

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO
CIVIL Y ESPECIALMENTE AL REGIMEN HIPOTECARIO

DEPÓSITO LEGAL: M. 968.—1958.

Año XXXVI	Septiembre-Octubre 1960	Núms. 388-389
-----------	-------------------------	---------------

Cuestiones de Derecho matrimonial

I

DOMICILIO Y HOGAR.

En la regulación que las leyes han hecho del domicilio se han fijado más que en éste en sí (morada o residencia) en sus efectos de carácter procesal. Esta materia aparece dominada por el pensamiento de localizar el ejercicio de las acciones determinando el foro competente desde el punto de vista del actor y del reo, y de ello es fiel reflejo nuestro Código Civil, que en su artículo 40 transcribe la idea: «Para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles, el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual, y, en su caso, el que determine la Ley de Enjuiciamiento Civil.»

Pero por debajo de esta localización de las actuaciones jurídicas y de esta afirmación formal late el sentimiento de que el domicilio es la casa, el hogar, la *domus* donde se asienta y concreta la vida familiar de tal suerte que «casa» y «familia» se han podido tener como sinónimos, como se ve, por ejemplo, del concepto que de ésta dieron las *Partidas* (P. VII, tít. XXXIII, 6) y la doctrina estableció.

A las leyes no les es desconocido este sentido, y en ocasiones

concretas se refieren al domicilio u hogar conyugal o familiar, cuya exigencia surge de la propia condición humana que hace vivir juntos a las personas que se aglutinan en una misma familia, y lo reconoce la ley que obliga a los cónyuges a vivir juntos y a los padres e hijos mientras éstos se hallan sometidos a la potestad de aquéllos (Código Civil, artículos 56 y 155-1.º). Sobre este supuesto hay redactados preceptos legales como el artículo 149, relativo a los alimentos que pueden prestarse recibiendo y manteniendo al alimentista en la *propia casa* del alimentante, y el 524, que da al habitacionista la facultad de ocupar en una casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia; el 321, que fija la convivencia de las hijas de familia mayores de edad; los artículos 24 y 58 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que regulan la cesión y subrogación de los familiares convivientes; el artículo 504 del Código de Comercio número 3.º, etc., y en la legislación penal el abandono del domicilio conyugal es típico para algunos delitos (artículo 487 del Código Penal).

La fijación del «hogar», de la morada o casa familiar es función del jefe de familia, del marido o padre en los casos normales, como más generales; pero también puede ser función de la esposa y de la madre en ciertos supuestos (incapacidad del marido, viudedad, filiación natural, etc.), y aun de los hijos emancipados (en la hipótesis del artículo 149 antes señalado). Siendo absolutamente necesario distinguir, como lo hace Trabucchi (1) entre el derecho sobre la casa como organización y dirección de los elementos materiales de la vida de familia, es decir, como hogar, y el derecho a la casa como edificio que puede pertenecer a uno de los cónyuges o familiares o a un extraño.

En el régimen jurídico del hogar el elemento primordial es la familia que representando un interés superior al del individuo modaliza los derechos de éste subordinándolos a los de aquélla cuando estén en contraposición.

Con estas consideraciones previas trataremos de aclarar algunas cuestiones y problemas que en esta materia pueden presentarse y que tanto interés tienen para el mantenimiento adecuado de las posiciones familiares.

(1) *Uxor facit domicilium*, en «Studi in onore di Antonio Cicu», II, página 625. Milano, 1951.

II

LA CONCRECIÓN DEL DOMICILIO CONYUGAL POR PACTO.

Hemos dicho que la fijación del hogar es atribución del jefe o cabeza de familia. En el matrimonio, núcleo originario de la familia, se entiende como manifestación de la potestad marital. Esto es lo que consagra al parecer el artículo 58 del Código Civil: «La mujer está obligada a seguir a su marido donde quiera que fije su residencia.»

Mas que el marido fije su residencia no quiere decir que pueda obrar *ad libitum*. Su potestad ha de ser racionalmente ejercitada, por cuyo motivo, a pesar de la antigüedad del principio *unaquaeque mulier sequatur virum suum, sive vita sive in morte*, teólogos, moralistas y juristas entendieron que tal facultad estaba limitada por su propia finalidad y por el respeto a la individualidad de la mujer y así señalan excepciones al principio legal, de las cuales unas viven en los propios textos del Código (artículos 58 *in fine*, y 68, verbigracia) y otras se infieren de la naturaleza de la institución matrimonial.

No siendo, pues, un principio absoluto cabe que nos preguntemos sobre los límites existentes para el mismo. Siendo la primera cuestión si la facultad del marido puede restringirse por el consentimiento prestado al matrimonio condicionalmente o por un contrato celebrado con la mujer o con otra persona por el cual se comprometa a residir o a no residir en un lugar determinado.

1. *Del condicionamiento del consentimiento matrimonial.*

Para los contrayentes de un matrimonio su residencia o no residencia en un lugar determinado puede tener una gran importancia: el interés de centrar su vida en el punto radicante de sus bienes, o de sus negocios, o en especiales condiciones de salubridad, atendido su estado físico y sanitario, o el deseo de estar próximos a los padres u otras personas que necesiten del cuidado o asistencia de los hijos, parientes o beneficiados, o la seguridad de carácter político, etc.

