

- OBJETO** Ajuar doméstico de la vivienda habitual común: acción reivindicatoria por el cónyuge supérstite.
- PARTES** Doña Mari Trini (recurrente) *contra* Don Diego.
- PONENTE** Excmo. Sr. D. JOSÉ ALMAGRO NOSETE.
- FALLO** No ha lugar al recurso.

DISPOSICIONES LEGALES APLICADAS:

Artículo 1693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil-2000; artículos 632, 1321, 1941 y 1955 del Código Civil.

DOCTRINA:

La exclusión a la que se refiere el párrafo segundo del artículo 1321 del Código Civil debe interpretarse con espíritu generoso a favor del cónyuge viudo, debiendo tenerse en cuenta la condición y el status socioeconómico de cada familia y excluyendo tan sólo aquellos objetos que, además de ser intrínsecamente valiosos, lo sean especialmente atendiendo el volumen patrimonial de la familia.

La posesión continuada durante todo el tiempo necesario para conseguir la prescripción en concepto de dueño es requisito esencial tanto de la usucapción ordinaria como extraordinaria.

HECHOS:

Fallecida Doña Mari Trini, esposa del demandante, Don Diego, y madre de la demandada, Doña Mari Trini, el cónyuge viudo ejerció acción reivindicatoria contra su hija, solicitando que se dictara sentencia por la que se condenara a la demandada a devolver y entregar al actor determinados muebles y enseres integrantes del ajuar del hogar familiar, dando posesión real de los mismos al demandante, absteniéndose en el futuro de todo acto de perturbación en el tranquilo disfrute de los mismos, así como al pago de las costas.

Admitida a trámite la demanda, la demandada contestó alegando como hechos y fundamentos de derecho los que estimó oportunos, y terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia desestimatoria de la demanda, con imposición de costas a la parte demandante.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, condenando a la demandada a devolver y entregar al demandante los muebles y enseres litigiosos, excluidos algunos, dando posesión real de los mismos al actor, absteniéndose en el futuro de todo acto de perturbación en el tranquilo disfrute de los mismos, sin especial pronunciamiento respecto de las costas procesales ocasionadas.

Contra dicha sentencia la parte demandada interpuso recurso de apelación que fue desestimado, confirmando la Audiencia Provincial íntegramente la sentencia del Juzgado.

La demandada-apelante interpuso, contra la sentencia de segunda instancia, recurso de casación a través de tres motivos de impugnación, residenciados todos ellos en el ordinal 4º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que denunciaban respectivamente y por su orden, la infracción de los artículos 632, 1321 y 1491 y 1955 del Código Civil.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.—El motivo primero (artículo 1692-4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil [LEG 1881, 1] anterior) denuncia la infracción del artículo 632 del Código Civil (LEG 1889, 27) por cuanto estima la parte recurrente que ha existido donación verbal de los bienes muebles litigiosos. Más la cuestión se sitúa en el campo de los «hechos probados», de manera, que la insistencia en la afirmación jurídica de la donación pugna, abiertamente, con aquellos, por lo que se incurre en el defecto de hacer «supuesto» de aquella. «Una vez más —dice la sentencia recurrida— ha de rechazarse la pretendida donación verbal de los muebles indicados». Y, continúa: «es verdad que el párrafo segundo del artículo 1.321 del Código Civil (LEG 1889, 27) excluye de la dispensa que el precedente párrafo primero del mismo artículo concede al cónyuge viudo aquellos objetos y alhajas de extraordinario valor; es verdad que, en el presente caso, la misma relación aportada y valoración atribuida por el actor a los muebles y objetos reivindicados induce a pensar que no se trata de muebles corrientes y que los testigos propuestos por la demandada, cuyas

imprecisas contestaciones mas relevantes se recogen, pormenorizadamente, en el fundamento jurídico noveno de la sentencia recurrida afirmaron ser estos de la propiedad de la hoy apelante, bien por haberlos comprado ésta, o bien, por haber oído que le fueron donados por sus padres, y es verdad, finalmente, que en el cuaderno particional de los bienes que pertenecieran a la fallecida esposa y madre del actor y demandada respectivamente, Doña Marí Trini, no figuran dichos bienes que constituyeron el habitual mobiliario de los distintos pisos y mas exactamente el sito en la PLAZA 000 núm. NÚM. 000, que fue el conyugal del actor y su fallecida esposa, y que fueron adquiridos a lo largo del matrimonio, fundamentalmente por Doña Marí Trini y para el hogar familiar; que todo el mobiliario de la casa, según se desprende, tiene un considerable valor; que la necesidad de inventariar dichos bienes y de incluirlos en el cuaderno particional no es obligada, y, finalmente, que la exclusión a la que se refiere el párrafo segundo del precitado artículo 1321 del Código Civil, como afirma el Juzgador “a quo” debe interpretarse con espíritu generoso en

favor de cónyuge viudo, debiendo tenerse en cuenta la condición y el status socioeconómico de cada familia y excluyendo tan sólo aquellos objetos que, además, de ser intrínsecamente valiosos lo sean especialmente atendido el volumen patrimonial de la familia. En el presente caso, a la luz de estas consideraciones, no puede decirse que los muebles y objetos reivindicados tengan un especial valor al lado del resto de los que pudieran componer el mobiliario y ajuar doméstico porque son, prácticamente, todos los que servían para amueblar las principales dependencias de la casa; no puede decirse que destaquen por su valor atendiendo a la desahogada posición económica del actor según se desprende del repetido cuaderno particional y finalmente no hay prueba concluyente de su donación aunque fuera verbal». En suma, procede la desestimación del motivo.

