



Roj: **STSJ CAT 6523/2013 - ECLI:ES:TSCAT:2013:6523**

Id Cendoj: **08019310012013100072**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal**

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **26/09/2013**

Nº de Recurso: **68/2013**

Nº de Resolución: **53/2013**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA EUGENIA ALEGRET BURGUES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 1577/2010,**
STSJ CAT 6523/2013

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA

Sala Civil y Penal

R. Casación nº 68/2013

SENTENCIA Nº 53

Presidente:

Excmo. Sr. D. Miguel Angel Gimeno Jubero

Magistrados:

Ilma. Sra. D^a. M^a Eugènia Alegret Burgués

Ilma. Sra. D^a. Núria Bassols i Muntada

Barcelona, 26 de septiembre de 2013

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, integrada por los magistrados que se expresan mas arriba, ha visto el recurso de casación núm. **68/2013** contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 11^a de la Audiencia Provincial de Barcelona en el rollo de apelación núm. 51/09 como consecuencia de las actuaciones de procedimiento ordinario núm. 1126/07 seguidas ante el Juzgado de 1a Instancia núm. 7 de Sabadell. La Sra. Margarita ha interpuesto recurso de casación, representada por el Procurador Sr. Jesús Sanz López y defendida por el Letrado Sr. Xavier Felip Arroyo. La Sra. Sonia , parte recurrida en este procedimiento, ha estado representada por la Procuradora Sra. Marta Durban Piera y defendida por el Letrado Sr. Joaquín Andrés Carrerter.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El Procurador de los Tribunales Sr. Francesc Canalias Gómez, actuó en nombre y representación de la ra. Sonia formulando demanda de procedimiento ordinario núm. 1126/07 en el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Sabadell. Seguida la tramitación legal, el Juzgado indicado dictó sentencia con fecha 3 de octubre de 2008 , la parte dispositiva de la cual dice lo siguiente:

"DEBO ESTIMAR Y ESTIMO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales D. Francesc Canalias Gómez, en nombre y representación de D^a Sonia , y DECLARO la titularidad de D^a Sonia sobre lanuda propiedad de la finca registral número NUM000 , inscrita en el Tomo NUM001 , libro NUM002 , Folio NUM003 , del Registro de la Propiedad número Dos de Sabadell, conforme a lo que resulta de las escrituras públicas de donación, t rectificación, otorgadas por D. Roberto , en fecha 15 de diciembre de 1988,



ante el Notario que fue de Valencia, D. Francisco Badia Gasco, número 3228 y 3229 de su protocolo, así como la cancelación de los asiento que puedan existir contradictorios con dicha declaración; y DECLARO la nulidad de la adjudicación de dicha finca a lademandada, efectuada mediante escritura pública de aceptación de herencia y adjudicación e los bienes, otorgada ante la Notario de Sabadell, D^a Araceli García Cortés, número 1061 de su protocolo, el día 9 de mayo de 2006, debieno cancelarse el asiento contradictoria inscrito a favor de la demandada derivado de la presentación para inscripción de la misma, así como de los que puedan traer causa del mismo respecto a dicha finca, desestimando las demás pretensiones formuladas por la parte actora.

Sin especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas en este procedimiento.

DEBO DESESTIMAR Y DESESTIMO ÍNTEGRAMENTE la demanda reconvenicional interpuesta por la Procuradora de los Tribunales D^a. Teresa Prat Ventura en nombre y representación de D^a Margarita , absolviendo a la demandada reconvenicional de las pretensiones de la actora, con expresa imposición de costas a esta última".

Segundo.- Contra esta Sentencia, la parte demandada interpuso recurso de apelación, que se admitió y se sustanció en la Sección 11^a de la Audiencia Provincial de Barcelona la cual dictó Sentencia en fecha 15 de febrero de 2010 , con la siguiente parte dispositiva:

"Que DESESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D^a. Margarita , contra la Sentencia dictada en fecha 3 de Octubre de 2.008 por el Juzgado de Primera Instancia n^o 7 de Sabadell , en los autos de Juicio Ordinario n^o 1126/2007 de los que el presente rollo dimana, debemos CONFIRMAR y CONFIRMAMOS la sentencia recurrida; se imponen las costas del recurso a la parte apelante".

Tercero.- Contra esta Sentencia, el Procurador Sr. Carles Arcas Hernández en nombre y representación de la Sra. Margarita , interpuso recurso de casación que por auto de esta Sala, de fecha 27 e junio de 2013, se admitió a trámite dándose traslado a la parte recurrida y personada para formalizar su oposición por escrito en el plazo de veinte días.

Cuarto.- Por providencia de fecha 18 de julio de 2013 se tuvo por formulada oposición al recurso de casación y de conformidad con el art. 485 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se señaló para su votación y fallo que ha tenido lugar el día 5 de septiembre de 2013.

