt 3119, reportado por MC.LEOD/MAMO (2015, Apartado Ontario: *The Family Law Act*).

El asentimiento puede prestarse por el cónyuge del disponente de modo tácito o expreso⁶³. Detengámonos brevemente en la norma canadiense. Los términos en que está redactada, permiten hacer una interpretación flexible de la misma a efectos de presumir la concurrencia del asentimiento del cónyuge no titular. La norma establece que ninguno de los cónyuges puede disponer de la vivienda familiar sin que el otro firme el documento o consienta la transacción. Esta última disyuntiva ha permitido interpretar que la escritura de venta de la casa, por ejemplo, firmada sólo por el cónyuge propietario, será un documento válido para la enajenación ya que la ley no exige que el consentimiento de ambos conste por escrito necesariamente, pudiendo darse por supuesta tácitamente la autorización del cónyuge no propietario a efectos de estimar la validez del contrato entre las partes⁶⁴.

c) La mala fe o el título gratuito del adquirente

Dos son las circunstancias que, cuando concurren en el adquirente, dan lugar a la nulidad relativa del acto de disposición de la vivienda habitual realizado unilateralmente por el cónyuge titular exclusivo de la misma. Pueden concurrir simultánea o alternativamente: La primera es que éste haya adquirido a título gratuito; La segunda es que haya adquirido con mala fe.

Emilio MURCIA QUINTANA, en su monografía sobre la materia que estamos tratando⁶⁵, se refiere a los «límites a la protección del cónyuge no titular ante el tráfico jurídico», que entiende comprendidos en el segundo párrafo del artículo 1320 del Código civil (p. 337). A su juicio, el segundo párrafo del artículo 1320 CC contraría el espíritu protector de la familia propio del párrafo primero del mismo artículo, al introducir criterios conforme a los que puede ampararse el tráfico jurídico por encima del interés de la familia (p.354). Sin embargo, la redacción del precepto, a mi juicio, en relación con lo dispuesto en los artículos 1322 y 1301

⁶³ En España, se considera suficiente que el consentimiento del cónyuge consorte del titular se preste tácitamente, pero ha de ser un consentimiento específico. Por todos, véase el estudio de MURCIA QUINTANA (2002, pp. 195-211): El asentimiento del cónyuge no titular ha de ser específico respecto al objeto y el acto proyectado (p. 207), y puede expresarse de forma tácita o expresa (pp. 208-209). Así lo confirma la jurisprudencia del Tribunal Supremo; Al respecto, pueden verse los comentarios al artículo de Juan Antonio XIOL RÍOS (2010, p. 1481), o ALEJÁNDREZ PEÑA (2010). En su también muy detallado estudio, BARRIO GALLARDO (2012) explica que se admite el consentimiento «tácito o por actos concluyentes», y que se han considerado suficientes actos tales como la presencia en la notaría o el hecho de mostrar el piso al comprador (p. 1661, si bien estos actos –en mi opinión– deberán ir acompañado de otros indicios que indiquen asentimiento al precio). A juicio del autor, un amplio sector de la doctrina opina que el consentimiento ha de ser específico, no bastando un poder general (pp. 1665-1669). El autor indica que la autorización en escritura pública separada es viable, también para dar cauce al consentimiento «anticipado» (p. 1676), o bien el consentimiento en un poder otorgado para disponer de bienes gananciales o en capitulaciones matrimoniales, pero requiriendo siempre una cláusula específica que lo recoja (p. 1677). En su opinión, el Notario puede autorizar la escritura, aunque no esté presente uno de los cónyuges, haciendo constar que se hizo advertencia a las partes contratantes y que éstas insistieron y prestaron su conformidad (p. 1678, cita el artículo 169 del Reglamento notarial).

⁶⁴ HAINSWORTH, 2016, p. 4 del comentario al Artículo 21 FLA.

⁶⁵ MURCIA QUINTANA, 2002, pp. 337-373.

-último párrafo- del Código civil, si bien permite afirmar que tanto la mala fe del adquirente como el título gratuito son factores que legitiman la anulación del acto, no prejuzga por el contrario que todo adquirente a título oneroso y de buena fe haya de quedar protegido. Esto es, no impone la protección del tráfico jurídico como criterio superior a la defensa del interés de la familia necesariamente: Por el contrario, deja un margen al arbitrio judicial. La cuestión es afinar en los criterios que el juez puede tener en cuenta para el proceso de toma de decisiones. Detengámonos por tanto en este punto brevemente, y tengámoslo presente al ir comparando sistemas a fin de alcanzar soluciones prácticas con las que concluir este estudio.

Contrastemos la norma con el Derecho anglosajón que estamos considerando: A diferencia de lo que sucede con la redacción española del artículo 1320 del Código civil, la norma canadiense protege expresamente a los adquirentes a título oneroso y de buena fe, esto es, que no conocían o –dadas las circunstancias es posible afirmar- que no pudieron conocer la condición de vivienda familiar del inmueble al tiempo de celebrarse el contrato. La buena fe se presume, salvo que por otro medio se pruebe que la persona a cuyo favor se realizó el acto de disposición tuvo conocimiento de lo contrario o que, dadas las circunstancias, sea posible afirmar que debía tenerlo⁶⁶. Pese a ello, encontramos en la jurisprudencia canadiense casos en los que el juez ha apreciado otros criterios y ha permitido la anulación del acto, considerando el interés superior de la familia, a pesar de la buena fe y título oneroso del adquirente, esto es, con independencia del criterio de protección del tráfico jurídico⁶⁷. En otras ocasiones, el juez ha buscado mecanismos ajenos a la norma para otorgar a la familia la protección que merece (en particular, veremos el *constructive trust*)⁶⁸.

Volviendo a la regla general canadiense, es cierto que normalmente la protección del adquirente de buena fe y con título oneroso es el criterio aplicado: Por ejemplo, en el caso *Pessotski v. Toronto Dominion Bank* (2011 CarswellOnt 2629), se desestimó la demanda de nulidad de la hipoteca de la vivienda familiar interpuesta por la esposa, porque el banco acreedor hipotecario no sólo no fue advertido de la existencia del matrimonio al tiempo de constituirse la hipoteca, sino que el marido había negado que estuviera casado⁶⁹. El texto legal canadiense admite -como el español⁷⁰- que es suficiente prueba de la buena fe del adquirente la declaración -realizada por el cónyuge titular al tiempo de contratar- de que no se trata de una vivienda familiar; Pero además, para que no quede lugar a dudas, entra a detallar hasta cinco supuestos en los que el adquirente queda protegido por esta razón, salvo prueba en contrario⁷¹.

⁶⁶ Artículo 21.2 FLA.

⁶⁷ En este sentido se desarrolla el caso antes aludido, *Singh v. Singh* (2006 CarswellOnt 3119), reportado por MC.LEOD/MAMO, 2015, Apartado Ontario: *The Family Law Act*.

⁶⁸ Como en el caso *Stevens v. Stevens* (2005 CarswellOnt 4642), al que más adelante se hará referencia (reportado en: MC.LEOD/MAMO, 2015, Apartado Ontario: *The Family Law Act*).

⁶⁹ Reportado en: MC.LEOD/MAMO, 2015, Apartado Ontario: *The Family Law Act*.

⁷⁰ Artículo 1320.II CC.

⁷¹ Artículo 21.3 FLA.

Estos supuestos, perfectamente extrapolables –a mi juicio- al Derecho español, son los siguientes: 1º Cuando el disponente verifique no ser cónyuge al tiempo de la enajenación o gravamen; 2º Cuando el disponente verifique que no está separado/a de su cónyuge y que la vivienda no tiene el carácter de residencia familiar; 3º Cuando el disponente verifique que está separado/a de su cónyuge y que el inmueble no se usaba ordinariamente como residencia familiar al tiempo de la separación; 4º Cuando el inmueble no haya sido designado conjuntamente por los cónyuges como residencia familiar y se verifique que existe otro inmueble declarado por ambos con tal carácter en el Registro de la propiedad sin que se haya cancelado tal anotación; o, 5º Cuando se verifique que el otro cónyuge ha renunciado a sus derechos sobre la vivienda familiar por convenio de separación. En su párrafo 4º, el mismo artículo declara como prueba suficiente de que el inmueble no constituye la vivienda familiar, a efectos de considerar la buena fe del adquirente, la declaración del abogado del disponente, basada en su conocimiento personal.