SEGUNDO.—El motivo segundo (artículo 1.692-4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil [LEG 1881, 1] citada) acusa infracción del artículo 1321 del Código Civil (LEG 1889, 27), pues entiende la parte recurrente que los bienes reivindicados no pueden ser conceptuados como ajuar doméstico y deben considerarse entre los comprendidos en el párrafo segundo del mismo artículo. Sin embargo, también, las afirmaciones argumentativas del presente motivo se oponen a las resultancias fácticas de la instancia que fundan los criterios jurídicos aplicados por el Juzgador, puesto que, a la vista de las condiciones y posición económica y social del actor, según resulta del cuaderno particional obrante en autos, de las fotografías que muestran la decoración y mobiliario de las principales dependencias del hogar conyugal, también aportadas en autos, y de las declaraciones testificales, lo cierto es que la conclusión tanto del Juzgado de Primera Instancia como de la Audiencia Provincial es la misma: los muebles y objetos reivindicados no

destacan por su valor si nos atenemos a la situación patrimonial del actor y su familia, y por tanto, no deben ser excluidos del ajuar doméstico. Así se recoge en el fundamento primero. Por tanto, el motivo examinado perece.

TERCERO.—El tercero y último de los motivos (artículo 1.692-4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil [LEG 1881, 1] antigua) considera infringidos los artículos 1941 y 1955 del Código Civil (LEG 1889, 27) al estimar que los bienes reivindicados han sido adquiridos por usucapición por la recurrente. Empero, deben recordarse como óbices, a la prosperabilidad del motivo que ya el Juzgado de Primera Instancia, cuya sentencia confirma la de segunda instancia, establece que «de las pruebas practicadas en el procedimiento no aparece acreditado que todos o parte de los objetos trasladados a Brasil por la demandada en diciembre de 1984 y repatriados en agosto del año siguiente, coincidan con los reclamados por el demandante..., lo que impide reconocer en la demandada una posesión a título de dueña, excluyente de otra posesión, que se iniciase en aquellas fechas con la consiguiente falta del presupuesto temporal preciso, y de las restantes condiciones necesarias para usucapirlos como pretende». La jurisprudencia enseña que tanto la prescripción ordinaria como la extraordinaria no pueden tener lugar en armonía con el artículo 1941 sin la base cierta de una posesión continuada, durante todo el tiempo necesario para conseguir la prescripción en concepto de dueño (sentencias de 17 de febrero de 1894, 27 de noviembre de 1923, 24 de diciembre de 1928, 29 de enero de 1953 [RJ 1953, 567] y 4 de julio de 1963 [RJ 1963, 3525]; la posesión en concepto de dueño como requisito esencial básico, tanto de la usucapición ordinaria como de la extraordinaria, no es un concepto puramente subjetivo o intencional, ya que el poseedor por mera tolerancia o por título personal, reconociendo el domi-

nio en otra persona, no puede adquirir por prescripción, aunque quiera dejar de poseer en un concepto y pasar al «animus domini» (sentencia de 19 de junio de 1984 [RJ 1984, 3251]) (sentencia de 16 de noviembre de 1999 [RJ 1999, 8612]). Todos los expuestos razonamientos, conducen a la desestimación del motivo.

COMENTARIO:

I. EL CASO CONCRETO DECIDIDO POR EL TRIBUNAL SUPREMO

Con la Sentencia objeto de comentario, el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre uno de los derechos del cónyuge supérstite, el de predecestraer el ajuar doméstico de la vivienda habitual común de los esposos a la muerte de uno de ellos, que, aún a distancia de las reformas de 1981, indudables introductoras de una nueva familia más acorde con las exigencias de la familia contemporánea (con notables y significativos reflejos positivos en el Derecho Sucesorio), no deja de ofrecer cuestiones interesantes en las que profundizar, no sólo por placer, sino, sobre todo, por las diversas dudas que suscita, siendo una materia, pese a su permanente presencia en la práctica, poco explorada por la doctrina moderna (algo más por la aragonesa), tal vez por su escasa litigiosidad.

La reclamación deducida en la demanda se funda en la pretensión del cónyuge viudo de entrega de una serie de bienes (enumerados en el escrito de demanda pero en la resolución no se especifican), por considerarse que formaban parte integrante del ajuar de la vivienda habitual común de los esposos, con base, pues, en lo previsto en el art. 1321 CC, y que se encuentran en poder de su hija, quien, en su defensa, alega que sobre los bienes reclamados existió donación verbal por parte de su madre; que los bienes reivindicados, en atención a su especial valor, no pueden ser conceptuados como ajuar doméstico; y, por último, que tales objetos los ha adquirido la demandada por usucapión.

La cuestión de la donación verbal de los bienes muebles objeto de controversia a favor de la hija, cuya existencia no queda probada en el procedimiento, nos coloca ante la problemática de la llamada «categoría de los contratos reales», sobre la cual, permítasenos apuntar, ya hemos tenido ocasión de pronunciarnos (*El contrato de comodato*, Valencia, 2002 y «Una reflexión en torno a la categoría de los contratos reales», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, T. II, Derecho Civil. Derecho de Obligaciones, pgs. 3307-3338, Madrid, 2003), razón por la cual tan sólo diremos aquí que la «datio rei» en ella no es otra cosa que la

CUARTO.—La desestimación de los motivos conduce a la declaración de no haber lugar al recurso, con imposición de las costas y pérdida del depósito constituido (artículo 1715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil [LEG 1881, 1]).

secular exigencia de forma para asegurar y, al tiempo, desfavorecer los negocios jurídicos gratuitos, desfavor frente a éstos del que existen tan acusados rasgos en nuestro Ordenamiento jurídico: piénsese, sin ir más lejos, en la diferencia vital para los mecanismos de protección de terceros adquirentes —arts. 464 CC y 34 LH— y la colación y reducción de lo donado en sede sucesoria.

Acerca de la prescripción adquisitiva de los muebles y objetos litigiosos por parte de la demandada, poco ha de decirse, pues no resulta acreditada en el procedimiento una posesión continuada a título de dueña para usucapir tales bienes, requisito esencial básico tanto de la prescripción ordinaria como extraordinaria.