Nada de esto parece ilícito por sí, pero el problema radica en si la ilicitud resulta al ponerlo en relación con la naturaleza y los fines del matrimonio.

Si la residencia se pone como condición en un matrimonio canónico, su validez y efecto respecto al mismo matrimonio se regirá por el canon 1.092: «La condición, una vez puesta y no revocada: 1.º Si versa acerca de un hecho futuro y es necesaria, imposible o torpe, pero no contra la sustancia del matrimonio, se ha de tener por no puesta. 2.º Si se refiere a un hecho futuro contra la sustancia del matrimonio, la condición lo hace inválido. 3.º Si versa acerca de un hecho futuro y es lícita, deja en suspenso el valor del matrimonio. 4.º Si acerca de un hecho pasado o presente, el matrimonio será válido o inválido, según que exista, o no, lo que es objeto de la condición.»

Si la condición se pone de presente (me caso si tienes tu domicilio o casa puesta en tal sitio para que vayamos a vivir a ella), vale y hace válido o no el matrimonio según se dé o no el supuesto de hecho (número 4 del canon).

Si la condición se pone de futuro, como no es necesaria (porque su realización no es fatal) ni imposible (porque puede cumplirse), interesa saber si va contra la sustancia del matrimonio, o si no yendo contra ésta va contra lo dispuesto en la ley o en las buenas costumbres (*conditio turpe*).

Según la unánime opinión de los canonistas, son condiciones *contra substantiam matrimonii* aquellas que excluyen uno de los *tria bona matrimonii*: indisolubilidad (*bonum sacramenti*), la fidelidad (*bonum fidei*) o la procreación (*bonum prolis*).

La condición de vivir en un determinado sitio, o de no vivir en un lugar señalado no parece que sea contraria a ninguno de estos tres bienes que se pueden cumplir perfectamente en un lugar determinado.

Sin embargo, esto es en una primera impresión, porque siendo una condición potestativa para el marido, estando en la voluntad de este cumplirla o no, viene a quedar a su arbitrio la validez del matrimonio, puesto que el consentimiento se prestó con esta condición que en tal caso sería resolutoria, contraria al *bonum sacramenti* y por tal inadmisibles y anulatorias.

Esto, como condición del consentimiento matrimonial, pero pue-

de establecerse la obligación de residir como un pacto que no afecte a la validez del matrimonio, sino sólo a sus efectos ulteriores. ¿Es admisible? ¿Cuáles son sus consecuencias?

2. *Del pacto de residencia en lugar determinado.*

Veamos, en primer término, el pacto celebrado entre dos futuros contrayentes del matrimonio para su efectividad post-nupcial. No estando especialmente regulado en la legislación, su validez habrá de examinarse a la luz de los principios generales que el Código establece para los contratos y que son aplicables a los negocios jurídicos bilaterales en general.

El texto fundamental de que hemos de partir es el artículo 1.255: «Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público.»

Ahora nos resta examinar en detalle si en el pacto propuesto se vulnera alguno de estos tres principios.

A) *El pacto no es contrario a las leyes.*—Las leyes se pueden contrariar de dos maneras: o realizando actos prohibidos de un modo expreso, o realizando actos que sin estar expresamente prohibidos, van contra el espíritu y la finalidad que con aquéllas se persigue. Sólo el primer aspecto nos interesa ahora, porque el segundo es integrante de la noción de orden público, y será examinado luego.

Según el artículo 4.º del Código sólo son nulos los actos ejecutados *contra lo dispuesto en la ley*, y examinando nuestra legislación no encontramos un solo precepto que prohíba el pacto de residencia.

Proclamado el principio de autonomía de la voluntad, la prohibición legal ha de ser terminante, clara y explícita. Es necesario que la ley diga: «será nulo», «queda prohibido», «no se podrá pactar», u otra frase semejante. Por otra parte las disposiciones prohibitivas se interpretan siempre en el sentido restrictivo, y no en el extensivo, conforme al principio sentado por la doctrina *favorabilia amplianda sunt et odiosa restringenda*.

Es verdad que en el artículo 1.316 y relativamente a las capitulaciones matrimoniales se establece que no podrán los otorgantes esti-

pular nada que fuere depresivo de la autoridad que respectivamente corresponda en la familia a los futuros cónyuges. Pero el artículo se refiere especialmente al contrato sobre bienes con ocasión de matrimonio, y el pacto que venimos examinando no se refiere a los bienes, y además no es claro que sea *depresivo* de la autoridad marital, calificación que sólo podremos hacer al examinarla como de orden público y en relación con lo preceptuado en el artículo 58 del Código, es decir, con referencia a la tercera y última limitación del artículo 1.255.

B) *El pacto no es contrario a la moral*.—El pacto de residencia sólo es contemplado como inmoral cuando se refiere a la residencia separada de los cónyuges en los casos de la que se llama separación de hecho amistosa, pero el de residencia común de los esposos en sitio determinado no parece que tenga nada de inmoral.

Desde el punto de vista del matrimonio y de sus fines más bien favorece la ética matrimonial, pues como decía nuestro famoso canonista Sánchez: «Est potius in matrimonii favorem, ut conservetur individua vita, et cohabitatio inter coniuges» (2).