Las mismas reglas de protección del tráfico se aplicarán cuando –aun habiéndose producido la separación del matrimonio, o el divorcio, y habiendo cesado por tanto la necesidad de requerir el asentimiento del cónyuge para disponer de la vivienda- existiera una orden judicial limitando la facultad de disponer del cónyuge titular y éste –desobedeciendo dicha orden- enajenara la vivienda familiar.

En el caso *Shoukralla v. Shoukralla* (2014), la mujer logró dejar sin efectos la venta de la vivienda familiar –de la que ambos cónyuges eran copropietarios- realizada por el marido desobedeciendo la orden del juez de no disponer de los bienes sin autorización judicial tras la separación. Aunque el marido alegó que era necesaria la venta para pagar deudas, el hecho de que los terceros fueran personas que convivían con el marido y que al menos una de ellas tuviera relación con él se consideró suficiente para estimar que la intención de la venta era defraudar a la mujer y que los adquirentes tenían conocimiento de ello y eran, por tanto, de mala fe⁷².

5.2. Las características de la nulidad relativa del acto de disposición

Las características de esta modalidad de ineficacia contractual comparten sus peculiaridades –en relación con el régimen ordinario de la nulidad relativa- en los sistemas español y canadiense. Para analizarlas, nos detendremos en tres aspectos: En primer lugar, la legitimación activa y pasiva; En segundo lugar, la forma de ejercicio de la anulación del contrato; Y, por último, los efectos de la anulación que, en su caso, pueda tener lugar.

a) Legitimación activa y pasiva en la anulación del contrato

El sujeto legitimado para impugnar el acto de disposición unilateral de un derecho –personal o real- sobre la vivienda familiar, es el cónyuge de cuyo asentimiento se ha prescindido. No

⁷² 2014 CarswellOnt 9518, reportado en: MC.LEOD/MAMO, 2015, Apartado Ontario: *The Family Law Act*.

están legitimados para hacerlo, sin embargo, sus descendientes⁷³, ni ningún tercero, a menos que lo hagan como representantes del cónyuge afectado⁷⁴.

Por ejemplo, en el caso *Banton v. Banton* se denegó el ejercicio de la acción al segundo esposo, que pretendía dejar sin efectos la enajenación de la vivienda familiar del primer matrimonio realizada sin el consentimiento de la mujer. El juez declaró que la ley ampara a los cónyuges, no a terceros por más que estén casados al tiempo de interponer la demanda con uno de los miembros del anterior matrimonio: No se trata de una nulidad *ab initio* -aclara- sino de la facultad de anular reconocida a uno de los cónyuges⁷⁵.

Tampoco pueden subrogarse en su lugar los acreedores, cuando quien impugna el contrato no es titular del inmueble o de parte del inmueble⁷⁶.

Pero fijémonos en que la ineficacia contractual está prevista -en este caso- no sólo en función del interés del cónyuge no titular, sino al servicio de la familia. Esto quiere decir que, si bien la persona legitimada activamente para impugnar el contrato es precisamente el cónyuge cuyo asentimiento se ha omitido, lo es como representante del interés del conjunto familiar, y -en última instancia- el juez podrá decidir sobre la eficacia o ineficacia del contrato, autorizándolo o anulándolo en caso de desacuerdo al respecto entre los cónyuges⁷⁷.

La legitimación pasiva necesaria corresponde, lógicamente, al cónyuge titular disponente y al sujeto que contrató con él, pues este último queda directamente afectado por el ejercicio de la acción y merece ser escuchado en juicio.

b) La peculiar forma de ejercicio de la anulación del contrato

En contra de la norma general anglosajona (que admite la anulación extrajudicial o mediante notificación), en los supuestos que estamos considerando la ley canadiense determina excepcional y claramente el carácter judicial de la anulación del contrato. Aunque el cónyuge de cuyo asentimiento se ha prescindido sea el legitimado para invocar la ineficacia del contrato, sólo el juez puede otorgarla y lo hará de forma discrecional. En este sentido, la doctrina explica que el cónyuge cuyo consentimiento se ha omitido está legitimado para *solicitar* que se deje sin efectos el contrato (*to apply to set aside a transaction*)⁷⁸. Esto mismo podemos decir del Derecho español: El poder de impugnación del contrato en estos casos (*ex*

⁷³ En este sentido se pronuncia la jurisprudencia (XIOI RÍOS, 2010, p. 1479) y la doctrina (entre otros, MORALEJO IMBERNÓN, 2013, pp. 9327-9328 y 9349).

⁷⁴ Si podrán interponer la acción, por ejemplo, los herederos del cónyuge legitimado, cuando concurran los presupuestos para el ejercicio de la acción. Conforme al Derecho español, esta posibilidad aparece expresamente admitida en el artículo 1322.I CC.

⁷⁵ 1998 CarswellOnt 3423, extractado en: MC. DONALD/VV.AA., 2015, p. 34-Parte II.

⁷⁶ MC. DONALD/WILTON, 2015, p. 427.

⁷⁷ Se explica a continuación con más detalle, al tratar de la forma de ejercicio de la anulación del contrato o acto de disposición de la vivienda familiar.

⁷⁸ MOSSMAN, 2012, p. 539.

artículo 1322.I CC) no es un poder absoluto de configuración jurídica de la situación contractual, porque está a su vez sometido al arbitrio judicial, a instancia del cónyuge disponente.

Aunque por tratarse de una nulidad relativa y no absoluta cabría preguntarse si la forma de ejercicio ha de ser judicial necesariamente o si se admitiría la eficacia de la anulación extrajudicial, estamos ante un supuesto especial en que la ineficacia del acto requiere sentencia. Pese a que en el Derecho anglosajón (como en el germánico-continental y el de los países asiáticos que legislaron bajo su influencia) la anulación del contrato es extrajudicial y se realiza mediante notificación a la otra parte⁷⁹, es posible afirmar que, en este caso concreto, el ejercicio judicial es la forma prevista legalmente. La razón está, a mi juicio, en que el bien que se pretende proteger es –como quedó indicado– la familia y no propia o exclusivamente el interés del cónyuge cuyo consentimiento se omitió, pese a ser éste el sujeto legitimado para el ejercicio de la acción: Conforme a la ley canadiense, el remedio se aplica discrecionalmente por el juez, a quien se otorga el poder de decisión (justificada⁸⁰) sobre la eficacia o ineficacia del acto realizado, puesto que la norma protege –en este caso, y a diferencia de los otros supuestos de anulabilidad– un interés superior al del sujeto legitimado (la familia)⁸¹.

El carácter judicial de esta forma de ineficacia contractual se deriva de los artículos 21.1(c) y 23 de la *Family Law Act*. El primero de ellos dispone que el juez puede autorizar la enajenación unilateral y dejar sin efecto las normas generales en materia de vivienda familiar en relación con el inmueble. Por otra parte, cuando la ley dispone que los actos de disposición unilateral de la vivienda doméstica son anulables, añade que lo son por aplicación de lo dispuesto en el artículo 23 de la *Family Law Act* (artículo 21.2 FLA): Conforme al citado artículo 23, se reconoce a los jueces –a instancia del cónyuge o persona con interés legítimo– el poder para anular o confirmar el acto de disposición, entre otras posibles actuaciones⁸²; La confirmación del acto requiere una fundamentación sólida conforme a lo dispuesto en la ley.

⁷⁹ Al respecto: JEREZ DELGADO, 2009, pp. 147-178. Está publicada también su versión inglesa: «Contract Avoidance in United States Law», *Revista Internacional de Estudios de Derecho procesal y arbitraje*, 2010 (online).

⁸⁰ Artículos 21.1.c) y 23 FLA.

⁸¹ HAINSWORTH, 2016, p. 12 del comentario al Artículo 21 FLA. El autor apunta: «It should be remembered that the transaction is not void, but is voidable by the court, and, in this respect is a discretionary remedy». Más adelante, vuelve a insistir sobre el carácter discrecional del remedio: «The court *may* set aside the transaction. Thus, the transaction sought to be impugned is not void ab initio but is, rather, merely voidable. Moreover, the court has a discretion to grant or withhold relief» (p. 3 del comentario al Artículo 23 FLA).