Ha sido ponente la Ilma. Sra. D^a. M^a Eugènia Alegret Burgués.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Resumen de antecedentes.

Son hechos probados, según la sentencia de instancia, de los que esta Sala debe partir al resultar intangibles en casación, los siguientes:

- 1.- El Sr. Roberto y Doña. Margarita , de vecindad civil catalana, contrajeron matrimonio, sujetos al régimen económico matrimonial de separación de bienes, no habiendo otorgado capitulaciones matrimoniales. De dicho matrimonio nacieron dos hijos, Sonia y Arsenio .
- 2.- El día 17 de enero de 1985, el Sr. Roberto otorgó testamento ante el Notario de Sabadell D. Ramón Ramoneda Viver, nombrando heredera a su esposa la Sra. Margarita .
- 3.- En fecha 15 de diciembre de 1988, el Sr. Roberto otorgó ante el Notario de Valencia D. Francisco Badia Gasco, número 3228 de su protocolo, escritura de donación en favor de su hija la Sra. Sonia , que la aceptaba, de la finca sita en Sabadell, CALLE000 NUM004 y NUM004 NUM005 , inscrita en el Registro de la Propiedad de Sabadell, al Tomo NUM006 , libro NUM007 de Sabadell, Folio NUM008 , finca número NUM000 , inscripción primera. Finca que le pertenecía por herencia.
- 4.- En igual fecha, 15 de diciembre de 1988, se otorgó escritura de rectificación de la anterior, ante el mismo Notario, con el número 3229 de su protocolo, por parte del Sr. Roberto y de su hija D^a Sonia , en la que se sujetaba la donación de dicha finca, entre otras limitaciones, al usufructo vitalicio en favor del donante y su esposa la Sra. Margarita . En dicha escritura consta aceptado el usufructo por la Sra. Margarita , representada en dicho acto por la Sra. Rosa Maria Aymamí Rodríguez, que según dicha escritura actuaba como apoderada verbal de la misma, y manifestaba haber recibido instrucciones previas de ésta para dicho acto, y la promesa de ratificarlo en forma. Ello no obstante la Sra. Aymamí no estaba autorizada a actuar en su nombre no constando que la Sra. Margarita hubiera ratificado dicha escritura.
- 5.- El matrimonio Roberto - Margarita tenía su residencia habitual en el piso NUM009 del inmueble de referencia, usando igualmente un trastero y un garaje ubicado en el mismo.
- 6.- El Sr. Roberto falleció el día 23 de febrero de 2006.



7.- En fecha 9 de mayo de 2006, se otorga ante la Notaria D^a Araceli García Cortés, número de su protocolo 1061, por la Sra. Margarita escritura de aceptación de herencia de su difunto esposo, fallecido el 23 de febrero de 2006, adjudicándose como único bien relicto de la herencia de la causante la finca reseñada con anterioridad, no obstante conocer en aquél momento la existencia de las escrituras de donación y reserva de usufructo (doc. n^o 3 acompañado con la demanda, escritura inscrita en fecha 29 de julio de 2006, en el Registro de la Propiedad número 2 de Sabadell, inscripción séptima, e interrogatorio de la Sra. Margarita).

8.- Según consta en los mismos títulos, en fecha 25 de septiembre de 2006 se presentaron a liquidación la escritura de donación y la de rectificación. En fecha 2 de agosto de 2007 se presentaron a inscripción en el Registro de la Propiedad número 2 de Sabadell, causando el asentamiento número 1554, número de diario 102. Por nota de calificación de fecha 20 de diciembre de 2006, el Registro de la Propiedad número Dos de Sabadell denegó la inscripción de la escritura de donación anteriormente citada por cuanto constaba ya practicada la inscripción de la escritura de aceptación de herencia a que se refiere el párrafo anterior.

9.- La Sra. Sonia interpone en fecha 24 de septiembre de 2007 demanda de juicio ordinario ejercitando acción contradictoria del dominio inscrito y rectificación de los correspondientes asientos registrales interesando la nulidad de la escritura de adjudicación de la finca de autos realizada por su madre en la escritura de aceptación de herencia y que se declare la titularidad de la finca a su favor y el usufructo vitalicio en favor de su madre según las escrituras de donación y reserva de usufructo realizadas en el año 1988.

10.- Por su parte la demandada formuló demanda reconvenicional ejercitando acción de nulidad de la escritura de donación de la finca en lo que atañe al piso NUM009 que fue vivienda conyugal más el trastero y garaje anexos, por no haber dado su consentimiento a la transmisión, admitiendo la validez de la donación del resto del inmueble en favor de su hija y aceptando en ese momento el usufructo de la finca realizado en su favor en la escritura de rectificación de la donación con las consiguientes rectificaciones registrales.

Como fundamento de la nulidad de la donación del domicilio conyugal se invocaron los artículos 1320 y 1322 del Código Civil 1889 (CC) que se estimaban aplicables en Cataluña en el año 1988 en que se produjo.