La motivación del pacto puede, asimismo, resultar plausible, puesto que no son rechazables los fines que las partes pueden proponerse con él y hemos indicado a propósito de la condición de residencia en el consentimiento matrimonial. El pacto puede ser una acertada medida de prudencia que aleje la vida conyugal de la aventura, un medio de hacer compatible deberes filiales y conyugales, etc.

Juan Voet, cuya opinión no es clara, y que parece inclinarse por la no validez del pacto, se ve forzado a reconocer que no contradice ni la honestidad ni las buenas costumbres. «Etsi conventio talis ipsam domicilii transferendi libertatem impedire marito nequeat, quia tamen neque honestati neque bonis moribus repugnat...» (3).

Los tratadistas antiguos encontraban en los pactos de residencia matrimonial, y por eso algunos los rechazaban, un obstáculo:

(2) TOMÁS SÁNCHEZ: *De sancto matrimonii sacramento disputationum*. Lugduni MDCLXXX, I, Disp. XL, 2.

(3) *Comentarius ad Pandectas*, I, París MDCCCXXIX, lib. V, tit. I, Cl., página 458

eran atentatorios a la libertad y venían a crear una sujeción al lugar que creaba como una especie de servidumbre.

Pero los propios autores recordaban cómo en algunos casos se establecían pactos de residencia o condiciones de ella, verbigracia, en los mayorazgos y los estimaban válidos en principio y obligatorios mientras no surgiera una justa causa, y así decía el mencionado Sánchez: «Et hoc intelligendum est, nisi iusta causa recedendi superveniat» (4), con cita de muchos autores acordes (5).

Entre estos autores merecen especial consideración las palabras de Antonio Gómez, que salva el principio de libertad, afirmando: «Adde tamen, quod in casibus, in quibus pactum istud, de quo loquimur valeat et teneat et cogatur promissor adimplere, debet intelligi nisi superveniat aliqua causa de novo, per quam non possit, vel debeat ibi habitare» (6).

Además no hemos de olvidar que el *pactum de commorando semper in certo loco*, se ve entre la doctrina antigua como contrario a la libertad, porque se examina sobre el supuesto corriente de ser convenido por razón de servidumbre y con terceras personas. Así puede verse, por ejemplo, en Gregorio López (7), que habla de esto sólo con ocasión del matrimonio de los siervos y en relación de dependencia con el señor, hipótesis que dista mucho y es fundamentalmente diferente del matrimonio de personas libres que se proponen fines que están en su autodeterminación y en los que, como decimos, no se ve nada inmoral.

Es más, el pacto «de habitando en certo loco», que al ser celebrado por el marido arrastra consigo y fija el domicilio conyugal, lo vemos frecuentemente celebrado y nadie lo tacha de inmoral. Así, por ejemplo, el que contrata sus servicios de portero de una finca urbana, de guarda de un almacén o negocio, de *casero* de una finca rústica, o en general se obliga a prestar servicios que exijan la residencia familiar en cierto sitio.

¿Por qué ha de ser inmoral cuando se conviene independiente-

(4) *In eodem loco, in fine*, 7.

(5) *Begnudellus*, en su «Repertorium Quaestionum magis practicarum». Frisingae MDCCXII, III, fol. XL, 41; cita como favorables a Alejandro de Imola, Juan Andrés, el Abad, Sánchez, Pontiano y el Hostiense.

(6) *Variae resolutiones iuris civilis, communis et regii*, Lugduni MDCCI, página 293, núm. 24.

(7) Glosas a Partida, III, tit. XVIII, Ley LXXXIX y Partida IV, tit. V Ley II.

mente de una prestación de servicios? ¿Por qué lo que se conviene con extraños no ha de poder ser convenido entre los que se unen en matrimonio?

La única objeción que en este punto podría hacerse es la de la perpetuidad. Pero tampoco la perpetuidad es por sí misma inmoral. La perpetuidad (pacto de por vida, se entiende) podrá ser rechazada en instituciones como el arrendamiento de servicios, como lo hace el artículo 1.583 del Código Civil, por el temor de que envuelva una especie de esclavitud o enajenación de la libertad por una razón puramente patrimonial, pero es, en cambio, esencial en la institución del matrimonio en el que los derechos y deberes de cada uno de los cónyuges duran tanto como la vida común de los consortes. De la libertad no hay que tener un sentido y un concepto mítico, ha de ser concebida racionalmente para que no conduzca a la anarquía, y, en ese recto sentido, el matrimonio y su estatuto jurídico de por vida no es un atentado a la libertad, sino una manifestación de ella en la medida en que la puede conceder el orden social.

C) *El pacto y el orden público.*—Sobre este punto el argumento ordinario se produce así: la fijación del domicilio conyugal es, en nuestro derecho, atribución del marido, está en la potestad marital, ésta está fijada en la ley como requisito inderogable y elemento fundamental de la organización matrimonial, no admite restricción; luego el pacto es nulo.

Véanse, en concreto, las palabras de Burón (8): «La mujer está obligada a aceptar el domicilio que fije el marido. Todo pacto anterior o posterior a la unión conyugal que contrarie este precepto de la ley, será pacto nulo, como lo son, en regla general, todos los pactos formados en fraude de las leyes. El matrimonio no admite condiciones contrarias a su naturaleza; y es contrario a las leyes del orden doméstico un pacto que enajene al marido uno de los atributos de su autoridad. Todo consentimiento que en este sentido haya prestado el marido es un consentimiento nulo que a nada cierto le obliga.»