⁸² La norma otorga poder al juez para lo siguiente: a) Determinar si se trata o no de una residencia familiar y, en su caso, en qué medida; b) Autorizar la enajenación o gravamen de la vivienda familiar si se juzga que el cónyuge cuyo consentimiento es requerido no puede ser localizado o no está disponible, o carece de capacidad para prestar consentimiento válido, o no es razonable que lo preste, sujeta a cualquier condición que se juzgue apropiada, tal como la provisión de otra vivienda semejante o el pago de la misma [la jurisprudencia ha tenido ocasión de discernir en este punto la diferencia entre la autorización judicial para la enajenación o gravamen de la vivienda perteneciente a uno de los cónyuges y la enajenación del derecho del cónyuge cotitular, derecho este último del que no puede disponer el juez por más que lo solicite el otro cónyuge]; c) Dispensar de la notificación efectiva al cónyuge del deudor ejecutado prevista en el artículo 22; d) Ordenar la anulación de la enajenación o gravamen del inmueble contraria a lo dispuesto en el artículo 21.1 y disponer lo que considere apropiado en relación con el mismo; y, e) Cancelar la designación realizada en el Registro si el inmueble no es realmente la vivienda familiar (por ejemplo, por no reunir la condición de cónyuges quienes la hicieron). Así, en el caso *Kanafani v. Abdalla* (2010), antes citado, en que la mujer inscribió la condición del inmueble como vivienda familiar: Su pareja, titular del inmueble, tuvo éxito en la

También en España la forma de ejercicio de la anulación del contrato es, en este caso concreto, necesariamente judicial, al admitir de forma expresa el artículo 1320 del Código civil que el juez corrija el poder de impugnación que la norma otorga al cónyuge cuyo consentimiento se ha omitido, autorizando la eficacia del acto. La sentencia tendrá, por tanto, eficacia constitutiva de la ineficacia contractual en este caso concreto, lo que es compatible con afirmar que puede considerarse como una excepción a la regla general en materia de nulidad relativa del contrato⁸³.

c) Los efectos de la anulación del contrato

Anulado el contrato, procede –en Derecho español– la restitución recíproca de las prestaciones entre los contratantes (artículos 1303 y 1307 CC). La misma regla se sigue en el sistema canadiense: El inmueble recupera la condición de vivienda familiar (*matrimonial home*), de un lado, y el comprador tiene derecho a la restitución de lo entregado en concepto de precio, de otro. Sin embargo, la doctrina canadiense opina que este pago no es requisito *sine qua non* de la restitución del derecho sobre la vivienda familiar⁸⁴. Esto, en Derecho español, supondría una quiebra de la regla de la reciprocidad sinalagmática en la restitución de las prestaciones, prevista en el artículo 1308 CC. Una vez más, esta excepción a la regla general bien puede admitirse, en mi opinión, por justificarlo el interés superior de la familia (téngase en cuenta que –si ha lugar a la anulación– estamos ante un adquirente que, o es de mala fe, o carece de título oneroso que le ampare frente a la pretensión del cónyuge impugnante, como regla general, o bien el juez ha considerado que existen razones más que suficientes para amparar a la familia en el caso concreto manteniendo el inmueble la condición de vivienda familiar).

En definitiva, comprobamos que el régimen jurídico de la nulidad relativa o anulabilidad, en los casos que estamos considerando, se distorsiona en algunos puntos a efectos de lograr un equilibrio entre la protección del interés superior de la familia y la protección de la seguridad del tráfico jurídico: Por una parte, el Derecho canadiense no admite aquí la autotutela o anulación extrajudicial (mediante notificación a la otra parte), propia en general del sistema anglosajón; Y, por otra parte, la restitución del precio al comprador no es un ineludible requisito para que la casa recupere su carácter de vivienda familiar. Son indicios claros de que la función que cumple la norma no es directa o exclusivamente la protección del interés del cónyuge de cuyo asentimiento se ha prescindido sino la defensa de la vida familiar. Las mismas peculiaridades son predicables del sistema español, como compartidas son también las razones que lo justifican.

demanda de cancelación de la anotación al no reunir la ceremonia de casamiento los requisitos formales para hablar de matrimonio.

⁸³ Defiendo la posibilidad de anular extrajudicialmente el contrato en los supuestos típicos del artículo 1301 CC, como regla general. La excepción a la regla es el supuesto previsto en su último párrafo –que aquí estamos considerando– por las razones arriba apuntadas (JEREZ DELGADO, 2011).

⁸⁴ McDONALD/WILTON, 2015, p. 418.

6. *La protección del adquirente*

El artículo 1320 del Código civil genera un control sobre la facultad de disponer del cónyuge titular de la vivienda familiar –en manos del otro cónyuge y bajo la tutela judicial- que afecta a todos los efectos del acto de disposición (contractual y traslativo, o título y modo si empleamos las categorías jurídicas del sistema de transmisión de bienes)⁸⁵. Esto hace que la adquisición del adquirente quede en entredicho, salvo que se trate de un procedimiento ejecutivo. La materia conecta así con el Derecho inmobiliario y, ocasionalmente, con el Derecho registral.

Aunque los sistemas español y canadiense son semejantes en este ámbito, interesa subrayar tres aspectos del Derecho canadiense que pueden servir de contraste: En primer lugar, la consideración de una peculiar *pseudo*-cotitularidad de los cónyuges sobre los derechos que ostenten (uno o ambos) en relación con la vivienda familiar; En segundo lugar, la importancia de la anotación en el Registro de la propiedad del carácter del inmueble como vivienda familiar; Por último, la protección del adquirente, con independencia de si es o no titular registral.

6.1. La doctrina canadiense de la *pseudo*-cotitularidad de los cónyuges

La doctrina canadiense opina que, a pesar de que la *Family Law Act* no crea derechos reales en virtud del matrimonio⁸⁶ y parte además de un régimen de independencia patrimonial de los esposos, subyace en materia de vivienda familiar un principio generador de una *pseudo*-cotitularidad de los cónyuges sobre ella⁸⁷:

La razón de ese principio de generación de una *pseudo*-cotitularidad está en la necesaria protección del interés del conjunto familiar, favoreciendo su estabilidad a través del control del hogar por ambos esposos, finalidad que se cumple suficientemente con el derecho de ambos a la posesión de la vivienda y se refuerza por la disposición prevista en el artículo 21

⁸⁵ Conforme a la teoría del título y el modo, en el sistema español, cuando se produce una infracción del artículo 1320 del Código civil por transmitir la vivienda familiar o constituir un derecho sobre ella sin asentimiento del otro cónyuge, se ha dicho que existe un defecto en el proceso transmisivo que afecta al modo (BARRIO GALLARDO, 2012, p. 1660). Compatible con lo anterior es afirmar que el poder de control que otorga el artículo 1320 CC al cónyuge cuyo consentimiento se ha omitido puede afectar, no sólo al modo, sino también al título. Otros autores han explicado que el artículo 1320 del Código civil no contiene una prohibición de disponer, sino una obligación para el cónyuge titular «de no ejercer dicho poder» (el poder de disponer) si no concurren ciertos requisitos, así como la inoponibilidad del acto frente al cónyuge con cuyo asentimiento no se ha contado (MURCIA QUINTANA, 2002, pp. 290 y 434, entre otras).

⁸⁶ En este sentido, KRONBY (2001, pp. 101-103). El autor explica que ninguno de los esposos adquiere, en virtud del matrimonio, derechos reales sobre los bienes del otro, ni en todo ni en parte, aunque la ley provincial o el acuerdo de las partes puede crear un derecho a compartir lo adquirido durante el matrimonio y el derecho a la posesión (no a la propiedad) de la vivienda familiar (como sucede en Ontario con la FLA).

⁸⁷ HAINSWORTH, 2016, p. 2 del comentario al Artículo 21 FLA.

FLA, conforme a la que ninguno de los cónyuges puede enajenar unilateralmente la vivienda familiar ni disponer de derechos sobre ella a favor de terceros.

Lógicamente, no se trata de una cotitularidad en sentido estricto, ya que el cónyuge titular no pierde su derecho sobre la totalidad. Si -por ejemplo- el cónyuge titular vende el inmueble con el consentimiento del otro o con autorización judicial, tendrá derecho a recibir la totalidad del precio, que no ha de repartirse entre ambos. No obstante, en alguna ocasión el juez podría estimar por razón justificada la figura del *constructive trust* y reconfigurar la propiedad apreciando ciertos derechos adquiridos por el cónyuge no titular sobre la vivienda, más allá de lo previsto por la norma. Como veremos, esto último es más propio de la jurisprudencia emanada de conflictos entre miembros de las parejas de hecho, pero no exclusivo.

En este sentido, McDONALD Y WILTON⁸⁸ afirman que el Preámbulo de la *Family Law Act* justifica un derecho de retención y la aplicación del *trust* a fin de garantizar la igual posición de los esposos en el matrimonio y el reconocimiento de que el matrimonio es un tipo de sociedad: Estos objetivos, marcados en el Preámbulo de la Ley -explican los citados coautores- «are furthered by the use of the constructive trust remedy in appropriate circumstances». De ello nos ocuparemos en el último apartado de este trabajo.