11.- La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda principal y rechazó la reconvenición. La estimación parcial de la demanda principal y la desestimación de la reconvenición se hizo sobre la base de declarar que los arts. 1320 y 1322 del CC no eran aplicables en Cataluña (razón por la que no podía estimar la reconvenición), pero que tampoco podía declarar que la demandada era usufructuaria del inmueble según la escritura de 1988, como se había interesado en la demanda principal, puesto que la Sra. Margarita no había aceptado la donación del usufructo del inmueble realizada por su esposo en la escritura de rectificación de la donación, en vida de éste. Por este motivo declaró, congruentemente con la primera petición realizada en la demanda principal, que la Sra. Sonia era nuda propietaria de la toda la finca, incluida pues la vivienda conyugal en la que reside su madre (en la realidad actual correspondería a la Sra. Sonia también el usufructo al haber muerto el único usufructuario válido).

12.- La sentencia fue recurrida en apelación por la parte demandada, la cual, admitiendo que no podía aceptar en aquel momento la cesión del usufructo del inmueble de la finca, deferido a su favor en la escritura de rectificación de 1988, y no combatiendo, en consecuencia, tal pronunciamiento de la Sentencia, fundó su recurso en la aplicación en Cataluña del art. 1320 del CC reiterando, pues, la petición de nulidad de la donación de la vivienda familiar y sus anexos realizada a su hija por su esposo sin su consentimiento.

13.- La sentencia de segunda instancia confirmó la de primera instancia en el sentido de que no procedía declarar la nulidad de la escritura de donación de la vivienda conyugal y de sus anexos por no resultar de aplicación en Cataluña una norma como la del art. 1320 del CC , antes de la reforma operada en el Texto Refundido de la Compilación del derecho civil de Cataluña por Ley 8/1993 de 30 de septiembre por la que se modificó el art. 9 para exigir, cualquiera que fuera el régimen matrimonial aplicable, el consentimiento del cónyuge no titular para disposición de los derechos sobre la vivienda habitual necesaria para la vida familiar y de sus muebles de uso ordinario.

14.- Frente a dicha sentencia interpone la defensa de la Sra. Margarita recurso de casación aduciendo en el primer motivo la infracción de los artículos 1320 y 1322 del CC por no aplicación, y en el segundo vulneración por inaplicación del art. 6,4 en relación con el artículo 1320 del CC al haberse otorgado la escritura de rectificación y reserva de usufructo en fraude del artículo 1320 del CC .

15.- El recurso de casación fue admitido en función de la cuantía del procedimiento al haberse dictado la sentencia de segunda instancia en fecha 15 de febrero de 2010 .

SEGUNDO.- Recurso de casación.



Como se infiere de los anteriores antecedentes debe la Sala resolver la controvertida cuestión jurídica relativa a la aplicación del art. 1320 del CC (conforme al cual *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*) en Cataluña desde el año 1981, en que tal figura jurídica fue introducida en el CC, hasta el año 1993 en que fue modificado el art. 9 la Compilación para incorporar una norma similar.

Las razones aducidas por la sentencia de primera instancia para proclamar que tal norma no era de aplicación en Cataluña fueron las siguientes:

- La legislación aplicable a los actos realizados en el año 1988 por el matrimonio formado por el Sr. Roberto y la Sra. Margarita era el Texto Refundido de la Compilación del derecho civil de Cataluña aprobado mediante Decreto legislativo 1/1984 de 19 de julio, cuyo artículo 1 dispone que *De conformidad con lo establecido en la Constitución, y el Estatuto de Autonomía, las disposiciones del Derecho Civil de Cataluña regirán con preferencia al Código Civil y a las restantes disposiciones de igual aplicación general.*

En el mismo sentido la Disposición final cuarta de dicho texto establece *de conformidad a lo dispuesto en el art. 1 de la presente Compilación, sin perjuicio de las normas de directa aplicación general, en aquello que no prevén las disposiciones del Derecho Civil de Cataluña regirán supletoriamente los preceptos del Código Civil y de las demás leyes estatales de carácter civil en la medida en que no se opongan a aquellas disposiciones o principios generales que informan el ordenamiento jurídico catalán.*

- Existe una evidente oposición entre lo previsto en el artículo 7 de la Compilación según el cual en defecto de pacto capitular *el matrimonio quedará sujeto al régimen de separación de bienes que reconoce a cada cónyuge la propiedad, disfrute, administración y disposición de los bienes propios, sin perjuicio del régimen especial de la dote si la hubiera* y el artículo 1320 del CC antes citado por cuanto este último prevé una limitación o restricción a la libertad de disposición del sistema de separación de bienes en cuanto a los bienes propios que no fue prevista por el legislador catalán.