Pero estas afirmaciones parecennos demasiado absolutas influidas por un sentido de la potestad marital, basado en criterios

(8) *El Derecho civil español*, 6.ª edic., I. Barcelona, 1901.

históricos que no pueden mantenerse hoy, porque su fundamento racional y actual le da un sentido más relativo y aparece muy templado el antiguo rigor con que fué establecida. Esto nos obliga a una consideración más pausada y meditada.

Hasta ahora es innegable que la facultad de fijar el domicilio era una atribución de la autoridad marital, pero es porque el hogar más que como vivienda o morada conyugal se consideraba como el marido, hasta tal punto que en algún momento el complemento de conclusión del matrimonio era la *deductio in domum mariti*. Así decía Laurent (9): «La comunidad de vida supone una sola y misma habitación para los dos esposos; esta habitación es la del marido; es la consecuencia más natural, más legítima de la potestad marital.»

Y, sin embargo, la potestad del esposo de fijar el domicilio y hacerse seguir por la mujer encontró siempre en la interpretación de los jurisconsultos y de los jueces criterios de templanza y de racionalización que le impedían el abuso de su autoridad y ponían cortapisas a sus determinaciones arbitrarias al respecto, protegiendo a la mujer y dispensándola de seguir al marido, que vale tanto como decir que éste no podía señalar la morada sin una razón normal y prudente.

Pese al concepto despótico de la dirección marital que llevaba a Napoleón a sentar que la obligación en que está la mujer de seguir al marido es *general y absoluta* y tantas veces cuanto él lo exija (10), y al sentido que él consiguió infiltrar en los codificadores franceses que llegaron a decir, como Simeón en su informe ante el Tribunado que la mujer no puede estar separada legítimamente del marido más que por el divorcio o la muerte (11), las atenuaciones aludidas encontraron un eco favorable en la doctrina antigua y pervivieron pasando a la moderna.

Ya los canonistas antiguos, y sirva de ejemplo nuestro Tomás Sánchez, antes citado, y siempre considerado entre los más eminentes (12), señalaban como excepciones: que la mujer no pu-

(9) *Principes de Droit civil*. París, 1870, III, núm. 86, pág. 117.

(10) *Discussions du Code civil dans le Conseil d'Etat*, I. París, 1805, páginas 307 y 308.

(11) *Curso de legislación formado de los mejores informes y discursos leídos y pronunciados al tiempo de discutirse el Código de Napoleón*. Barcelona, 1839, I, página 96.

(12) Op. cit. Disp. XLI.

diera seguir al marido sin grave detrimento; que el marido quisiera exponerla al pecado; que el señalamiento de domicilio fuere por causa torpe o deshonestas; que el marido fuere vago o errabundo, no sabiéndolo la mujer previamente al matrimonio. Y estas excepciones son admitidas sin dificultad por la doctrina moderna con bastante unanimidad y aún acentuando más la nota de protección a la mujer, según la tendencia que viene a equiparar la condición de los cónyuges (13). Tendencia que ha encontrado su consagración legal en algunas legislaciones extranjeras, entre las que cabe citar como relevante la alemana. En efecto, desarrollando el artículo 3.º, párrafo 2.º de la Constitución de la República Federal, se han derogado los párrafos 10 y 1.353 del B. G. G., con la consecuencia de que los cónyuges han de fijar de común acuerdo el domicilio conyugal (14), principio también establecido en la República Democrática u Oriental por el artículo 14 de la Ley de 27 de septiembre de 1950 (15).

También recientemente la Ley belga de 30 de abril de 1958 ha dado una nueva redacción al artículo 213 del Código, y admitiendo idénticos fundamentos, dice: «La residencia conyugal es, a falta de acuerdo entre los esposos, fijada por el marido. La mujer tiene el derecho de recurrir ante el Tribunal de Primera Instancia si motivos legítimos aconsejan la elección de otra residencia.»

Aunque en este artículo de la Ley belga parece darse una redundancia, porque, en definitiva, compete al marido la facultad de decisión, la declaración, como comentan Baeteman y Lauwers (16), tiene mucha importancia, porque del texto deriva que la elección del marido no es soberana, a lo que nosotros añadimos que se vería condicionada por el pacto si expresamente se había establecido.

Con arreglo a estos criterios y en esta línea de pensamiento, dice Castán: «La obligación de seguir la mujer al marido es racional en principio, pero pueden ser incontables los casos en que sería inhumano darle efectividad. Por ello, nos parece que el su-

(13) La cita sería prolija, pero, como muestra, pueden verse LAURENT: *Obra y lugar citados*; DEMOLOMBE: *Cours de Code Civil*, Bruxelles, 1847, II, número 95, pág. 257.

(14) *Soergel und Siebert. Bürgerliches Gesetzbuch*, I, 9.ª edic. Stuttgart, 1959, página 76.

(15) *Kallmann*, en «*Jurisclasseur de Droit Comparé*», fasc. 1.º. Allemagne.