Apuntadas las cuestiones inmersas en los motivos primero y tercero del recurso de casación que origina la resolución judicial que comentamos, con la brevedad impuesta por su incidencia indirecta o secundaria en el caso litigioso objeto de estudio, nos centraremos, por su mayor trascendencia y consiguiente interés, en el motivo segundo con el cual se examina el derecho del cónyuge sobreviviente al ajuar doméstico de la vivienda conyugal.

II. EL DERECHO DE PREDETRACCIÓN VIDUAL

El llamado *derecho de predetracción, derecho o don de supervivencia o sobrevivencia* (como lo llaman los franceses), o *aventajas* (término con el que lo conoce en los Derechos forales y parece mostrar comprensible preferencia LACRUZ BERDEJO: *Elementos de Derecho Civil, IV Derecho de Familia*, Barcelona, 3ª ed. 1990, pg. 294) es reconocido al cónyuge supérstite (viudo o viuda, no sólo, por tanto, a la viuda, a la que únicamente se le atribuía dicho derecho antes de la reforma de 1981 por el art. 1374 CC; véase asimismo el antiguo art. 1420 CC) por el art. 1321 CC (véase, asimismo, el derogado art. 57 de la Comp. de Aragón y el actual art. 84 de la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudez; el art. 3 de la Comp. de Baleares; la Ley 90, de la Comp. de Navarra; el art. 35 del Código de Familia de Cataluña), norma ubicada en sede del llamado régimen primario, que dispone: «Fallecido uno de los cónyuges, las ropas, el mobiliario y enseres que constituyan el ajuar de la vivienda habitual común de los esposos se entregarán al que sobreviva, sin computárselo en su haber.

No se entenderán comprendidos en el ajuar las alhajas, objetos artísticos, históricos y otros de extraordinario valor».

Se trata de un derecho de origen legal, una suerte de privilegio económico que la Ley concede al cónyuge supérstite cuando su régimen económico matrimonial se ha disuelto por muerte de su consorte y que consiste en detraer o retirar el ajuar doméstico de la que, hasta el momento de la muerte, había sido la vivienda conyugal de los esposos.

Tal derecho plantea numerosos interrogantes y dudas, entre otros y sin

ánimo alguno de exhaustividad, los siguientes: cuál es la «ratio» de la norma que atribuye dicho derecho al cónyuge viudo; el origen familiar o sucesorio del derecho reconocido; momento en el cual nace el derecho de supervivencia; composición del ajuar doméstico; y, por último, posibilidad de los cónyuges de pactar «inter vivos» acerca del derecho de predetracción constante matrimonio.

En estas páginas intentaremos, aun con la brevedad que requiere el presente comentario, aproximarnos a ellos.

2.1. La «ratio» del art. 1321 CC

La preocupación del legislador por proteger la conservación del hogar familiar se pone claramente de manifiesto en el art. 1320 CC, precepto que contempla la necesidad del consentimiento dual de los cónyuges para disponer «inter vivos» de la vivienda habitual y del ajuar doméstico, con el fin de salvaguardar el alojamiento del matrimonio y los objetos y muebles que lo guarnecen o equipan de la arbitrariedad o mala voluntad del cónyuge que puede, por ser el dueño o arrendatario de la vivienda o el mobiliario, disponer de ellos, impidiéndose, en consecuencia, que el otro cónyuge no titular se quede privado de los muebles indispensables para su casa o, incluso, de la casa misma.

Dicho interés por preservar el derecho al hogar durante el matrimonio reflejado en el art. 1320 CC, se prolonga, incluso, más allá de la muerte de uno de los cónyuges con la que queda disuelto el matrimonio, a favor del otro esposo, en el precepto que le sigue, pero sólo en cuanto al ajuar doméstico, que es atribuido directamente por la Ley al cónyuge sobreviviente, al margen de sus derechos sucesorios en la herencia de su consorte premuerto; sin embargo, en relación a la disposición «mortis causa» de la vivienda conyugal la cosa cambia, pues tan sólo se prevé su adjudicación preferente (que no directa) al cónyuge viudo a la hora de practicar la liquidación de la sociedad de gananciales del art. 1406.4º CC (complementado éste con el art. 1407 CC), a lo que ha de sumarse el derecho de subrogación arrendaticia previsto en el art. 16 de la LAU.

Al respecto, debe decirse que, tradicionalmente y, sobre todo, a partir de 1981, el cónyuge viudo –en la práctica, mayormente, la viuda, a la vista de los datos que proporciona el INE– ha sido objeto de particulares atenciones y consideraciones legales, siendo una de ellas la atribución al cónyuge viudo del derecho a retirar o detraer el ajuar doméstico de la que, hasta el momento de la muerte de su consorte, ha sido la vivienda habitual común de los dos esposos, con independencia de los derechos que le competen en la sucesión «mortis causa» del difunto.

La «ratio» o finalidad legal de la atribución del derecho de supervivencia al cónyuge viudo, cualquiera que haya sido el régimen que hasta la muerte de su consorte venía rigiendo las relaciones patrimoniales del matrimonio existente entre ellos, es garantizar la continuidad del hogar familiar, es decir, permitir que siga gozando, en lo posible (pues, natural-

mente, ya nada será igual), del mismo ambiente familiar existente hasta el fallecimiento de su cónyuge premuerto, «ratio» a la que asimismo responde, si bien más específicamente al referirse sólo a un régimen económico-matrimonial concreto, el derecho a la atribución preferente de la vivienda habitual en la liquidación de la sociedad de gananciales disuelta por muerte de uno de los cónyuges que contempla el art. 1406.4º CC (con posible aplicación del art. 1407 CC), con el que el derecho a predetraer el ajuar doméstico de aquella está, sin duda, estrechamente conectado.