- En el art. 91,1 del Reglamento hipotecario fue modificado después de la reforma del Código Civil de 1981 incorporando el requisito del consentimiento y la mención de vivienda conyugal para la inscripción del acto de disposición sobre la misma *cualquiera que fuese el régimen económico matrimonial*, siendo nuevamente alterado en el año 1984 a consecuencia del requerimiento realizado por la Generalitat de Cataluña de fecha 27.1.1983 para reducir tal la exigencia solo cuando *la ley aplicable* exigiese el consentimiento de ambos cónyuges.

- El Tribunal Supremo en la sentencia de 31-12-1994 reconoció aplicable el art. 1320 del CC en Cataluña mientras que por el contrario la sentencia de fecha 19 de noviembre de 1997 dijo en forma expresa lo contrario, lo que ratificó la sentencia del TS Sala 1ª de 30 de abril de 2008.

Por su parte la Audiencia Provincial al resolver el recurso de apelación estimó clara la incompatibilidad entre el art. 1320 del CC y el artículo 7 de la Compilación por su ubicación sistemática, puesto que el art. 1320 y el art. 1322 del CC se hallan incardinados en el Libro IV, Título III del CC que alude al régimen económico matrimonial y lo mismo hace el art. 7 de la Compilación en el Título III del Libro I de la Compilación.

TERCERO.- Esta Sala no desconoce la polémica doctrinal mantenida en relación con la aplicación en Cataluña del art. 1320 del CC así como el pensamiento discrepante de los autores y también de las sentencias de las Audiencias Provinciales de Cataluña. También esta Sala puso de manifiesto sus dudas en sus Sentencias nº 26/99 de 4 de octubre y nº 18/2006 de 25 de mayo, si bien en ambos casos como razonamientos *obiter dicta*.

Así en la primera sentencia se analizaba una operación realizada en el año 1994, por tanto vigente ya el art. 9 de la Compilación tras la reforma del año 1993, y en la STSJC de 18/2006 de 25 de mayo lo que se resolvió era si el art. 9 del Código de Familia era de aplicación con efectos retroactivos a un supuesto de renuncia al derecho de arrendamiento realizada por el marido sin consentimiento de la esposa a instancia del propio renunciante en el año 1986, sin entrar en el análisis de la aplicación al caso del art. 1320 o del 1322 del CC por no haber sido citados como infringidos en el recurso. Ello no obstante existe un razonamiento *obiter dicta* sobre esta cuestión en el que se pone de manifiesto nuestras dudas sobre la aplicación en Cataluña del art. 1320 del CC.

Este es, pues, el primer supuesto en el que la discusión jurídica apuntada debe ser resuelta por la Sala aplicando la norma adecuada a un caso concreto contando además con indudable trascendencia práctica al haber devenido la demandante, hija de la demandada, propietaria plena del inmueble, incluida pues de la vivienda conyugal de sus padres, y poder, en consecuencia, disponer libremente de la de la misma, razón por la cual la Sala debe proceder a un estudio riguroso de la temática planteada.



CUARTO.- Ante todo procede analizar cual fue el fundamento o razón de la modificación del Código Civil respecto de los artículos 1320 y 1322 y la del artículo 9 de la Compilación del derecho civil de Cataluña mediante Ley 8/1993 .

El precedente de la reforma del Código Civil del año 1981 no lo hallamos en ningún antecedente del derecho castellano, sino en la resolución (78) 37, sobre la igualdad de los cónyuges en el derecho civil, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en 27 de septiembre de 1978, que aconsejaba a los gobiernos de los Estados miembros de asegurar o promover la igualdad de los cónyuges en derecho civil en lo que concierne, entre otras cuestiones, a tomar las medidas necesarias para garantizar una protección legal al cónyuge que vive o ha vivido en la vivienda familiar sin ser el propietario, el arrendatario o el titular de cualquier otro derecho que confiera el uso de la misma, cuando estos derechos pertenezcan o hayan pertenecido al otro cónyuge y puedan extinguirse o se hayan extinguido como consecuencia del comportamiento abusivo de éste, sin perjuicio de los derechos de terceros, que más tarde se convirtió en la Recomendación (81) 15, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en 16 de octubre de 1981, así como en otras legislaciones de nuestro entorno tales como la ley inglesa, y los ordenamientos jurídicos noruego, danés y holandés entre los europeos, en todos los cuales se protegía de diversas formas el hogar o domicilio de la familia de las actuaciones de uno solo de los cónyuges que permitieran la desposesión de la misma.

Como indica la STS Sala 1ª de 8-10-2010 ponente E. Roca i Trias *La jurisprudencia del TS sala 1º ha interpretado el art. 1320 CC como una norma de protección de la vivienda familiar (SSTS de 3 enero 1990 y 31 diciembre 1994).*"

La doctrina unánimemente considera que con dicho artículo se pretende conseguir la protección de la vivienda familiar y por ello se protege a uno de los cónyuges contra las iniciativas unilaterales del otro señalando que el fondo de la norma lleva hasta sus últimas consecuencias el principio de igualdad entre el hombre y la mujer dentro del matrimonio, proclamado en el artículo 32 de la Constitución .