(16) *Devoirs et droits des époux*. Bruxelles, 1960, núm. 100, pág. 109.

puesto de excepción del artículo 58 debe ser ampliado, aplicándolo, desde luego, a aquellos casos en que, aun tratándose de un traslado de residencia dentro de la Península, medie justa causa para que la mujer sea exenta de la obligación de seguir a su marido» (17).

Hay, como puede apreciarse, una opinión (*communis opinio*) extremadamente difundida sobre que la facultad marital de fijar el domicilio está limitada por su propia finalidad, y siendo de orden público su origen, por el propio orden público encuentra su sentido relativo y posible condicionamiento.

Con clara intuición de lo que decimos en uno de los primeros estudios sobre el entonces reciente Código Civil, decía Navarro Amandi, al referirse al artículo 58:

«Muchos autores estiman válido todo pacto que tenga por objeto, no la separación de los cónyuges, sino la obligación del marido de vivir siempre o durante cierto tiempo en lugar determinado»..., y así como sería nulo el pacto que eximiera a la mujer de seguir al esposo «porque toca a las facultades fundamentales del marido, es válido el de residir en cierto lugar, porque esto sólo hace relación a las accidentales» (18).

En verdad, el único obstáculo formal para la admisión del pacto radica en el propio texto del artículo 58, porque éste, luego de establecer el principio de que la mujer debe seguir al marido dondequiera que éste fije su residencia, sienta una sola excepción: la de que traslade su domicilio a ultramar o a país extranjero, en cuyo caso los tribunales podrán eximirla de tal obligación mediante justa causa.

Por ello podría pensarse con cierta simplicidad e invocando una vieja regla de interpretación: *inclusio unius exclusio alterius*; luego no se admite más excepción.

Y, sin embargo, esto no ha sido nunca así interpretado y ya se ve que tanto entre los intérpretes extranjeros como entre los españoles apareció la limitación contemplando la finalidad del imperativo legal. El pacto «de habitando in certo loco» no atenta a la autoridad del marido, no la anula, porque tal convenio en-

(17) CASTÁN: *Los derechos de la mujer y la solución judicial de los conflictos conyugales*. Madrid, 1954.

(18) *Cuestionario del Código Civil reformado*. Madrid, 1889, I, comentario al art. 58, pág. 112.

cuentra a su vez el límite, basado en la esencia del matrimonio, de que en caso de necesidad no creada arbitrariamente por uno de los cónyuges no puede tener efectividad. Así se entendió siempre y aparece en los textos citados anteriormente de nuestros autores antiguos, y de los extranjeros los que admitieron el pacto, como Lauterbach y Werner, dice Glück (19), exceptuaron siempre el caso *si iusta et urgens supervenerit domicilii mutandi causa*.

No debe olvidarse, por otra parte, el espíritu renovador de la Ley de 24 de abril de 1958, favorable en principio a la equiparación jurídica de los sexos, y que aunque no la haya establecido totalmente favorece una interpretación más amplia y matizada del Código (20).

Todos estos argumentos postulan la validez del pacto que para nosotros hay que sentar por demostrada.

D) *La efectividad del pacto*.—Una vez admitida la conveni- ción por la que los esposos fijen su residencia, cabe preguntarse sobre su efectividad, sobre todo teniendo en cuenta la importante limitación que comporta, pues parece que admitir su decadencia cuando exista justa y urgente causa para cambiar el domicilio es tanto como condenarlo previamente a su ineficacia. No es así, sin embargo, si alcanzamos a precisar lo que ha de entenderse por tal causa *iusta et urgens*.

Parece que nunca podrán considerarse causas justas aquellas en que la doctrina ha visto una razón suficiente para que la mujer no siga al marido (deseo de vagabundear, grave detrimento del otro cónyuge, prosecución de fines torpes o deshonestos, etc.).

Pero esto no resuelve la cuestión más que de modo negativo; el *quid* radica en saber cuáles son las causas justas para que, cesada la eficacia del pacto, el marido pueda fijar en otro lugar el domicilio conyugal, sin que la mujer se pueda resistir con pleno derecho a seguirle.

Naturalmente que el pacto exige que sea la voluntad del ma-

(19) *Commentario alle Pandette*, lib. V, edición italiana. Milano, 1893, página 128, nota.

(20) Véase DE CASTRO: *Apéndice al compendio de Derecho Civil*. Madrid, 1958, pág. 44. Entiende este ilustre tratadista que tal como se configura el domicilio conyugal en el art. 68 del Código y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento, el marido no puede crear otro domicilio arbitraria o antijurídicamente (pág. 63), lo que es un apoyo más para nuestra tesis.

ruido fundada en razones de conveniencia familiar. La concreción de éstas se hace difícil, pero dista mucho de ser imposible cuando descendemos de las reglas generales a los casos concretos.

En primer término será normal que en el pacto se hayan mencionado los motivos relevantes que a él han inducido, o al menos estén claramente presupuestos. Siendo esto así habrá de considerarse justa causa la desaparición de tales supuestos. Por ejemplo: el motivo era de proximidad a las fincas aportadas al matrimonio y aquéllas se han enajenado; o era la salud precaria de la esposa y resulta que la residencia elegida más bien la perjudica; o ha fallecido la persona a quien se quería asistir morando junto a ella; o el bienhechor que se deseaba cercano se trueca en enemigo; o la ventaja esperada es insuficiente o notablemente desproporcionada con el mayor rendimiento que fundamente se puede lograr en otra parte con otra ocupación o empleo, no buscando caprichosamente sino por razón de necesidades familiares no atendidas en forma debida y de imposible o insuficiente satisfacción en la residencia pactada.