Mediante el juego de ambas normas liquidatorias del régimen económico matrimonial (la primera, en general, pues es una norma de régimen primario; la segunda, referida sólo al de gananciales) coincidentes en la misma causa de disolución de aquél, muerte de uno de los cónyuges, el art. 1321 CC respecto de la predetracción «ipso iure» del ajuar doméstico o familiar de la vivienda conyugal y el art. 1406.4º CC en relación a la adquisición preferente de ésta, se responde a la necesidad de garantizar al cónyuge supérstite una tranquilidad de vida y una continuidad de costumbres mediante la persistencia del goce de la casa destinada a residencia familiar y de los muebles que constituyen su ajuar, no tanto o no sólo con el fin de permitirle conservar el ambiente afectivo en el cual ha convivido con el cónyuge premuerto, sino, sobre todo, para preservarlo del peligro de encontrarse, repentinamente, por la muerte de su esposo, privado de un lugar donde habitar y de las cosas que, hasta dicho momento, le eran familiares, ahorrándosele, en consecuencia, el inconveniente material y moral de la búsqueda de un alojamiento o la adaptación a nuevas condiciones de vida, entre las cuales se incluyen los objetos de adorno o decoración que, tal vez no económicamente pero sí desde el punto de vista sentimental, tienen una fundamental importancia.

En otras palabras, con tales atribuciones o ventajas no sólo se propone el legislador cubrir la más básica necesidad material del alojamiento y sus muebles, sino también conservar intacta la residencia conyugal para que el cónyuge sobreviviente pueda continuar disfrutando de ella de idéntica manera a como lo hacía en vida del difunto, sin que el hogar familiar se deshaga o desaparezca, lo que se funda, sin lugar a dudas, en evidentes razones de humanidad y piedad, para no añadir al luto la preocupación por cuestiones materiales imprescindibles y de primera necesidad (LÓPEZ Y LÓPEZ: *Derecho de Familia* –ROCA I TRIAS, coord.–, Valencia, 1997, pg. 99), asegurando, así, una existencia digna al cónyuge supérstite lo más cercana posible a la que tenía en vida del otro cónyuge (HERRERO GARCÍA: «Algunas consideraciones sobre la protección de la vivienda familiar en el Código Civil», en *Estudio de Derecho Civil en homenaje al Prof. Beltrán de Heredia y Castaño*, Salamanca, 1984, pg. 327), demostrando, pues, el legislador una loable sensibilidad en atención a la relación conyugal de los esposos y al principio de unidad de los mismos que pervive, incluso, después de la muerte de uno de ellos, sin dudar lo más mínimo en sacrificar, para ello, de un lado, la libertad de disponer «mor-

tis causa» del «de cuius» y, de otro, los intereses concurrentes de los restantes herederos del cónyuge premuerto, frente a quienes el cónyuge supérstite goza de tales ventajas al margen de sus derechos en la herencia del causante.

Se trata, sin duda alguna, de una medida jurídica asistencial –material y espiritual o afectiva– de todo punto razonable, pues los cónyuges, durante la comunidad de vida en que consiste el matrimonio, han gestionado la familia en un determinado ambiente familiar creando un «hogar». En consonancia con ello, al morir uno de los cónyuges, se debe dar la posibilidad al supérstite de continuar cuidando dicho ambiente familiar, ahora gestionado exclusivamente por él, pero no porque el legislador realice una atribución basada en una liberalidad, sino porque se persigue que la disolución del régimen económico matrimonial no suponga al cónyuge sobreviviente una interrupción radical en su forma ordinaria de vida, de ahí la previsión del art. 1321 CC de detraer una serie de bienes que, por su naturaleza y destino, no tendrá que computar en la parte de liquidación del régimen conyugal que le corresponda, sin que, naturalmente, se le imponga la obligación de reponer el contravalor del ajuar a la masa en liquidación ni deba tenerse en cuenta el valor de lo detraído para, a través de una simple operación contable, adjudicárselo de menos en la partición final de los bienes (sí existe, en cambio, compensación de valor en el supuesto del art. 1406 CC, pues se trata de adjudicar en pago de su haber ganancial al cónyuge atributivo), ni los herederos del premuerto puedan exigir compensación alguna (LACRUZ: *Elementos...*, cit., pg. 294).

2.2. Un derecho familiar de eficacia «mortis causa»

El hecho de que la atribución del ajuar de la casa familiar al cónyuge sobreviviente nazca tan sólo con la muerte de su consorte, es decir, sólo cuando hay viudo o viuda, plantea el encaje del art. 1321 CC dentro del Derecho de Familia o del Derecho de Sucesiones.

La posibilidad de detraer el ajuar doméstico que se reconoce al cónyuge viudo es un derecho legal de origen familiar que deriva del vínculo del matrimonio y que nace sólo por la muerte del otro esposo y consiguiente disolución y liquidación del régimen económico matrimonial, de modo que no se trata de un derecho sucesorio que se le reconozca al cónyuge viudo en la herencia del difunto, pues el ajuar no integra el caudal relicto, ni se computa a los efectos de fijación de legítima ni a ningún otro efecto, sino que el cónyuge supérstite lo percibe como un beneficio gratuito de carácter netamente matrimonial y no sucesorio (LACRUZ: *Elementos...*, cit., pg. 294; HERRERO GARCÍA: *Comentario del Código Civil*, T. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, sub art. 1321, pg. 593; LASARTE: *Principios de Derecho Civil*, T. VI *Derecho de Familia*, Madrid, 2ª ed. 2000, pg. 187, y FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL: «La predetracción vidual y el derecho de adjudicación preferente de la vivienda familiar en favor del cónyuge viudo», *Actualidad civil*, núm. 13, 2001, pg. 472).