La sentencia STS 31-12-1994 nº 1199/1994 en su fundamento jurídico segundo, decía que " *nuestro ordenamiento jurídico protege la vivienda familiar, tanto en situación normal del matrimonio como en los estados de crisis, separación o divorcio. La protección se manifiesta en primer lugar creando el concepto de vivienda familiar al que se refieren arts. 87, 90 b), 91, 96 y 103,2 CC ; bien familiar, no patrimonial al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, quien quiera que sea el propietario. Protección que se hace patente en los supuestos de régimen normal de la familia fundamentalmente a través del art. 1320 CC de aplicación general, con independencia del régimen patrimonial del matrimonio y conforme al cual "para disponer de los derechos sobre 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 "*.

Por su parte la exposición de motivos de la Ley 8/1993 de 30 de septiembre, que modificó el art. 9, dentro del apartado I sobre la finalidad de la reforma, indica que la ley respeta los principios básicos del sistema ahora vigente en materia de régimen económico conyugal poniendo de relieve la reestructuración sistemática de las demás materias.

De este modo el Título III del Libro I de la Compilación pasaba a tener como rúbrica "De las relaciones patrimoniales entre cónyuges" y el capítulo 1º (en el cual se ubicaba el art. 9) se titulaba, "Disposiciones generales sobre los efectos patrimoniales del matrimonio", tratando los siguientes capítulos, en forma separada, de las capitulaciones matrimoniales; las donaciones por razón del matrimonio; los negocios jurídicos celebrados entre los cónyuges y del régimen económico matrimonial de separación de bienes.

La sentencia de esta Sala de 4 de octubre 1999 ya puso de manifiesto que la reforma del art. 9 de la Compilación del año 1993 se debía a las directrices del derecho comunitario y al art. 1320 del CC de lo que se infiere que ambos preceptos tienen un mismo fundamento.

QUINTO.- La Disposición transitoria segunda del Estatuto de Cataluña de 1979 vigente en el año 1988, ya preveía en lo concerniente al derecho civil de Cataluña, cuyo desarrollo era y es competencia plena y exclusiva de la Generalitat de Cataluña, que las normas existentes entonces (recogidas fundamentalmente en la Compilación del derecho civil de Cataluña de 21-7- 1960), no tenían la complejidad necesaria, lo que ha ido corrigiéndose en fases temporales más avanzadas. Basta recordar las explícitas remisiones al Código Civil de algunos artículos de la Compilación y de la constatación, en el caso de algunas de las instituciones, de su fragmentaria regulación, debiendo acudir supletoriamente para completarlas a las normas del Código Civil.

De este modo, no existe duda de la aplicación, en aquellos momentos en Cataluña, de los art. 66 y 67 del Código Civil entonces vigentes (conforme a los cuales el marido y la mujer son iguales en derechos y deberes, deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia), del art. 70 del CC (según el cual los cónyuges fijarán de común acuerdo el domicilio conyugal y, en caso de discrepancia,



resolverá el Juez, teniendo en cuenta el interés de la familia) y de los artículos 90 y 96 que regulaban los efectos del matrimonio y los de la separación o el divorcio. Resulta, pues, que no existía entonces en Cataluña una estructura normativa completa de los efectos del matrimonio y de su extinción. Tampoco del concepto de cargas familiares y de la responsabilidad por ellas. Ciertamente es que la Compilación, siguiendo el sistema tradicional en Cataluña, recogió como régimen económico matrimonial supletorio, en defecto de pacto entre las partes, el régimen de separación de bienes definido en el artículo 7 de la CDCC, pero ello no significa que ahí quedase comprendida cualquier otra consecuencia jurídica del hecho matrimonial, del que dimana un conjunto de deberes y obligaciones de los cónyuges genéricos y recíprocos, incluso de sus aspectos patrimoniales.

Teniendo en cuenta lo anterior y que no existía ninguna previsión en el año 1988 en la CDCC sobre la protección de los derechos sobre la vivienda familiar debemos plantearnos si, como preveía el art. 1 del Texto refundido de 1984 y la Disposición transitoria cuarta, podía aplicarse supletoriamente el Código Civil, en concreto el art. 1320, o bien, como dicen las sentencias de instancia, esta norma resultaba incompatible con el art. 7 de la Compilación o si, en todo caso, debemos concluir que el artículo 1320 CC resultaba contrario a los principios básicos del derecho tradicional de Cataluña.

A nuestro juicio no existía incompatibilidad entre el artículo 1320 del CC y el art. 7 de la CDCC como tampoco podía haberla entre el primer artículo y el artículo 1437 del CC respecto del régimen de separación de bienes y como no la hay tampoco entre el art. 19 de la CDCC vigente en el año 1988 y el art. 7 CDCC en relación con los objetos de uso ordinario del hogar familiar.