Cabe también considerar los casos de fuerza mayor: desaparición del pueblo que ha de ser anegado por emplazamiento en el vaso de un pantano; prohibición de residencia en el lugar por una determinada autoridad y no atribuible a la culpa del proscrito, etc.

El juez, cuando no exista el acuerdo conyugal acerca del particular, podrá resolver con arreglo a estos criterios, siempre entendiendo que la simple voluntad del marido no es suficiente para quebrantar un pacto que, en otro caso, sería letra muerta y podría ser tachado de *estipulación inútil*.

Por lo demás, la efectividad del pacto no se traduce en una acción dirigida a lograr el hecho físico de la convivencia, sino a sancionar el hecho de la no convivencia conforme a lo pactado. El cónyuge que no observe lo convenido, sin existir causa razonable justificativa de ello, es el que habrá de ser considerado como infractor del deber de cohabitación impuesto en el artículo 57 del Código sin poder alegar, por tal motivo tan solo, el abandono por parte del otro cónyuge (tanto a los efectos penales como a los civiles) que permanece en el domicilio elegido.

El pacto es un correctivo a la extraordinaria facilidad con que

el esposo puede hacer culpable a la mujer cuando quiera librarse de ella (21) consagrandolo el principio absoluto de preeminencia del marido, éste no tiene más que buscar un nuevo domicilio sin alegar razones, y en cambio la mujer habrá de alegar y probar las suyas para no seguirle, con toda la dificultad que esto comporta, porque tales razones no son siempre patentes y demostrables y, cuando lo son, no siempre interesa que sean puestas de relieve.

Concretamente, con respecto a la mujer, que es la ordinariamente favorecida por el pacto, ya que se presenta ésta como excepción al derecho del marido, decía Lauterbach (22) que el contrato es eficaz tan sólo en cuanto que permite a aquélla proteger su propio interés cuando el marido, en contradicción con lo convenido, cambia su domicilio, siendo la mutación dañosa para la mujer.

III

EL HOGAR EN RELACIÓN CON LA PROPIEDAD DE LOS CÓNYUGES.

Siendo el domicilio conyugal un concepto independiente del de la propiedad de la casa en que se fija, pero en necesaria conexión con ella, interesa fijar, desde el punto de vista jurídico, cuáles son los efectos de tal conexión para lo que habremos de distinguir varias hipótesis.

1.^a hipótesis: *La casa que se habita es del marido.*—Esta casa se transforma en hogar conyugal por el hecho de que la mujer, siguiendo al marido, vaya a habitar en ella. En este sentido expresaba el aforismo clásico: «Communiter dicitur, quod uxor facit domicillum.»

La utilización entra en la obligación alimenticia, puesto que ésta comprende, según el artículo 142, lo «indispensable para... habitación».

(21) GOMPEL-NETTER: *La conception moderne du domicile de la femme mariée en Droit privé français*. París, 1937, pág. 93.

(22) Lugar citado anteriormente.

No hay que pagar alquiler o compensación, porque se ocupa a título dominical y porque el sostenimiento de la familia es a cargo de la sociedad de gananciales (artículo 1.408-5.º) y los alquileres (frutos civiles) son también gananciales (artículo 1.401-3.º), por lo que se confunden los aspectos positivo y negativo en el mismo patrimonio.

Disuelto el matrimonio por muerte del cónyuge propietario, el supérstite, dentro del sistema del Código Civil, mientras se haga la liquidación de gananciales y se le entregue su haber, como continuación del derecho alimenticio (artículos 1.430 y 1.379-2.º), parece que podrá seguir habitando la casa, pero al cesar la obligación alimenticia se convierte en un precarista.

Esto es injusto. A la viuda se le da el vestido de luto (artículo 1.427) y el lecho y ropas ordinarias (artículo 1.420) y se ha de marchar del domicilio conyugal, aunque conviva con hijos comunes si la casa es heredada por otra persona o por los propios hijos. Está en condiciones peores que un arrendatario. Es más, si la casa fuera propiedad de un tercero y la tenía el marido en alquiler, la mujer quedaría subrogada en sus derechos (artículo 58 de la L. A. U.). El Derecho Romano y el común permitieron que la viuda conservara el domicilio del marido mientras no pasara a ulteriores nupcias (23).

Si se produce una situación anormal en el matrimonio, aunque la casa sea del marido la mujer puede quedar provisionalmente en ella (artículo 68), pero no está suficientemente garantizada, porque el marido puede vender la casa y entonces la mujer quedará en situación de precarista y podrá ser desahuciada por el nuevo propietario. Porque las medidas de garantía o aseguramiento que el Juez pueda adoptar no alcanzan a evitar esto.

Tales medidas son las enunciadas en el artículo 1.891 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: «Para el aseguramiento de las medidas a que se refieren los artículos anteriores, y en especial para que quede garantizado el pago de las pensiones alimenticias correspondientes a un año, como máximo, el Juez de oficio o a instancia de parte podrá acordar la formación de inventario, constitución de depósitos o anotaciones o inscripciones en los Registros públicos o cualquier otra garantía de naturaleza análoga.»