6.2. La importancia de la anotación registral de la condición del inmueble

La doctrina canadiense insiste en la importancia de anotar en el Registro de la propiedad la condición de vivienda familiar correspondiente al inmueble a efectos de facilitar el conocimiento a terceros, entre otras ventajas⁸⁹. La ley dispone además que toda orden o mandamiento judicial relacionado con la vivienda familiar tenga acceso al Registro de la propiedad a fin de darle la necesaria publicidad frente a terceros⁹⁰.

Cualquiera de los cónyuges -sea o no propietario-, o ambos cónyuges conjuntamente, están legitimados para solicitar la anotación registral de la condición del inmueble, pero los efectos serán distintos en uno y otro caso:

Cuando lo hagan *conjuntamente*, cualquier otra residencia que tuviera tal carácter con anterioridad cesará en su condición de residencia familiar -conforme a lo dispuesto en la ley- si no fue declarada por ambos. La cancelación de esta anotación activará el carácter que como tal tuviera otra residencia de los cónyuges⁹¹. La anotación registral se cancelará por iniciativa de la persona o personas que la

⁸⁸ McDONALD/WILTON, 2015, vol. 1, p. 2 del comentario al Preámbulo de la *Family Law Act*.

⁸⁹ McDONALD/WILTON, 2015, p. 412) explican que la designación de la vivienda familiar tiene una importancia primordial, por ejemplo, a efectos de asegurar a los esposos el control y posesión conjunta de la misma frente a terceros, facilitar su identificación, o liberar otras propiedades de ser calificadas como tal cuando sean susceptibles de ello y dejarlas así bajo el exclusivo control del cónyuge titular (lo que sólo sucede cuando la designación se haya realizado por ambos esposos).

⁹⁰ Artículo 27 FLA.

⁹¹ Artículo 20.7 FLA.

solicitaron, por declaración de nulidad del matrimonio o divorcio, orden judicial, o prueba de la muerte de uno de los cónyuges⁹².

Sin embargo, cuando *sólo uno de los cónyuges* haya registrado el carácter de residencia familiar de la vivienda, cualquier otro inmueble que legalmente fuera considerado como vivienda familiar conservará ese carácter⁹³.

A juicio de FODDEN⁹⁴, si la designación la realizó sólo uno de los cónyuges, se trata de un acto meramente notificativo al Registro de la propiedad, mientras que si la realizaron ambos conjuntamente, el inmueble adquiere el estatus jurídico de vivienda familiar y provoca el cese que otras fincas pudieran tener como tal.

6.3. La protección del adquirente a título oneroso y de buena fe

Recordemos que, en el conflicto de intereses que emerge entre el cónyuge cuyo consentimiento se ha omitido (o la familia) y el adquirente de la vivienda familiar, la balanza se inclina por la protección del interés familiar –en todo caso– cuando el aquél tenga mala fe (basta el mero conocimiento), o bien cuando haya adquirido a título gratuito.

Más delicada es la cuestión cuando quien adquiere tiene buena fe y título oneroso. En ningún caso es necesario que este sujeto, para quedar protegido, haya adquirido de titular registral o que haya inscrito su derecho en el Registro de la propiedad, pues no estamos ante el tercero hipotecario⁹⁵. Lo que es necesario dilucidar es hasta qué punto se protege al adquirente de buena fe y a título oneroso, esto es, la seguridad del tráfico jurídico, o bien puede primar la protección al conjunto familiar.

⁹² Artículo 20.6 FLA.

⁹³ McDONALD/WILTON, 2015, p. 396. Puede confrontarse, también en este punto, el artículo 20 FLA.

⁹⁴ FODDEN, 1999, p. 249.

⁹⁵ Con claridad lo afirma MURCIA QUINTANA (2002, p. 435): «El concepto de adquirente utilizado por el legislador, no debe confundirse ni con un tercero hipotecario, ni con un tercer adquirente; se trata realmente de un segundo, es decir, de quien contrata con el cónyuge titular o ante quien éste realiza el acto dispositivo». Y añade el autor que del concepto de adquirente empleado en el párrafo segundo del artículo 1320 del Código civil hay que excluir a quien lo hace a título gratuito (p. 435).

BARRIO GALLARDO (2012, pp. 1701-1702) afirma que la jurisprudencia entiende, como algunos autores, que el adquirente del artículo 1320.II del Código civil no es necesariamente el tercero hipotecario, sino que basta la buena fe para quedar protegido. El autor encuentra aquí un argumento en contra del carácter protector de la norma respecto del conjunto familiar (pp. 1704-1705). Sin embargo, reconoce la superioridad de lo dispuesto en el artículo 96.IV del Código civil, que requiere el consentimiento de ambos cónyuges o, en su caso, autorización judicial para disponer de los bienes cuya posesión se haya adjudicado al cónyuge no titular en sentencia de separación, nulidad o divorcio (p. 1706). La diferencia entre ambas situaciones radica en que el artículo 1320 del Código civil se aplica constante matrimonio, mientras que el artículo 96 del mismo texto legal se aplica sólo en caso de crisis matrimonial, tras la separación, nulidad o divorcio. Por consiguiente, resultaría forzado extender la admisibilidad de la renuncia anticipada a la protección dispensada en el artículo 96 del Código civil a los supuestos del artículo 1320 del Código civil, en que se mantiene la unidad familiar (pese a que el autor argumenta a favor de la extensión por analogía, p. 1710).

Quien adquiere de buena fe y a título oneroso queda protegido expresamente por la norma canadiense⁹⁶, si bien –como quedó explicado–, se buscan vías para eludirla cuando el juez encuentra razones justificadas de protección del interés familiar. La norma española se distancia de la canadiense y tan sólo afirma que «la manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe» (artículo 1320.II del Código civil), lo que –a mi juicio– deja un margen de arbitrio al juez cuando, aunque el adquirente sea de buena fe y título oneroso, esté sobradamente justificado que el inmueble conserve su carácter de vivienda familiar (conforme a la finalidad de la norma).

Veamos brevemente los criterios para apreciar la falta de onerosidad del título, así como la concurrencia de mala fe:

Aunque en Derecho anglosajón no se considera el concepto de causa como elemento del contrato, tal y como nosotros estamos habituados, sí se distingue –a efectos de conflictos con terceros– entre las adquisiciones onerosas o por el equivalente (*for value*) y aquéllas que no lo son, sea porque son gratuitas, sea porque el precio es bajo o inferior al valor de la cosa (*transactions at an undervalue*). Esto nos lleva a considerar la posible aplicación, también en España, de un régimen jurídico favorable al cónyuge de cuyo asentimiento se ha prescindido frente a quien, aunque adquiera por causa onerosa (una compraventa, por ejemplo), lo haga con una notable falta de equivalencia de las prestaciones (por ejemplo, a muy bajo precio): En estos casos puede considerarse la aplicación de la solución general prevista para los actos de disposición a título gratuito.

En cuanto a la mala fe, ésta es definida como el conocimiento, al tiempo de contratar, de la condición de vivienda familiar del inmueble⁹⁷. Tanto en Derecho español como en el canadiense puede considerarse, a mi juicio, que la posibilidad de conocimiento es equiparable al efectivo conocimiento cuando conste inscrita en el Registro de la propiedad la condición de vivienda familiar del inmueble. En esos casos, el cónyuge cuyo consentimiento se ha omitido puede impugnar con éxito la eficacia del acto de disposición, sin que quien adquiere pueda invocar su buena fe ni siquiera en los supuestos del artículo 1320.II CC, conforme al cual «la manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe».

⁹⁶ Artículo 21 FLA. La doctrina explica que, si uno de los cónyuges dispone de la vivienda familiar en contra de lo previsto en la ley, la enajenación puede dejarse sin efectos, pero la declaración judicial de ineficacia no será oponible frente al adquirente a título oneroso y con buena fe, esto es, sin saber que el inmueble era la vivienda familiar del matrimonio (PAYNE/PAYNE, 2013, pp. 653-654).

⁹⁷ Artículo 21.2 FLA.

Un supuesto ilustrativo es el que dio lugar al caso *Iori (Litigation administrator of) v. Village Buildings Supplies*⁹⁸, en que el marido había hipotecado la vivienda familiar para obtener un préstamo sin conocimiento de la mujer. La primera noticia que ésta tuvo fue la notificación de ejecución de la hipoteca; Interpuso demanda frente al banco y la hipoteca se declaró nula por falta de notificación a la mujer al tiempo de otorgarse el préstamo y constituirse la hipoteca, sabiendo el banco demandado que su cliente (prestatario) estaba casado y que el inmueble constaba designado como vivienda familiar.