Tanto el art. 7 de la CDCC como el art. 1437 del CC son preceptos que definen el régimen económico de separación de bienes como sistema en el cual cada uno conserva los bienes que ya tuviese y los que adquiriera constante matrimonio, así como su administración y libre disposición.

El art. 1320 del CC supone una limitación o restricción legal a la libre disposición del uso de un bien determinado -el que constituye el hogar familiar- en función de un interés que se estima superior al particular y propio de uno de sus individuos. Se trata de una excepción que como tal no deroga la regla general ni por tanto resulta incompatible con ella. La necesidad de asentimiento o conformidad con el negocio jurídico ajeno no hace que el bien se convierta en común, ni que la contraprestación económica, en caso de negocio oneroso, pase a ser propiedad de ambos cónyuges.

Como establece la mejor doctrina, el art. 1320 CC se enmarca en un régimen matrimonial primario que es independiente del régimen económico matrimonial. Contraído matrimonio, la situación de los cónyuges se traduce en una igualdad de derechos y deberes y en la participación y responsabilidad de ambos en la dirección de la vida familiar y en la obligación de actuar en interés de la familia. Este principio, en relación con la vivienda familiar, se concreta en el derecho de los cónyuges en plano de igualdad a fijar de común acuerdo el domicilio y a mantener de igual modo dicho uso de común acuerdo y ello tanto en régimen de normalidad como en el supuesto de que el matrimonio se haya separado o disuelto o haya sido anulado.

Se justifica tal norma en el hecho de que la comunidad de vida creada por el matrimonio produce unos efectos inmediatos en la esfera patrimonial que responden a unas necesidades primarias básicas cuya satisfacción debe ser atendida, incluso después de extinguido y con él el régimen económico conyugal.

SEXTO.- Pues bien, ello sentado, tampoco podemos considerar que tal disposición atente contra los principios tradicionales del derecho civil catalán.

Como se ha dicho, el precepto no incide en el régimen económico matrimonial sino que se trata de una norma de protección de la familia, un efecto patrimonial consecuente al matrimonio. Tal distinción la tuvo clara el legislador catalán tanto al estructurar el Título III del Libro I de la Compilación, tras la reforma operada por Ley 8/1993 de 30 de septiembre, según antes se ha explicado, como posteriormente en el Código de familia de 1998, cuyo Título I se denominó "De los efectos del matrimonio" y el capítulo 1º (en el que se ubicó el art. 9 con similar contenido al del art. 9 de la CDCC) "Disposiciones generales". Lo mismo ocurre en la actualidad en que el precepto se ubica en la Sección 1ª del Capítulo 1º del Título III del Libro II del CCCat y no en el régimen económico del matrimonio. Es por ello que la ubicación sistemática del art. 1320 del CC en el ordenamiento civil español no puede estimarse como un argumento definitivo para estimar que el precepto formaba parte del régimen económico conyugal.

Es principio básico del derecho civil de Cataluña la protección a la familia y así lo recordaba el Preámbulo del Código de familia de 1998 al declarar precisamente en el punto relativo a la necesidad del consentimiento de ambos cónyuges para disponer de la vivienda familiar que *"...el dret català ha considerat sempre la família la institució social bàsica i la primera cèl·lula de la societat. Però el vigor que el nostre dret ha conferit a la institució familiar i el sentit proteccionista que hi impera han estat tothora compatibles amb el reconeixement de la personalitat individual i de la màxima llibertat de les persones que en formen part... Aquesta Llei es mostra*



plenament fidel a tots aquests principis. El propòsit de protecció a la família i de les finalitats que li incumbeixen es posa en relleu al llarg de totes les institucions que regula, com es desprèn, entre altres, de les normes que limiten la disponibilitat de l'habitatge familiar...".

En consecuencia, una norma modernizadora del derecho de familia (y en particular de protección a la mujer) como fue la contenida en el art. 1320 del CC, aunque ciertamente novedosa, no se oponía a los principios básicos del derecho civil de Cataluña. Basta comprobar los derechos reconocidos al cónyuge respecto del uso de la vivienda familiar o de los objetos incluidos en ella en los artículos 19 y 24 de la Compilación vigente en el año 1988.

A diferencia del legislador balear, que voluntariamente excluyó en la elaboración del Decreto Legislativo 79/1990, por el que aprobó el Texto Refundido de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares, la incorporación en el artículo 4 de una norma similar al art. 1320 CC con el argumento de que «... *la intromisió d'aquest apartat segon de l'article 4 que obliga al titular d'un bé privatiu dins el matrimoni a sol·licitar autorització del cònjuge que no és titular i que, si no li ho dona, la pot demanar al jutge, introdueix una falca dins el règim de separació de béns* » y al que se refiere la STSJB de 3-9-1998 para concluir que el art. 1320 CC no era de aplicación en Baleares, no puede afirmarse, en el caso del derecho catalán, que existiese una omisión voluntaria del legislador y, en consecuencia, de un conjunto vacío, pues la legislación catalana no había regulado todavía los efectos del matrimonio ni los efectos de la separación nulidad o divorcio como haría más tarde.