(23) Véase TEDESCHI: *Del domicilio*. Milán, 1936, pág. 63.

No obstante la amplitud con que está redactado el texto se ve que lo está pensando en asegurar una cantidad como base de responsabilidad, pero no parece que autorice que se llegue a establecer una prohibición de enajenar que sobre no estar autorizada especialmente en todo caso chocaría con la regla 4.^a del propio artículo 68 del Código, que en la situación provisional de tramitación de la separación y en orden al régimen económico matrimonial ordena taxativamente que «el marido conservará la administración y disposición de sus bienes». Sólo ante el daño temido parece posible asegurar, por cualquiera de los medios del artículo 1.891, una indemnización compensatoria del perjuicio probable, pero el lanzamiento de la vivienda promovida por el nuevo adquirente no podría evitarse.

Obtenida la ejecutoria de separación no aparece tampoco claro el derecho de la mujer inocente a conservar el domicilio conyugal en la casa propiedad del marido culpable, y aunque éste le deba alimentar (regla 5.^a del artículo 73 del Código), los satisfará por vía de pensión, puesto que la convivencia conyugal se ha roto y deviene imposible (artículo 149 del Código).

Son estas deficiencias legales que acusamos y cuya corrección sería oportuna en una futura reforma legislativa completando la protección debida a la mujer y a la familia.

La solución sería acaso constituir un arrendamiento forzoso a favor de la mujer. O tal vez seguir las huellas del Derecho inglés, en donde interpretando la Ley de 1.882 la jurisprudencia entiende que el marido culpable no puede desahuciar a la mujer inocente que observa buena conducta, a menos que le ofrezca en cambio una habitación conveniente. Es difícil—dice Brown (24)—encontrar una calificación jurídica adecuada al derecho así creado en favor de la mujer, pero, como quiera que sea, los tribunales lo sancionan.

2.^a hipótesis: *La casa es de la mujer*.—La convivencia en ella del marido la transforma en hogar conyugal. Por razones semejantes a cuando es del marido no se debe alquilar ni compensación alguna en la sociedad conyugal. Si la casa es dotal porque los frutos de la dote están afectos a las cargas matrimoniales (ar-

(24) BROWN et GASTAMBIDE: *Droit anglais, Grande-Bretagne*, fasc. 1.^o, en «Jurisclasseurs de Droit comparé», 1959.

tículos 1.364, 1.401 y 1.408 del Código) y sí es parafernial por la misma razón (artículo 1.385).

También parece injusto que el viudo, concluido el matrimonio por muerte de la dueña, haya de salir de la casa en los mismos términos que decíamos de la viuda en la primera hipótesis. Particularmente cuando hay hijos y el viudo vive en hábito de tal, y mientras así se conserve, no se ve razón suficiente para que la continuación del hogar conyugal dependa de la contingencia de una partición hereditaria. En la reforma de nuestras leyes sería deseable mantener dicho hogar y la dignidad del supérstite, cosa que podría hacerse con sólo inspirarse en los principios acertados de la legislación de Aragón (artículos 72 y 73 del Apéndice foral).

Si se produce la situación anormal de separación, también mientras el proceso se sustancia, es de aplicación al cónyuge varón el artículo 68 del Código y podría la mujer propietaria de la casa verse obligada a salir de ella por el decreto judicial. Pero en este caso el marido está a cubierto de la venta maliciosa de la casa a un tercero que le obligara a salir de ella, porque la mujer no podría enajenar sus bienes sin autorización judicial (artículo 68-4.^a).

En este trance, y aun antes de la reciente reforma del artículo 68, la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1901 sentó la doctrina de que: no procede el desahucio reclamado por una mujer casada contra su marido para obligarle a abandonar la casa en que los cónyuges tenían su domicilio, antes de salir de ella para ser depositada, con motivo de haber entablado demanda de divorcio, que estaba en tramitación, fundándose en ser propietaria de la referida casa y en el requerimiento judicial hecho a su citado marido para que se abstuviese de practicar acto alguno de administración en los bienes de su mujer, porque las demandas de divorcio no producen el efecto de quitar el carácter de domicilio conyugal a aquel donde el marido sigue viviendo, y por esto es por lo que la mujer sale del mismo a calidad de depositada, y porque la circunstancia de que el domicilio radique en casa de la propiedad de ésta, absolutamente en nada altera las condiciones de dicho domicilio, dado el estado de derecho subsistente entre los cónyuges mientras se ventila la cuestión de divorcio, debiendo ventilarse esta cuestión en juicio declarativo, y no

en el de desahucio, incompatible con otros vínculos de derecho que no sean el arrendamiento o el precario.

Siendo ejecutoria la sentencia de separación, si la mujer fuere culpable tampoco hay base en el artículo 73 del Código para que el marido inocente continúe en el hogar conyugal. Parece que quedaría como un precarista, puesto que el número 4.º de este artículo señala el efecto de «la separación de los bienes de la sociedad conyugal, teniendo cada uno el dominio y administración de los que les corespondan». Mas, no obstante, como la reforma de 24 de abril de 1958 afectó al artículo 73, pero no tocó su concordante 1.435, en virtud de su letra, la facultad de administrar los bienes del matrimonio, otorgada por el Código, subsistirá cuando la separación se haya acordado a su instancia y la mujer no tiene derecho a los gananciales ulteriores, de donde resulta que si la casa fuera dotal podrá el marido inocente seguir viviendo en ella, ya que su destino para esto es un acto de administración y su aprovechamiento y rendimiento ganancial.