7. Otras soluciones en derecho anglosajón: eventual conexión con el enriquecimiento injustificado y el trust

Como hemos tenido ocasión de comprobar, la anulación del contrato tendrá lugar cuando el inmueble se haya adquirido por título gratuito o con mala fe. Pero si el adquirente quedara protegido por reunir título oneroso y buena fe, como dispone la regla general en Derecho canadiense, es necesario preguntarse por la protección que, subsidiariamente, puede pedir el cónyuge afectado. En el siguiente epígrafe abordaremos la cuestión en Derecho español, pero antes conviene que nos detengamos en un remedio considerado por el Derecho anglosajón norteamericano: el *constructive trust*.

En países como Estados Unidos y Canadá, las granjas son frecuentemente vivienda familiar y –aun siendo privativas de uno de los cónyuges– son trabajadas por ambos a fin de sacar adelante a la familia. Esto ha dado lugar a soluciones peculiares en caso de ruptura de la convivencia, recurriendo al *trust*⁹⁹ y al enriquecimiento injustificado para equilibrar los intereses en juego, trasladables también (si bien con cierta dificultad) a los supuestos en que el cónyuge titular dispone de la vivienda sin contar con el asentimiento del otro, como veremos.

⁹⁸ 2005 CarswellOnt 2807, relatado en: MCLEOD/MAMO, 2015 para Ontario, Apartado Ontario: *The Family Law Act*.

⁹⁹ Como es sabido, el *trust* es una figura desconocida en Derecho español, pero una lograda institución del Derecho angloamericano, que hunde sus raíces en el Derecho feudal inglés de los siglos XII y XIII. Una definición comúnmente admitida a nivel internacional la encontramos en el Convenio de 1 de julio de 1985 sobre la Ley aplicable al *trust* y a su reconocimiento (La Haya, en vigor desde 1992; no ha sido ratificado por España): En su artículo 2 se dispone que el *trust* se refiere (a efectos del Convenio) a «las relaciones jurídicas creadas –por acto *inter vivos* o *mortis causa*– por una persona, el constituyente, mediante la colocación de bienes bajo el control de un *trustee* en interés de un beneficiario o con un fin determinado»; Entre las características del *trust*, el artículo citado refiere que «los bienes del *trust* constituyen un fondo separado y no forman parte del patrimonio del *trustee*»; Indica, además, que no es incompatible con la figura del *trust* el hecho de que el constituyente «conservar ciertas prerrogativas o que el *trustee* posea ciertos derechos como beneficiario». La sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2008 declaró la ineficacia de la figura del *trust* en España por ser desconocida para nuestro Derecho y afectar –en el caso concreto– al indisponible Derecho de sucesiones; Esto motivó algunos pronunciamientos acerca de la oportunidad de ratificar el Convenio (entre otros, MARTÍN SANTISTEBAN, 2008: A juicio de la autora la ratificación del Convenio pudiera realizarse acompañada de una ley que desarrolle sus consecuencias a fin de respetar el Derecho interno). Al respecto, es recomendable la monografía de VIRGÓS SORIANO (2006).

La admisión del *trust* discurre en Canadá paralela a la legislación protectora del cónyuge en Derecho de familia, y tuvo su origen precisamente en la búsqueda de protección de la mujer casada. En su manual de Derecho de familia, los PAYNE¹⁰⁰ explican que el detonante fue una controvertida sentencia dictada en 1974 por el Tribunal Supremo canadiense (caso *Murdoch v. Murdoch*), en la que se concluía que una esposa que había trabajado con su marido en una granja no tenía ningún derecho sobre ésta al haber sido adquirida exclusivamente por él. Años después, el mismo Tribunal Supremo de Canadá corrigió su doctrina y admitió el enriquecimiento injustificado para posibilitar a las esposas (o, en su caso, a las parejas convivientes) compartir la propiedad adquirida por sus maridos (o, en su caso, sus parejas) durante la cohabitación. Entretanto, comenzaron a proliferar normas provinciales para suavizar la dureza de la doctrina *Murdoch* en cuanto afecta a las parejas casadas. En Ontario, se publicó la *Family Law Act* el 1 de marzo de 1986, con la pretensión de asegurar al cónyuge que comparta las ganancias obtenidas durante la cohabitación¹⁰¹, a la vez que se le reconocen derechos sobre la vivienda familiar¹⁰².

El enriquecimiento injustificado se aplica, además, a los matrimonios unidos según el *Common Law (Common Law relationships)*; Esto es, a aquéllos que -no habiendo formalizado la relación conforme a lo previsto legalmente-, sí intercambiaron promesas y compartieron la voluntad de constituir una familia, cohabitando y funcionando como tal, social, económica y personalmente.

Por ejemplo, en el caso *Kerr v. Baranow*¹⁰³, se aplicó la figura del *trust* al romperse la convivencia tras veintiséis años de cohabitación en una *Common Law relationship*, al estimarse que -de otro modo- se produciría un enriquecimiento injustificado a favor de uno de los miembros de la pareja. El Tribunal Supremo resolvió conjuntamente con el caso anterior el conflicto *Vanasse v. Seguin*, por concurrir supuestos de hecho muy semejantes (ruptura de una *common law relationship*, con hijos en este caso, en la que queda absolutamente probada la relación entre la contribución de la parte perjudicada y el enriquecimiento de la otra parte). El Alto Tribunal declaró que el varón no habría podido sacar adelante el negocio como lo hizo sin el apoyo de la mujer.

El fundamento jurídico para admitir el *trust* como solución a determinados conflictos derivados de la convivencia *more uxorio* es el principio según el cual nadie puede enriquecerse a costa del empobrecimiento de otro sin que exista justa causa para ello. Y así,

¹⁰⁰ PAYNE/PAYNE, 2013, pp. 597 y siguientes.

¹⁰¹ ZIFF (2010, pp. 359-362) explica que el principio conforme al cual los cónyuges comparten las ganancias (*Shared ownership through marital property law*) tuvo su origen en las reformas introducidas en las jurisdicciones canadienses en los años setenta.

¹⁰² Recordemos que la vivienda familiar en Canadá (*matrimonial home*) da lugar a una especial protección de cualquiera de los esposos -sea o no propietario- exclusiva de los casados, hasta el punto de que la *Family Law Act* emplea un concepto más restringido del término esposo (*sopouse*) en su Parte II (referida a la vivienda familiar) que en su Parte III (relativa a las obligaciones entre esposos), en la que amplía el término a los cohabitantes que hayan convivido como mínimo tres años o que tengan hijos -naturales o adoptivos- tras un periodo de convivencia estable.

¹⁰³ Sentencia del Tribunal Supremo de Canadá (2011): *Kerr v. Baranow*, 2011 SCC 10, [2011]1 S.C.R. 269. El Tribunal Supremo canadiense apreció en este caso la existencia de un *resulting trust*.

se aplica la doctrina del enriquecimiento injustificado para dar cauce a la exigencia de restitución de contribuciones procuradas por una de las partes que hicieron que su pareja creciera económicamente acumulando propiedades o incrementando su valor. Al respecto, se ha dicho que el principio del enriquecimiento injustificado descansa sobre el corazón del *constructive trust* y que el principio de equidad lo sustenta¹⁰⁴.

La definición y clasificación del *trust* es controvertida o difusa. Básicamente consiste en una propiedad que, hallándose a nombre de una persona, se pone -total o parcialmente- en manos de otra para su disfrute económico o material, conforme explican HOVIUS y YODAN¹⁰⁵. A su juicio, pueden distinguirse al menos tres tipos de *trust*¹⁰⁶: *express trust*; *resulting trust*; y *constructive trust*.

a) El *express trust* nace de la voluntad de las partes;

b) El *resulting trust* puede ser automático o presuntivo:

En el primer caso, aunque existe una intención inicial de crear el *trust*, se ha producido un defecto en la definición de sus condiciones o en los términos, que son incompletos, a pesar de lo cual puede estimarse su eficacia (*automatic trust*);

En el segundo caso, una persona adquiere la propiedad pero hace que se ponga a nombre de otra (*presumptive trust*), lo que puede resultar frecuente en el entorno de la propiedad familiar: Por ejemplo, si la esposa compra una casa e indica al vendedor que la transfiera a nombre del marido, se presume que lo que existe no es una donación sino un *resulting trust* conforme al cual él ostentará la titularidad a favor de ella (como en la fiducia).

c) Por último, el *constructive trust* se impone al titular con independencia de su intención de constituirlo o no. Esta modalidad se fundamenta generalmente en el enriquecimiento injustificado y, más que una institución, se considera un remedio, aplicado mayormente en casos de litigio sobre la propiedad familiar.