Por último, no es jurídicamente admisible que la vivienda conyugal solo estuviese protegida en el caso de crisis familiar según los artículos 90 y 96 del CC, sobre los que no existía duda de su aplicación en Cataluña, y no en el supuesto de normalidad matrimonial cuando lo que se defiende es la estabilidad de la vivienda familiar frente a los actos unilaterales de uno de los cónyuges que hicieran posible la pérdida del uso de la misma, independientemente de la buena o mala fe del transmitente.

SÉPTIMO.- A la aplicación en Cataluña del art. 1320 del CC en Cataluña entre la reforma del CC del año 1981 y la operada en la CDCC en el año 1993, no obsta:

a) Que existan otras normas en el Capítulo 1º del Título III del Libro IV del CC que pudiesen no ser aplicables en Cataluña ya que dicho Capítulo como dice la sentencia del TS de 19/11/1997, *agrupa un conjunto de normas inconexas, que se ha dado en llamar, por alguna parte de la doctrina, "régimen matrimonial primario", pero no hay duda que no todas las normas se aplican a todo matrimonio.*

b) La reforma del art. 91,1 del Reglamento hipotecario RRDD de 12 de noviembre de 1982 y 10 de octubre de 1984, esta última operada tras el requerimiento de incompetencia realizado por la Generalitat de Cataluña al Gobierno del Estado.

Decía el texto vigente en 1982 que: *"Cualquiera que sea el régimen económico del matrimonio para la inscripción del acto de disposición que recaiga sobre inmueble que constituya vivienda habitual de la familia, deberá constar el consentimiento del otro, cónyuge, a no ser que se justifique que no tiene tal carácter o que el disponente lo manifestare así."* Y después de la reforma de 1984 que: *"Cuando la Ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual de la familia, será necesario para la inscripción de actos dispositivos sobre una vivienda perteneciente a uno solo de los cónyuges que el disponente manifestare en la escritura que la vivienda no tiene tal carácter."*

Cierto que el cambio indica que pueden existir leyes que no exijan tal consentimiento, como en principio se podía inducir de la ausencia de una medida similar en la Compilación catalana, pero también que el ejecutivo catalán no quisiese que por la vía del Reglamento hipotecario (norma aplicable en todo el Estado por mor de lo dispuesto en el art 149,1, 8 de la CE) se hurtase al legislador catalán la competencia para regular la cuestión del modo que estimase más conveniente, lo cual no resulta incompatible con que en tanto no hiciese uso de tal facultad fuese aplicable el precepto del CC en virtud de la supletoriedad establecida en la Disposición transitoria cuarta del Texto Refundido de la Compilación.

Es interesante observar, en este punto, que en el texto del citado requerimiento, no solo se aludiese a la eventualidad de que el Parlamento de Cataluña aprobase un precepto semejante al 1320, sino que respecto de la enajenación de la vivienda familiar, se considerase como la solución más justa. Y del mismo parecer era la doctrina catalana (vide al respecto el interesante debate sobre la cuestión en el Simposio celebrado en Lloret sobre el derecho civil de Cataluña por el 25 aniversario de la Compilación en el año 1985-1986 publicado por la Generalitat de Cataluña, páginas 393 y ss.)

c) Las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo citadas por la sentencia de primera instancia pues la STS de 1997 no se refería a la vivienda familiar ni al art. 1320, sino al art. 1322 del CC y la sentencia de 2008 presupone la vigencia del artículo 1320 en Cataluña pues desestima la acción por falta de legitimación activa al pretender la nulidad el transmitente en lugar del cónyuge que presuntamente no dio la autorización. Antes



bien, el art. 1320 se halla precisamente dirigido al titular privativo único de la vivienda y no a bienes comunes o gananciales como el art. 1322.

También la sentencia del TS de 7-10-1985 presupone la vigencia del art. 1320 del CC en Cataluña.

Por todo ello, procede casar la sentencia dictada y en su lugar acceder parcialmente a la reconversión instada por la parte demandada por lo que seguidamente se dirá.

OCTAVO.- La demandada reconvenional no discutió en el escrito de contestación a la reconversión los efectos de la aplicación del art. 1320 del CC que no podían ser otros que la nulidad de la donación de la vivienda conyugal realizada por su propietario mediante un acto gratuito conociendo la donataria que constituía el domicilio familiar.