Evidentemente la solución que acabamos de indicar revela una irritante desigualdad entre el marido y la mujer, que no ha sabido corregirse en la precipitada reforma de 1958, y que también habrá de tenerse presente en una futura armonización de los textos legales, pero hoy nos sirve de medio para resolver la cuestión planteada, conforme al principio del «favor matrimonii», facilitando la continuación del hogar.

3.ª hipótesis: *La casa es ajena a los cónyuges y éstos la ocupan en virtud de arrendamiento.*—El derecho arrendaticio puede corresponder al marido, porque éste alquiló la casa antes del matrimonio, o a la mujer en idéntico supuesto, o a la sociedad conyugal, porque se arrendó por los ya casados mediante su representación legal (normalmente por el marido).

Cualquiera que sea el contratante del arrendamiento por el hecho de ir a vivir el otro cónyuge entendemos que se opera una mutación en el concepto del alquiler de la casa habitación, que se hace común por la necesidad de vida común (artículo 56 del Código) y que normalmente ha de ser atendida con el patrimonio común (artículo 1.408-5.º). Entonces es cuando surge la idea del «hogar familiar».

Este concepto del que hablábamos en el preliminar de este

artículo se refiere no solamente a los cónyuges entre sí, sino también con relación a los terceros y concretamente con respecto al arrendador, pues es un supuesto normal el de la «casa destinada a la habitación de una familia» (artículo 1.582 del Código). La propia Ley de Arrendamientos Urbanos acepta la realidad de esta construcción dando preferencia al «hogar familiar» (*sic in lege*, artículo 64 de la L. A. U.) y considerando la convivencia del cónyuge sin más requisitos, como base normal para la subrogación de los derechos arrendaticios (artículo 58) y como una excepción a la regla prohibitiva de la cesión del arrendamiento sin la voluntad del arrendador (artículo 24) y que no autoriza el aumento o elevación de la renta que se puede exigir a los *parientes* cesionarios, pero no al *cónyuge* (artículo 98, número 5.º, en relación con el número 6.º).

Todo esto autoriza a pensar que el derecho arrendaticio se ha hecho, como decimos, común, aunque de hecho sea ejercitado frente al arrendador por el cónyuge que ostenta la representación y gestión de la sociedad conyugal.

Cuando en el matrimonio surge el intento de separación y se admite la demanda, puesto que al Juez se atribuye el poder de determinar cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda común (artículo 68 del Código), esto ha de admitirse con todas las consecuencias para su efectividad, y el cónyuge que se queda, aunque no fuera el que inicialmente arrendó, hay que estimarlo subrogado en lugar de éste para todos los efectos del arrendamiento. Podrá, por tanto, pagar los alquileres, reclamar las reparaciones y servicios que procedan, etc., sin que el titular nominal del derecho arrendaticio pueda renunciar a éste, transmitirlo a otro ni realizar acto obstativo alguno que pudiera defraudar o perjudicar a su consorte, pues el acto abusivo no podría nunca ser reconocido en este punto, ya que el «manifiesto abuso del derecho» está expresamente rechazado por el artículo 9.º de la L. A. U.

Obtenida la sentencia ejecutoria de separación, partiendo de la idea del hogar y supuesto que en el número 5.º del artículo 73 se establece la conservación por el cónyuge inocente y pérdida por el culpable del derecho a los alimentos, podría considerarse incluído en éstos la habitación y creemos que podría establecerse

por decreto judicial la subrogación del inocente en los derechos arrendaticios. Es verdad que el artículo 58 de la L. A. U. se refiere a la subrogación para el caso de muerte y que éste de la separación no está previsto, pero no hay que olvidar el artículo 8.º de la propia ley: «En aquellos casos en que la cuestión debatida, no obstante referirse a las materias que esta ley regula, no aparezca expresamente prescrita en la misma, los tribunales aplicarán sus preceptos por analogía.»

4.ª hipótesis: *La casa es ajena y la ocupan los cónyuges por razón del cargo o servicio que uno de ellos o ambos desempeñan.* En este supuesto el hogar conyugal depende de la relación de la cual es accesoria. Es el caso de las viviendas y locales de los porteros, guardas, asalariados, empleados y funcionarios que los tuvieran asignados por razón del cargo que desempeñen o servicio que presten.

La dificultad de esta situación está en el carácter personalísimo de estas viviendas, que sólo en la normalidad matrimonial podrán ser compartidas. El Juez, en cada caso, habrá de examinar la posibilidad de que el cónyuge no titular pueda permanecer en la casa provisionalmente durante la tramitación de la separación. Pero esto no podrá ser cuando la vivienda sea facilitada *para* desempeñar el cargo (caso del guarda) que necesite la permanencia en el local, aunque podrá ser cuando se facilite *por* desempeñar el empleo o servicio.

De todas maneras, en las separaciones decretadas por sentencia ejecutoria, la casa será inescindible del empleo.

MANUEL BATLLE.