Por tanto, el art. 1321 CC, aunque a simple vista pueda parecerlo dado que el presupuesto esencial e inexorable para que nazca el derecho a predetraer el ajuar familiar es la muerte de uno de los cónyuges, no es una norma sucesoria, sino una norma de liquidación, de puro régimen económico matrimonial, y, dentro del mismo, una norma de régimen primario (HERRERO GARCÍA: *Comentario...*, cit., pg. 593 y FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL: «La predetracción vidual...», cit., pg. 472), que concede dicha atribución patrimonial al sobreviviente (con independencia de la duración del matrimonio, de sus condiciones económicas, de que el viudo o viuda titular ya del ajuar conyugal vuelva a contraer matrimonio o convivencia «more uxorio», etc.), quien adquiere automáticamente la propiedad del ajuar conyugal por ministerio de la Ley (art. 609 CC) e «inter vivos», no «mortis causa», por lo que el eventual conflicto con los sucesores «mortis causa» es inexistente (DE LOS MOZOS: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, T. XVIII-1º, Edersa, Madrid, 1982, pg. 136, lo llama una *mortis causa capio* o adquisición por causa de muerte).

Así las cosas, cuando el art. 1321 CC señala que la atribución patrimonial que realiza al cónyuge supérstite no se le computa «en su haber», no se refiere al haber hereditario, sino a su correspondiente parte o lote en la práctica de la liquidación del régimen económico existente en dicho matrimonio, haciendo suyos los bienes constitutivos del ajuar doméstico desde el mismo momento de la muerte del causante, los cuales quedan excluidos de la división y adjudicación final con que la misma concluye, y, por una obvia razón cronológica, también de la herencia y de las operaciones particionales de la misma, de modo que el derecho de ventajas nada tiene que ver con los derechos sucesorios del cónyuge viudo en la herencia de su consorte fallecido.

Prueba de lo anterior es que el cónyuge viudo adquiere el ajuar doméstico aunque repudie la herencia de su esposo difunto, sea indigno o desheredado justamente en ella, circunstancias absolutamente indiferentes y ajenas al derecho de predetracción que le reconoce el art. 1321 CC, pues éste y el derecho hereditario son derechos completamente distintos.

El derecho de supervivencia opera, pues, con absoluta claridad, al margen de la sucesión «mortis causa» del cónyuge premuerto y, pese a que el art. 1321 CC aluda a la entrega de los bienes que integran el ajuar doméstico al sobreviviente, no puede ser, tampoco, configurado como un legado legal a favor del cónyuge viudo, dado que, de un lado, éste adquiere la propiedad sobre tales bienes automáticamente al momento de la muerte de su consorte y, de otro, el legado sólo existe en la sucesión testada, esto es, tiene origen en la voluntad del testador. De conformidad con ello, no procede la aplicación a la predetracción vidual de los arts. 882 y 883 CC referidos al legado de cosa específica y determinada, ni el art. 885 CC que prohíbe al legatario ocupar por su propia autoridad la cosa legada, quedando obligado a pedir su entrega y posesión al heredero, ni, naturalmente, le afecta al cónyuge viudo el orden de pago de

los legados establecido por el art. 887 CC, ni el heredero adquiere la posesión civilísima sobre tales bienes que componen el ajuar doméstico «*ex*» art. 440 CC, pues el cónyuge viudo puede tomarlos por sí mismo y adquirir su posesión, si bien es cierto que, lo más seguro es que ya los tuviera o, al menos, los copeseyera (como señala DE LOS MOZOS: *Comentarios...*, cit, pg. 136: «La muerte del causante vendrá así únicamente a cambiar el título posesorio: si el cónyuge supérstite no era propietario de los bienes que poseía pasa a serlo, y si era propietario pasa a ser propietario exclusivo»).

Dicho con otras palabras, la predetracción del ajuar conyugal se refiere no a la predetracción de la sucesión, como el derecho de retorno o reversión a favor de los ascendientes del art. 812 CC, sino a la predetracción de la liquidación del régimen económico-matrimonial, sin que, por tanto, los bienes que el cónyuge viudo recibe se puedan considerar parte de la herencia del consorte premuerto (véase SAP de Santa Cruz de Tenerife de 22 de enero de 2000 [AC 2000, 383]).

Sí, en cambio, se configura como un derecho sucesorio del cónyuge viudo en el Derecho Italiano, más concretamente, como un legado «*ex lege*» (véase art. 540 *Codice Civile*).

2.3. Caracteres y presupuestos esenciales del derecho en estudio

El derecho de supervivencia es una detracción del ajuar conyugal que tiene lugar cuando se practica la liquidación del régimen económico-matrimonial y que está vinculado estrictamente a la persona del cónyuge superviviente, siendo, por tanto, un derecho personalísimo (apunta, al respecto, LACRUZ: *Elementos...*, cit., pg. 294, que es discutible si sus acreedores pueden exigir tal don haciendo uso de la acción subrogatoria, pues entonces falla la finalidad de aquél), en consecuencia, inalienable e intransmisible por título ni circunstancia alguna, ni siquiera a los herederos (no es, ni siquiera, objeto de reserva hereditaria), vitalicio y, a nuestro entender, no conmutable (en coherencia con «*la ratio*» de la norma, esto es, la intención de conceder el efectivo goce «*in natura*» del ajuar conyugal y no ningún plus económico; por otra parte, descartamos la posibilidad de inexistencia de ajuar, salvo prueba manifiesta y fundada de mendicidad, hipótesis que plantearía la necesidad o no de dar su equivalente en metálico), salvo que medie consentimiento del cónyuge viudo.

Vistos, someramente, sus notas distintivas, pasamos a ver a continuación los presupuestos esenciales para que el derecho de predetracción vidual tenga lugar.

a) Disolución del matrimonio y extinción de la pareja de hecho por muerte de uno de los cónyuges/convivientes

El derecho a retirar el ajuar doméstico de la vivienda conyugal nace «*ope legis*» tan sólo con la disolución del matrimonio (naturalmente, válido y

existente, lo que excluye dicho derecho en los casos de nulidad y divorcio) y, en inmediata consecuencia, del régimen económico-matrimonial existente, por muerte de uno de los cónyuges (a la que debe entenderse se equipara la declaración de fallecimiento), no siendo de aplicación en otras causas de disolución del mismo, lo que confirma que el derecho de predetracción es un derecho de origen familiar aunque de eficacia «*mortis causa*». Por tanto, y dicho en pocas palabras, para reclamar el ajuar doméstico basta con ser viudo o viuda (no, por tanto, heredero).