Actualmente, y pese a existir disparidad de criterios en el Derecho anglosajón aplicado en Inglaterra¹⁰⁷, parece pacífico en Canadá admitir la validez del *constructive trust* como un remedio en materia de Derecho de familia, que pudiera alternarse con una indemnización económica. Sin embargo, la apreciación del *trust* por el juez no es fácil de conseguir. La doctrina alude a un progresivo "endurecimiento" de los criterios que deben concurrir para apreciar el enriquecimiento injustificado en Derecho de familia. Permítame el lector una pequeña digresión al respecto, para los curiosos del Derecho comparado, antes de retomar el tema objeto de estudio.

¹⁰⁴ MOSSMAN, 2012, pp. 546-550: Cita el caso *Rathwell v. Rathwell*, de 1978.

¹⁰⁵ HOVIUS/YODAN, 1991, p. 28 (citan la obra de WATERS, *Law of Trusts in Canada*, 1984, p. 10).

¹⁰⁶ En la obra citada en la nota anterior, pp. 30-33.

¹⁰⁷ Sí se admite, sin embargo, en Estados Unidos (*Restatement of the Law of Restitution*). Véase, al respecto: HOVIUS/YODAN, 1991, p. 119 y pp. 141-150.

Para que se admita el *trust* en Derecho de familia, no es suficiente que exista conexión causal entre el enriquecimiento de uno y el empobrecimiento del otro, ni que además no exista causa que lo justifique: Para que se aprecie el *trust*, el cónyuge afectado (o, en su caso, el miembro de la pareja afectado) debe probar que es injusto que el otro cónyuge (o, en su caso, la pareja) *retenga* ese enriquecimiento obtenido a causa del empobrecimiento del otro. En concreto, el supuesto de hecho en el que se aplicará el *constructive trust* es aquél en el que una persona haya puesto esfuerzo de su parte en una relación de pareja con la expectativa razonable de gozar de algún derecho sobre los bienes (*interest in property*), y su pareja lo haya aceptado libremente, de modo que sea posible afirmar que, por conocer esta última (o haber debido conocer, dadas las circunstancias) esas razonables expectativas, sería injusto permitirle después retener todos los beneficios. Algunos ejemplos de aplicación del *constructive trust* en el sistema canadiense lo ilustran:

El primero de ellos nos lo proporciona la jurisprudencia en un conocido caso: *Pettkus v. Becker* (1980)¹⁰⁸. Pettkus, varón con veinticinco años de edad, se fue a vivir a casa de Becker, mujer de treinta años de edad, pero pospuso el matrimonio que ella le pedía, no llegando éste a hacerse efectivo. Tras veinte años de convivencia, durante los cuales se compartieron gastos e invirtieron ambos en una granja comprada por él, pero en la que ella trabajó, la pareja rompió relaciones y Becker solicitó la declaración de sus derechos sobre parte de la granja. La demanda de Becker fue estimada, y se consideró que tenía derecho a la mitad de la granja ya que el *constructive trust* emergía a su favor por el esfuerzo común y el trabajo realizado en equipo como resultado del cual él había sido capaz de adquirir la propiedad y sacar la granja adelante. En cuanto a la conexión causal que debe existir, resulta fácil en este caso relacionar el trabajo puesto por ella (Becker) con el beneficio obtenido por él (Pettkus). A efectos de valorar la medida del enriquecimiento, debe tenerse en cuenta la aportación de la parte demandante a fin de entregarle una parte proporcional a la misma.

En el caso *Kerr v. Baranow* (antes citado) el Tribunal Supremo exigió –como presupuesto para apreciar el enriquecimiento injustificado y la existencia del *trust* al tiempo de la ruptura de la convivencia *more uxorio* durante veintiséis años- que la parte demandante hubiera probado, además de la relación causal entre su aportación y el logro económico de la parte demandada, la existencia de una *joint family venture* (convivencia familiar), que se basaría en cuatro pilares: 1º El esfuerzo mutuo o trabajo conjunto para alcanzar objetivos comunes (hijos –en su caso-, estabilidad,...); 2º La unidad económica o uso común de la propiedad, existencia de gastos generalmente compartidos, ahorros conjuntos, etc.; 3º La intención de las partes conocida por ambos, o que ambas partes deberían conocer, dadas las circunstancias; Y, 4º La prioridad dada a la familia, entendiéndose por ello la prueba de haber sacrificado intereses personales por el bien de la unidad familiar (por ejemplo, el tiempo pasado en el hogar, la renuncia a una promoción laboral, el cuidado de los hijos, o incluso la aceptación de un empleo por debajo de la personal cualificación a fin de contribuir a las cargas familiares).

Con todo, la doctrina afirma la prioridad de la legislación matrimonial frente al *trust*, de modo que no puede recurrirse a este último cuando existan otros remedios propios del

¹⁰⁸ MOSSMAN, 2012, pp. 550-553. La doctrina cuestiona si lo apropiado es el *resulting trust* o el *constructive trust*.

Derecho de familia¹⁰⁹. Así, la doctrina del *constructive trust* no se aplica de ordinario cuando la norma provincial expresamente protege un igual reparto de ganancias entre las partes, como sucede en la Parte I de la *Family Law Act* de Ontario.

La jurisprudencia manifiesta que la doctrina del *trust* tiene escasa relevancia cuando son aplicables los beneficios de equiparación (*benefit of equalization*) previstos en la Parte I de la *Family Law Act* para el momento en que cesa el matrimonio: Por ejemplo, en el caso *Donnelly v. Desconteaux*¹¹⁰, se aplicó el *benefit of equalization* al amparo de la *Family Law Act*.

Tampoco se aplica el *trust*, lógicamente, cuando no concurren las circunstancias mínimas para ello (aunque haya existido convivencia e incluso hijos de la unión), que serán valoradas por el juez:

Por ejemplo, en el caso *González v. Trobradovic* (2014¹¹¹), el varón no pudo acogerse a la *Family Law Act* en lo que se refiere a la vivienda familiar, por no reunir la condición de «cónyuge» requerida para la aplicación de la Parte II FLA y reclamó un *constructive trust* pues, aunque la vivienda estaba a nombre de la mujer, él había aportado capital durante los quince meses de convivencia; Sin embargo, se consideró que su aportación no era suficiente para evitar que la mujer recuperase la casa a pesar de que el hijo de la unión viviera con el padre.

Cuando se hace dudosa la aplicación del régimen jurídico de la *Family Law Act*, y concurren los requisitos para ello, las partes pueden acogerse a la doctrina del *trust*: Es el caso *Mc. Connell v. Huxtable*¹¹² en que, tras cohabitar durante trece años, sin que existiera matrimonio ni hijos de la unión, la mujer reclamó el enriquecimiento injustificado invocando la doctrina del *trust* y, pese a que el varón afirmó que eran simplemente amigos que ocasionalmente intimaron pero no de forma estable, se consideró que ella había hecho aportaciones relevantes durante este tiempo a efectos de reconocerle cierto derecho sobre el patrimonio del demandado, que había adquirido viviendas en tres ocasiones, siempre a su nombre.

Volvamos al punto de partida, esto es, a los remedios de que dispone el cónyuge cuyo consentimiento se ha omitido frente al adquirente protegido por su buena fe y título oneroso. Veamos un caso en que el marido hipotecó la vivienda familiar sin contar con el asentimiento de la esposa, siendo el banco de buena fe. Se aplicó la doctrina del *constructive trust*, a fin de que la esposa –que solicitó el divorcio tras denegarse el levantamiento del gravamen– pudiera evitar la ejecución de la hipoteca.

¹⁰⁹ Se sigue aquí la recomendación de la Comisión de legislación de Ontario (ONTARIO LAW REFORM COMMISSION, *Report on Family Property Law*, 1993): «The Commission concludes that spouses who receive the benefit of statutory equalization of family property should be denied the right to seek declarations of trust as restitution for a contribution to the acquisition, preservation, or enhancement of property held by the other spouse». En este sentido, en materia de insolvencia de uno de los cónyuges, KLOTZ (1994) argumenta extensamente a favor de la prioridad de la legislación del Derecho de familia (*matrimonial property*) sobre el *trust* (pp. 81-106).