No pueden ser acogidas las alegaciones realizadas en el escrito de contestación a la reconversión para impedir tal efecto anulatorio en el sentido de que el uso de la vivienda por la madre quedó preservado por la cesión del usufructo del total inmueble por cuanto, si bien es cierto que la norma protege el uso del domicilio y como norma limitativa de las facultades de disposición es de interpretación restrictiva, en el caso que nos ocupa, este uso no ha quedado protegido ya que la cesión del usufructo de la vivienda conyugal a la Sra. Margarita realizada por su esposo ha sido declarada inválida por no haber existido la aceptación de la donataria (STS 27-4-2012 o 3-2-2010) y así lo ha declarado la sentencia de primera instancia en pronunciamiento no recurrido por ninguna de las partes por lo que solo resulta eficaz la donación del resto del inmueble que no constituye la vivienda familiar y sus anexos, y la reserva de usufructo respecto del donante, ya extinguido por su fallecimiento.

El consentimiento de la demandada, esposa del titular de la vivienda en el momento de producirse la donación no lo han declarado probado las sentencias de instancia sin que quepa confundir con el mismo el conocimiento por parte de la Sra. Margarita de las escrituras del año 1988 en el momento de la defunción del Sr. Roberto .

Los anexos a la vivienda conyugal como son el trastero y un garaje han de seguir la misma suerte que la vivienda en sentido estricto ya que les alcanza la misma protección como zonas accesorias al no constar que se hubiese dado un destino diferente en vida de los cónyuges.

NOVENO.- El segundo motivo del recurso de casación en el que se denuncia la infracción del artículo 6,4 del CC sobre ser innecesario al haber sido acogido el primero, y con el la nulidad del acto dispositivo y por ende la lícita transmisión de la vivienda y sus anexos por vía hereditaria del Sr. Roberto a su esposa, la demandada, no puede ser acogido por la Sala.

En primer lugar, se hace supuesto de la cuestión al no haber declarado las sentencias de instancia intención de fraude alguno de los derechos de la demandada, fraude incomprensible cuando el donante quiso reservar el usufructo de la vivienda tanto en su favor como en el de su esposa y por tanto preservar el uso familiar, bien que sin efecto jurídico válido por las consideraciones jurídicas expuestas en la sentencia de primera de instancia que ambas partes aceptaron, por lo que las razones fiscales aducidas para justificar la emisión de dos escrituras con la misma fecha resultan mucho más plausibles.

En todo caso tal alegación resulta contradictoria con la pretensión de aceptar el usufructo realizado en el escrito de contestación a la demanda.

DÉCIMO.- Las costas del recurso de casación no se imponen a ninguna de las partes habida cuenta la inexistencia de doctrina de la Sala respecto de la cuestión controvertida y por tanto las dudas de derecho existentes. Tampoco se impondrán las costas de la demanda principal ni de la reconversión ni las del recurso de apelación formulado por la parte hoy recurrente por la misma razón y por haber sido acogidas en parte las pretensiones de ambas partes.

Por todo lo expuesto

PARTE DISPOSITIVA

La Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, ha decidido que:

ESTIMANDO EN PARTE el recurso de casación interpuesto por la Sra. Margarita contra la Sentencia de fecha 15 de febrero de 2010 dictada por la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el rollo de apelación núm. 51/09 , debemos casar como casamos la misma.

En su lugar declaramos que procedía estimar el recurso de apelación interpuesto por la Sra. Margarita contra la sentencia de primera instancia en el sentido de acoger en parte la demanda principal presentada por la Sra.



Sonia contra la Sra. Margarita y en parte la reconvencción formulada por esta segunda contra la demandante principal declarando:

Que la demandante Sra. Sonia es titular de la nuda propiedad del inmueble sito en la CALLE000 núm. NUM004 y NUM004 NUM005 de Sabadell en virtud de las escrituras de donación y rectificación de 15 de diciembre de 1988 a excepción del piso NUM009 , garaje y trastero anexo de la finca, siendo nulo el acto de adjudicación de dicho inmueble realizado por la Sra. Margarita mediante escritura de 9 de mayo de 2006, por lo que debe rectificarse en tal sentido el Registro de la propiedad.

La nulidad parcial de la donación realizada por el Sr. Roberto respecto del piso NUM009 más el trastero y garaje anexos del inmueble antes citado realizada en escrituras de 15 de diciembre de 1988 a favor de su hija Sonia .

La propiedad plena de dichas fincas (piso NUM009 , trastero y garaje) en favor de la Sra. Margarita en virtud de la aceptación de herencia de su difunto esposo realizada por la Sra. Margarita en fecha 9 de mayo de 2006, que respecto de dichas fincas resulta válida.

La condena a las partes a realizar los actos necesarios para que resulten efectivas tales declaraciones en el Registro de la Propiedad respecto del inmueble y del piso NUM009 más el local trastero y garaje anexos.

Todo ello sin imposición de las costas de la demanda principal, reconvencción, recurso de apelación ni tampoco las costas de este recurso de casación.

Notifíquese la presente a las partes personadas y con su testimonio remítase el Rollo y las actuaciones a la Sección indicada de la Audiencia.

Así por ésta, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN. La sentencia se ha firmado por todos los Magistrados que la han dictado y publicada de conformidad con la Constitución y las Leyes. Doy fe.