Por lo que respecta a los efectos patrimoniales derivados de la extinción de la pareja de hecho por muerte o declaración de fallecimiento de uno de sus componentes, las Leyes autonómicas, más concretamente, las catalana, aragonesa y balear (las demás guardan silencio al respecto), reproducen el art. 1321 del CC confirmando, así, al conviviente supérstite el derecho de propiedad sobre las ropas, el mobiliario y los enseres que constituyan el ajuar doméstico de la vivienda habitual común, derecho que se completa con el de subrogarse «*mortis causa*» en el contrato de arrendamiento de la vivienda donde se desarrolló la convivencia en los términos de la LAU, y con el que las CC AA catalana, aragonesa, andaluza y vasca reconocen para residir gratuitamente en la vivienda habitual o común, durante el año siguiente a la defunción, con independencia de los derechos hereditarios que se le atribuyan, salvo si constituyera nueva pareja de hecho o contrajera matrimonio.

b) Liquidación del régimen económico-matrimonial

El derecho a detraer el ajuar doméstico de la vivienda conyugal tiene lugar en la liquidación del régimen económico-matrimonial existente en vida del fallecido, cualquiera que éste hubiera sido.

Cierto es que la dicción literal del art. 1321, «sin computárselo en su haber» nos lleva, de inmediato, a pensar en el régimen de gananciales, pues ni en el de separación de bienes ni en el de participación en ganancias cabe pensar en una detracción sin imputarse en su «haber», dado que no existe ninguna comunidad de bienes cuya partición produzca un «haber» de cada cónyuge.

Sin embargo, es preciso decir que, de un lado, el art. 1321 CC no es el único precepto del régimen primario que, pese a estar pensando en el régimen de sociedad de gananciales, es aplicable, dada su sede normativa, a todos los matrimonios con independencia del régimen que rijan sus relaciones económicas, y, de otro, que lo en él dispuesto se refiere a cualquiera que hubiera sido el régimen matrimonial en vida del fallecido, no necesariamente de comunidad, pues aun cuando las relaciones patrimoniales del matrimonio estuvieran regidas por el régimen de separación de bienes, la comunidad de vida entre marido y mujer que constituye el matrimonio conlleva la exigencia de que los bienes, incluidos los de propiedad individual de uno solo de los cónyuges (recuérdese que, en orden a la disposición de los mismos, rige lo establecido por el art. 1320 CC, prueba de la preocupación del legislador por la conservación

del hogar familiar cualquier que sea el régimen económico del matrimonio), tengan un inevitable uso común y compartido, como sucede con los integrantes del ajuar doméstico.

Así las cosas, el derecho de predetracción vidual tiene lugar cualquiera que sea el régimen económico del matrimonio, pues, en todo caso, es preciso proceder a la liquidación de las relaciones económico-conyugales (en este sentido, SAP de Santa Cruz de Tenerife de 22 de enero de 2000 [AC 2000, 383] y LACRUZ: *Elementos...*, cit., pgs. 294 y 500; HERRERO GARCÍA: *Comentario del Código Civil*, cit., pg. 593; FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL: «La predetracción vidual...», cit., pg. 472; LASARTE: *Principios de Derecho Civil*, cit., pg. 187; en contra O'CALLAGHAN: *Código Civil. Comentario y con jurisprudencia*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1996, sub art. 1321, pg. 1239, quien considera que la norma se ciñe al régimen de gananciales). Tan es así que, en el caso concreto enjuiciado en la sentencia que da origen al presente comentario, ni siquiera se especifica el régimen que regía las relaciones económicas entre el demandante y su esposa premuerta, lo que muestra no ser un dato significativo.

Cuando el régimen existente durante el matrimonio hubiera sido el de la sociedad de gananciales, habrá que determinar qué bienes son efectivamente gananciales (arts. 1346 a 1361 CC), puesto que la herencia del cónyuge fallecido quedará integrada por su mitad de gananciales y por los bienes que le pertenecieron privativamente, no integrando dicha herencia ni la mitad de gananciales que corresponde al cónyuge superviviente, ni los bienes privativos de éste, ni el ajuar doméstico detruido por éste, que no se le computa a los efectos del cálculo de su mitad de gananciales, pues es una atribución extra (en opinión de LACRUZ: *Elementos...*, cit., pg. 500: «La detracción de aventajas constituye una operación de la liquidación, y no confiere al cónyuge superviviente derecho alguno a ser preferido a los acreedores de la comunidad. Pero no se trata de una operación propiamente particional: lo que recibe el sobreviviente no representa ninguna porción de haber partible: no se cuenta, por ejemplo, a efectos del cálculo de la lesión, ni podrá el cónyuge tributario pedir saneamiento en caso de evicción o vicios ocultos»).

Si bien los bienes que componen el ajuar conyugal detruido no se computan en la masa común a dividir entre los cónyuges y no existiendo obligación legal alguna de inventariarlos por parte del cónyuge tributario de los mismos (como señala la sentencia que comentamos y la SAP de Madrid de 14 de julio de 2004 [JUR 2004, 18187]), parece aconsejable que, si tuvieran carácter ganancial, consten en el inventario de la sociedad de gananciales no sólo cuando existan acreedores gananciales, sino para poder establecer correctamente la correlación entre activo y pasivo y para decidir, en el momento del inventario, si tales bienes son o no de extraordinario valor.

Así las cosas, el ajuar doméstico de la vivienda habitual reservado al cónyuge superviviente no se computa ni en la cuenta de la liquidación de la sociedad conyugal, ni en la compensación del régimen de participa-

ción, ni mucho menos en la cuenta que corresponda a aquél en la herencia del premuerto.

c) Ajuar doméstico de la vivienda habitual común

La vivienda en la que estaba instalado el ajuar ha de ser no sólo habitual, sino común, lo que impide la aplicación del art. 1321 CC en los casos, de un lado, de vivienda no destinada a domicilio conyugal de los esposos y, de otro, de cese de la convivencia conyugal.