¹¹⁰ 2011 CarswellOnt 12648, reportado en: MCLEOD/MAMO, 2015, Apartado Ontario: *The Family Law Act*.

¹¹¹ 2014 CarswellOnt 12842, reportado en: MCLEOD/MAMO, 2015, Apartado Ontario: *The Family Law Act*.

¹¹² 2013 CarswellOnt 1454, reportado en: MCLEOD/MAMO, 2015, Apartado Ontario: *The Family Law Act*.

Se trata del caso *Stevens v. Stevens*¹¹³. El juez declaró que la escritura de ejecución de la vivienda familiar por deudas del esposo –aunque se hubiera inscrito en el Registro– no era eficaz frente a la esposa como resultado de la sentencia de divorcio instado por ella tras haber solicitado del banco –sin éxito– el levantamiento de la hipoteca constituida en garantía de deudas del marido; En esta ocasión, la sentencia no se basa en la jurisprudencia conforme a la *Family Law Act*, sino en el derecho de la corte a aplicar la equidad y directamente crear un remedio a través del *constructive trust*. El hecho de que la esposa solicitara el divorcio tras negarse el banco a levantar la hipoteca no debe desviar la atención del hecho de que se declarase la existencia de un *constructive trust* que hacía inoponible la hipoteca frente a ella.

A mi juicio, la solución que acabamos de considerar es, no sólo curiosa, sino interesante. Refleja abiertamente el consorcio entre los esposos. Facilita la aplicación de soluciones justas, basadas en la equidad, más allá de la estricta aplicación de las leyes del mercado, y permite proteger adecuadamente un valor social superior a la eficiencia económica cual es la confianza y estabilidad familiar.

8. *Repensar los remedios en derecho español*

A la luz del Derecho comparado, cabe repensar los remedios que el Derecho español ofrece al cónyuge de cuyo asentimiento se ha prescindido, cuando el adquirente tenga título oneroso y buena fe.

En primer lugar, aunque el Código civil no lo detalle en sede de Derecho de familia, es posible hacer una remisión a la responsabilidad civil extracontractual y admitir que el cónyuge protegido está legitimado para exigir del cónyuge que dispuso de la vivienda familiar, una indemnización por daños y perjuicios (artículo 1902 del Código civil)¹¹⁴. Esta solución se encuentra en el Derecho catalán y estuvo presente en el Derecho valenciano, que detallaba los remedios de los que disponía el cónyuge cuyo consentimiento se había omitido, en los casos de denegación de la anulación del acto de disposición de la vivienda familiar por existir un adquirente a título oneroso y de buena fe¹¹⁵. Esta solución, obviamente, no sólo funciona como remedio alternativo sino compatible con la anulación del contrato. Junto al

¹¹³ 2005 CarswellOnt 4642, reportado en: MCLEOD/MAMO, 2015, Apartado Ontario: *The Family Law Act*.

¹¹⁴ Se pronuncian también en este sentido, entre otros, MORALEJO IMBERNÓN (2013, p. 9335), siguiendo a Luis DíEZ-PICAZO (nota núm. 33), y HERRERO GARCÍA (1993, p. 592).

¹¹⁵ Así lo dispone expresamente el Código civil catalán, en su artículo 231-9, último punto del último párrafo. También lo hacía la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen económico matrimonial de Valencia (anulada por sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de abril de 2016): Su artículo 18 regulaba expresamente los efectos de la inoponibilidad de la anulación del contrato frente a adquirentes a título oneroso y de buena fe, y disponía dos remedios en esta situación: 1º La indemnización por daños exigible al cónyuge que hubiera dispuesto unilateralmente de la vivienda familiar; y, 2º La posibilidad de que el juez, a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se hubiera omitido, disponga «que las cantidades obtenidas por el cónyuge que dispuso del inmueble sin su consentimiento se destinen a la adquisición de una vivienda habitual suficiente para la familia y de características análogas a la dispuesta», con la adopción de las medidas cautelares correspondientes. La norma expresa la compatibilidad de ambos remedios.

remedio anterior, pueden, además, adoptarse las medidas cautelares necesarias para proteger a la familia.

En segundo lugar, es preciso, a mi juicio, subrayar la facultad de arbitrio que corresponde al juez y afirmar que, la concurrencia de buena fe y título oneroso en el adquirente, no supone su automática protección frente al cónyuge no titular. La naturaleza consorcial del matrimonio, y la específica protección de la familia sobre la que se apoya la norma que estamos considerando, justifica esta afirmación.

Cuando el cónyuge cuyo consentimiento se ha omitido, vivió confiando en la comunidad de vida que se había constituido con su pareja mediante el matrimonio, con dedicación a la familia constituida, compartiendo gastos, trabajo doméstico, cuidado de los miembros del grupo familiar, etc., dejando incluso a un lado intereses personales para atender mejor el interés de la familia, o dedicándose al ejercicio de un trabajo que requiere menor cualificación de la que le es propia en beneficio de la familia (esto es, cuando concurren los elementos de lo que en el Derecho anglosajón norteamericano se reconoce como un *constructive trust*), en esos casos, el juez puede admitir la anulación del acto de disposición perjudicial para la familia, aunque el adquirente tenga título oneroso y buena fe, y aunque haya inscrito su título, pues –en este último caso– no estaríamos ante un supuesto amparado por el artículo 34 de la Ley hipotecaria, sino ante la necesaria aplicación del artículo 33 del mismo texto legal¹¹⁶.

No se trata de aplicar en Derecho español una figura extraña al mismo, el *constructive trust*, sino de apreciar que las mismas razones que justifican en el Derecho anglosajón norteamericano el recurso a remedios especiales de protección de la familia, son extrapolables para justificar su protección con remedios compatibles con nuestro sistema: En concreto, para considerar el margen de actuación del arbitrio judicial.

En mi opinión, lo que encontramos en el artículo 1320 del Código civil es una especial protección del interés familiar, que –por tanto– queda en manos no sólo del cónyuge cuyo consentimiento se ha omitido sino también en manos del juez. Esto se manifiesta en que la legitimación para anular el contrato, correspondiente al cónyuge de cuyo asentimiento se prescindió (y que será admitida si prueba la mala fe del adquirente o la transmisión gratuita del bien privativo), quede bajo el control o arbitrio judicial. El juez, a la vista del caso concreto, puede optar entre autorizar la eficacia del contrato, o su anulación, solicitada por el cónyuge cuyo consentimiento se ha omitido.

¹¹⁶ En este sentido se ha pronunciado también la doctrina (HERRERO GARCÍA, 1993, p. 591) y jurisprudencia (XIOL RÍOS, 2010, p. 1480). El artículo 34 LH salva al titular registral de la falta de poder de disposición del transmitente, no de los defectos del propio título, como magistralmente ha explicado GORDILLO CAÑAS en las dos partes de su trabajo titulado «El principio de fe pública registral», publicado en el *Anuario de Derecho civil* (la primera parte en 2006, volumen II, pp. 509-656; y la segunda parte en 2008, volumen III, pp. 1057-1216).

9. Conclusiones

El acto de disposición unilateral de la vivienda familiar por el cónyuge titular de la misma da lugar a una peculiar modalidad de nulidad relativa o anulabilidad, que se distingue de la general por dos rasgos: 1º La declaración de nulidad debe solicitarse al juez por el cónyuge cuyo consentimiento se ha omitido, pudiendo el juez optar entre la anulación o la autorización del acto, siempre debidamente justificada en atención al interés superior de la familia; Y, 2º No es de aplicación ineludible lo dispuesto en el artículo 1308 del Código civil, quebrando la regla sinalagmática de la restitución recíproca de las prestaciones (en cuanto no es requisito imprescindible para la recuperación de la vivienda familiar que el adquirente haya cobrado el pago del precio, al que tiene derecho). Estas peculiaridades se deben a que la norma no busca directa o exclusivamente amparar al cónyuge cuyo consentimiento se ha omitido sino proteger el interés más amplio de la familia.

Del análisis comparado de los sistemas español y anglosajón norteamericano (en particular, el canadiense), cabe concluir que ambos reconocen que la protección a la familia pasa por la exigencia del consentimiento de ambos cónyuges para que el contrato de disposición de la vivienda familiar sea plenamente válido y eficaz. A la vez, ambos sistemas protegen también la seguridad del tráfico jurídico, y amparan en su adquisición –como regla general- a los adquirentes a título oneroso y de buena fe. Cuando el cónyuge impugnante no logre que el juez declare la nulidad del acto, tiene –al menos- la posibilidad de exigir una indemnización por los daños que la decisión de su pareja le haya causado (artículo 1902 CC).