Por lo que se refiere a la vivienda habitual, ha de decirse que ésta no debe ser necesariamente coincidente con el lugar de empadronamiento de los esposos, pues no siempre son coincidentes el domicilio real —entendido como lugar de residencia habitual, en virtud de lo previsto en el art. 40 CC— y el que aparece en el Padrón de habitantes, habiéndose señalado por el Tribunal Supremo que la residencia habitual supone como elemento fundamental no la permanencia más o menos larga e ininterrumpida en un lugar determinado, sino la voluntad de establecerse la persona efectiva y permanentemente en un lugar (SSTS de 28 de noviembre de 1940 [RJ 1940, 1019], 26 de mayo de 1944 [RJ 1944, 799], 27 de septiembre de 1945, 18 de septiembre de 1947 [RJ 1947, 1049], 25 de septiembre de 1954 [RJ 1954, 2348] y 21 de abril de 1972 [RJ 1972, 1859], entre otras).

De este modo, resulta imprescindible comenzar por determinar el carácter de vivienda habitual o no, dado que no existe el derecho a detracer el ajuar doméstico de un inmueble utilizado de manera esporádica o periódica como segunda residencia o de recreo, dedicado exclusivamente al ejercicio de una profesión, o de uno solo de los cónyuges, en definitiva, no destinado a vivienda habitual o residencia familiar (lo cual no excluye la posibilidad de la existencia de una pluralidad de viviendas habituales), sin perjuicio de que pueda el cónyuge superviviente recibir tales bienes por vía sucesoria (véase SAP de Santa Cruz de Tenerife de 22 de enero de 2000 [AC 2000, 383]).

Junto a la habitualidad de la vivienda familiar, presupuesto esencial para el derecho de predetracción es la existencia de convivencia de los cónyuges cuando sobreviene la muerte a uno de ellos, pues la vivienda de cuyo ajuar se trata ha de ser no sólo habitual sino común, lo que impide la aplicación del precepto en caso de separación judicial, planteándose, entonces, el supuesto de la separación de hecho (no lo es cuando el cese de la convivencia obedezca a motivos laborales, profesionales, de salud, etc. «ex» art. 87, pfo. 2º CC), si tiene o no alguna relevancia para el derecho de supervivencia, habida cuenta de que el mismo se apoya en el matrimonio y en el principio de unidad más allá de la muerte. Baste con decir que si los cónyuges han cesado de cohabitar desde hace tiempo, perdiendo todo contacto con el pasado ambiente familiar, qué sentido tiene reservar el particular derecho de predetracción del ajuar que un tiempo fue utilizado por ambos cónyuges (HERRERO GARCÍA: *Comentario del Código Civil*, cit., pg. 593 considera que en los supuestos de separa-

ración de hecho no cabe una solución única pues dependerá de que pueda apreciarse o no el mantenimiento del carácter familiar de la vivienda, no aplicándose el art. 1321 en los supuestos de separación de mutuo acuerdo, pero no pudiéndose excluir si la separación de hecho ha sido impuesta unilateralmente; por su parte, FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL: «La predetracción vidual...», cit., pg. 478, se inclina por la aplicación de la norma cuando hay cese efectivo de la convivencia pero ambos cónyuges siguen viviendo bajo el mismo techo «*ex*» art. 87.1º CC).

Debe, por tanto, concluirse que el derecho de predetracción está íntimamente conectado con los avatares matrimoniales y convivenciales pues, disgregada la pareja, ningún sentido cobra lo dispuesto por el art. 1321 CC (siendo éste un supuesto que hace útil la puesta en conocimiento judicial de la reanudación de la convivencia o reconciliación prevista por el art. 84 CC, como hace ver la SAP de Zaragoza, de 19 de abril de 1995 (AC 1995, 611), en un pleito sobre el derecho de ventajas aragonés, en el que el marido había interpuesto demanda de separación matrimonial contra su esposa, en paradero desconocido tras abandonar el hogar conyugal, recayendo sentencia antes de morir aquél, sentencia de separación contra la que pendía un recurso de revisión interpuesto por la esposa, quien sostenía que, a pesar de que su esposo sabía dónde se encontraba, formuló demanda de separación afirmando que ignoraba el paradero de su esposa. Por otro lado, consta que la esposa regresó al domicilio conyugal antes del fallecimiento del marido, reanudando la convivencia, reanudación de la convivencia o reconciliación que no se puso en conocimiento del Juzgado de Familia, afirmando la demandante que cuando su esposo falleció ignoraba ella la existencia del procedimiento y de la sentencia de separación matrimonial. La Audiencia Provincial, atendiendo la sentencia firme de separación matrimonial, que podía posteriormente quedar sin efecto ante la estimación del recurso revisorio, niega a la demandante el derecho de ventajas).

d) El ajuar debe ser propiedad exclusiva del difunto o común de ambos cónyuges

El traspaso «*ex lege*» de la propiedad del ajuar doméstico al patrimonio del cónyuge viudo se produce cuando el ajuar era propiedad de ambos cónyuges (téngase presente la presunción de ganancialidad que establece el art. 1361 CC) o de dominio exclusivo del fallecido (LÓPEZ Y LÓPEZ: *Derecho de Familia*, cit., pg. 99), con lo que el legislador, en su preocupación por dispensar protección al cónyuge superviviente (copropietario o no propietario), deja a un lado las reglas generales del derecho de propiedad.

e) Composición y valoración del ajuar doméstico

El ajuar doméstico de la vivienda conyugal está compuesto por objetos consistentes en «las ropas, el mobiliario y enseres» que no sean «alhajas, objetos artísticos, históricos y otros de extraordinario valor» (su precedente legal más inmediato, el art. 1374 del CC anterior a la reforma de

1981, atribuía a la viuda «el lecho cotidiano con todo lo que lo constituya, y las ropas y vestidos del uso ordinario de la misma»).

Ciertamente, las expresiones utilizadas por el legislador son vagas e imprecisas que obligan, en cada caso concreto, a la determinación de qué bienes pueden o no detraer el cónyuge viudo. Tan sólo puede afirmarse con rotundidad que se trata de bienes muebles cualitativamente determinados por su específico destino.

Con carácter general, puede decirse que el ajuar detraible comprende los bienes muebles de uso corriente en el hogar familiar, esto es, para el normal desenvolvimiento de la vida doméstica, cualquier que sea el título de adquisición y el momento en que fueron aportados al matrimonio (antes o después de celebrado).

Esto dicho, cuando el régimen matrimonial sea la sociedad de gananciales, en el ajuar no pueden entenderse comprendidos las ropas u objetos de uso personal que no sean de extraordinario valor (sobre los de extraordinario valor existe el derecho de atribución preferente «*ex*» art. 1406 CC, derecho que es, en todo caso, de aplicación posterior al de ventajas o predetracción, es decir, en tanto en cuanto los objetos a que se refiere no se hallen comprendidos en el de ventajas, como indica LACRUZ: *Elementos...*, cit., pg. 294), ni los de uso profesional, tanto del cónyuge fallecido como los del propio cónyuge sobreviviente, pues ya son privativos, conforme a lo dispuesto en el art. 1346, 7º y 8º CC, limitándose, en consecuencia, el contenido del ajuar objeto de predetracción a las ropas y muebles (la palabra «muebles» parece que ha de entenderse en el restringido sentido del art. 346.2 CC, es decir, parece que en el ajuar del domicilio conyugal sólo deben ser incluidos los «muebles de amueblamiento», lo que excluiría del mismo, verbigracia, los automóviles, ya que ello llevaría a sentar un concepto demasiado flexible de ajuar doméstico, como afirma la SAP Santa Cruz de Tenerife (AC 2000, 383) del hogar, que pueden ser de valor, siempre que no sea extraordinario, como se encarga de destacar el pfo. 2º del art. 1321 CC.

Sin duda alguna, la cuestión generadora de litigios en la materia que nos ocupa (naturalmente, entre el cónyuge viudo que pretende detraer los objetos integrantes del ajuar conyugal y los herederos del difunto que quieren impedirselo para conseguir que dichos bienes formen parte del caudal relicto) es la determinación del valor de los muebles y enseres que componen el ajuar doméstico, con su consiguiente inclusión o exclusión (en cuyo caso, deberán ser tenidos en cuenta en la liquidación del régimen económico-matrimonial disuelto) del derecho a predetraerlo por parte del cónyuge superviviente. Prueba de ello es la sentencia que aquí se comenta, en la que la hija fundamenta su posición en tal extremo, pretendiendo la exclusión de los bienes reivindicados por su padre de su derecho de predetracción vidual en atención a su extraordinario valor.

Cabe preguntarse si la calificación de extraordinariamente valiosos de los objetos que constituyen el ajuar de la casa del pfo. 2º del art. 1321

CC ha de responder a un sistema de valoración absoluto o relativo, es decir, si se trata de una medida igual para todos los matrimonios, o proporcionada al nivel socio-económico de la familia. Parece que ésta última es la que ha de seguirse, inclinándose por ella la sentencia objeto de análisis (a favor de esta segunda tesis se muestran, entre otros, LACRUZ: *Elementos...*, cit., pg. 295, O'CALLAGHAN: *Código Civil...*, cit., pg. 1239 y HERRERO GARCÍA: *Comentario del Código Civil*, cit., pg. 594; en contra, LÓPEZ Y LÓPEZ: *Derecho de Familia*, cit., pg. 99, quien considera que se han de utilizar parámetros objetivos, no referidos al nivel de la familia), quedando, por tanto, excluidos del derecho de supervivencia los objetos especialmente valiosos para el nivel económico de la familia, o lo que es lo mismo, que no sean de adquisición habitual en familias de semejante ingresos y gastos.

En definitiva, es al juez a quien compete realizar, atendiendo a las circunstancias (económicas, sociales y culturales, de tiempo y lugar) de cada caso, la labor hermenéutica esencial desde el punto de vista práctico, cual es la de determinar el significado de la expresión «extraordinario valor», sin olvidar que la exclusión del pfo. 2º del art. 1321 CC, dada su «ratio» normativa, ha de interpretarse con largueza y generosidad a favor del cónyuge viudo (lo que adquiere importancia a efectos probatorios), como destaca la sentencia en examen en su FJ 1º: «la exclusión... debe interpretarse con espíritu generoso a favor del cónyuge viudo, debiendo tenerse en cuenta la condición y el status socioeconómico de cada familia y excluyendo tan sólo aquéllos objetos que, además, de ser intrínsecamente valiosos lo sean especialmente atendiendo al volumen patrimonial de la familia».

f) Carácter dispositivo de la norma

La naturaleza legal del derecho de ventajas plantea el problema de la posibilidad de existencia o no de pactos sobre el mismo, celebrados entre los cónyuges durante el matrimonio.

A nuestro entender, dado que se trata de un privilegio económico que la Ley concede al cónyuge supérstite y dada su ubicación normativa dentro del régimen primario la existencia del derecho de predetracción viudal es imperativa, de ahí que, de admitirse la posibilidad de pacto interconyugal, éste deba limitarse tan sólo a su renuncia o a la modalización de su contenido acordando la entrega al sobreviviente por este concepto de una cantidad o de una pensión o sustituyendo algunos objetos (ésta es la opinión mayoritaria; por todos, HERRERO GARCÍA: *Comentario del Código Civil*, cit., pg. 593; si bien LACRUZ: *Elementos...*, cit., pg. 294, admite la posibilidad de que el art. 1321 CC puede derogarse por pacto), siempre y cuando no impliquen una ampliación de las ventajas, pues ello no podría más que ser considerado como un pacto sucesorio proscrito por el pfo. 2º del art. 1271 CC.

Inmaculada Vivas Tesón