El conflicto entre ambos intereses (protección a la familia y seguridad del tráfico jurídico), no ha de resolverse sistemáticamente a favor del adquirente de buena fe y a título oneroso. A mi juicio, es posible considerar que el juez cuenta con un margen de arbitrio y puede –atendiendo a las circunstancias del caso- anular la eficacia del contrato cuando concurren circunstancias que, a semejanza de las que dan lugar al *constructive trust* en el Derecho americano, justifiquen esta decisión. En tales casos, el juez puede declarar la anulación del contrato, y poner de manifiesto que la norma prevista en el artículo 1320 CC protege el interés general de la familia. Cuando se haga así, será el adquirente el que tenga derecho a exigir una indemnización del cónyuge disponente por los daños y perjuicios causados, sin que pueda quedar protegido por haber inscrito su título en el Registro de la propiedad (artículo 33 LH).

10. Bibliografía

Pedro ALEJÁNDREZ PEÑA (2010), «Artículo 1320», *Comentarios al Código civil*, dir. Andrés Domínguez Luelmo, Lex Nova.

Henar ÁLVAREZ ÁLVAREZ (2004), «La disposición de la vivienda familiar en el Derecho español. Problemática que plantea», en Carlos LASARTE ÁLVAREZ (Coord.), *Perspectivas del*

Derecho de familia en el siglo XXI, Instituto de Desarrollo y Análisis del Derecho de familia en España.

APDC: ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (2018), *Propuesta de Código civil*, artículo 261-12, Tecnos.

Aurelio BARRIO GALLARDO (2012), «La autonomía privada y el artículo 1320 del Código civil», *Anuario de Derecho Civil*, 2012-IV.

COMISIÓN DE CODIFICACIÓN DE CANADÁ (2001), Documento: *Beyond conjugality: Reforming legal regulation of adult relationships*.

José Luis DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS (1982), «Artículo 1320», en Manuel ALBADALEJO (Dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo XVIII-Vol. 1º, Ed. Revista de Derecho Privado, pp. 125-133.

Simon R. FODDEN (1999), *Family Law*, Toronto: Irwin Law.

Antonio GORDILLO CAÑAS (2006), «El principio de fe pública registral» (I) y (II), *Anuario de Derecho civil*, 2006-II, pp. 509-656, y (la segunda parte) 2008-III, pp. 1057-1216.

Terry W. HAINSWORTH (2016), *Ontario Family Law Act Manual*, Thomson-Reuters, release nº 97, April.

María José HERRERO GARCÍA (1993), «Artículo 1320», *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Tomo II, pp. 586-592.

Berend HOVIUS/Mary-Jo MAUR (2009), *Hovius on Family Law. Cases, Notes and Materials*, 7ª ed., Carswell, Thomson-Reuters Canadá.

Berend HOVIUS/Timothy G. YODAN (1991), *The Law of Family Property*, Carswell.

Carmen JEREZ DELGADO (2009), «Causas y procedimiento de anulación de los contratos en el Derecho Norteamericano y su reflejo en el Derecho Privado Europeo: El valor de la autotutela», *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, nº 1, pp. 147-178.

Carmen JEREZ DELGADO (2011), *La anulación del contrato*, Thomson-Civitas.

Robert A. KLOTZ (1994), *Bankruptcy and Family Law*, Carswell.

Malcolm C. KRONBY (2001), *Canadian Family Law*, 8ª ed., Toronto.

Luis MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ (2006), «Artículo 1320», en Ignacio SIERRA (Coord.) *Comentario del Código civil*, Tomo 7, Bosch, pp. 61-63.

James C. McDONALD/Ann C. WILTON (2015), *The 2016 Annotated Ontario Family Act*, Carswell, Thomson Reuters Canada Limited.

James C. McDONALD/Ann C. WILTON (2015), *Law and Practice under the Family Law Act of Ontario*, Carswell (2004), versión revisada en 2015.

James C. McDONALD/VV. AA. (2015), *Family Law Act of Ontario*, vol. 1, Carswell.

James G. MCLEOD/Alfred A. MAMO (2015), *Matrimonial Property Law in Canada*, vol. 2, Carswell, Thomson-Reuters Canadá, 1993, actualizado hasta septiembre de 2015 para Ontario, Apartado Ontario: *The Family Law Act*.

Nieves MORALEJO IMBERNÓN (2013), «Artículo 1320», en Rodrigo BERCOVITZ (Dir.), *Comentarios al Código civil*, Tomo VII, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 9327-9351.

Mary Jane MOSSMAN (2012), *Families and the Law. Cases and Commentary*, Captus Press Inc., Canadá.

Emilio MURCIA QUINTANA (2002), *Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar. Artículo 1320 del C.c.*, Civitas.

Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ (2016), «Artículo 1320», *Código Civil comentado y con jurisprudencia*, 8ª ed., Wolters Kruwer España, pp. 1417-1418.

Julien D. PAYNE/Marilyn A. PAYNE (2013), *Canadian Family Law*, Irwin Law, Canadá, 1ª (2001) y 5ª ed. (2013).

Sonia MARTÍN SANTISTEBAN (2008), «¿Es preciso ratificar el Convenio de La Haya sobre el trust?», *LegalToday*, 30 mayo 2008.

E. S. SCOTT/ R. E. SCOTT (1999), «A contract theory of marriage», en *The Fall and Rise of Freedom of Contract*, ed. by F.H. Buckley, Duke University Press, pp. 201-244.

H. G. STARK/ K. J. MC. LISE (2016), *Domestic Contracts*, 2ª ed., 2004 (actualizado en soporte papel hasta 2009 y, posteriormente, *online*).

Michael J. TREBILCOCK (1999), «Marriage as a signal», *The fall and raise of freedom of contract*, Ed. by F.H. Buckley, Duke University Press, pp. 245-255.

Michael J. TREBILCOCK (1993), *The limits of freedom of contract*, Harvard University Press, USA, 2ª ed., 1997.

Michael J. TREBILCOCK/Rozemin KESHVANI (1991), «The role of private ordering in family law», 41 *University of Toronto Law Journal*, núm. 553.

María VILAR BADIA (2016), *Evolution of party autonomy in EU family law*, ponencia presentada en la Conferencia anual del *European Law Institute*.

Juan Antonio XIOL RÍOS (Dir.) (2010), «Artículo 1320», *Código Civil Comentado, con Jurisprudencia sistematizada y concordancias*, El Derecho, pp. 1479-1480.

Juan Antonio XIOL RÍOS (Dir.) (2010) «Artículo 1322», *Código Civil Comentado, con Jurisprudencia sistematizada y concordancias*, El Derecho, pp. 1481-1483.

Bruce ZIFF (2010), *Principles of Property Law*, 5ª ed., Thomson-Reuters Canadá.

11. Tabla de jurisprudencia citada

Tribunal Supremo

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Nº de Resolución</i>
STS, 1ª, 06.02.2018	Eduardo Baena Ruiz	65/2018
STS, 1ª, 06.03.2015	Eduardo Baena Ruiz	118/2015

Tribunales Canadienses

<i>Tribunal</i>	<i>Partes</i>	<i>Año</i>
Supreme Court of Canada	Murdoch v. Murdoch	1975
Supreme Court of Canada	Rathwell v. Rathwell	1978
Supreme Court of Canada	Pettkus v. Becker	1980
Supreme Court of Canada	Kerr v. Baranow	2011
Ontario Superior Court of Justice	<i>CMLQ Investors Co. v. 530995 Ontario Ltd</i>	1995
Ontario Superior Court of Justice	Bank of Montreal v. Bray	1997
Ontario Superior Court of Justice	Banton v. Banton	1998
Ontario Superior Court of Justice	Iori (Litigation administrator of) v. Village Buildings Supplies	2005
Ontario Superior Court of Justice	Stevens v. Stevens	2005
Ontario Superior Court of Justice	Singh v. Singh	2006
Ontario Superior Court of Justice	Kanafani v. Abdalla	2010
Ontario Superior Court of Justice	Pessotski v. Toronto Dominion Bank	2011
Ontario Superior Court of Justice	Donnelly v. Desconteaux	2011
Ontario Superior Court of Justice	Mc. Connell v. Huxtable	2013
Ontario Superior Court of Justice	Shoukralla v. Shoukralla	2014
Ontario Superior Court of Justice	González v. Trobradovic	2014