

## 1.2. Derecho de familia

# Aspectos relevantes en torno a la vivienda familiar

*Relevant aspects concerning the familiar housing*

por

**ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT**  
*Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. UCM*

**RESUMEN:** La vivienda familiar constituye un bien adscrito a la familia que, sirve de lugar de residencia y donde habitualmente se desarrolla la convivencia que, tanto constante matrimonio o relación de pareja como tras la crisis matrimonial o de pareja plantea una serie de situaciones jurídicas relevantes que, son objeto de análisis en el presente estudio.

**ABSTRACT:** *The family housing constitute a thing of the family that serve as a place of residence and where habitually develops the coexistence that during the marriage or relationship as a couple after the marriage crisis or couple it raises a series of relevant legal situations that are the object of analysis in the present study.*

**PALABRAS CLAVES:** Vivienda. Crisis matrimonial o de pareja. Hijos menores y mayores de edad. Hipoteca. Disposición de la vivienda. División y liquidación de la sociedad de gananciales.

**KEY WORDS:** *Housing. Matrimonial crisis or couple. Minor and major children of age. Mortgage. Disposition of the housing. Division. Liquidation of economic regime.*

**SUMARIO:** I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR: 1. ALCANCE Y FIJACIÓN DE LA MEDIDA DE ATRIBUCIÓN DEL USO. 2. LOS CRITERIOS PARA LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR. 3. DIVERSOS TÍTULOS POR EL QUE SE ATRIBUYE EL USO DE LA VIVIENDA. 4. LA DIVISIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR. 5. LA TEMPORALIDAD EN LA ATRIBUCIÓN DEL USO.—III. LA HIPOTECA Y OTROS GASTOS EN RELACIÓN CON LA VIVIENDA FAMILIAR.—IV. LA DISPOSICIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR.—V. LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIAS Y LA CUANTIFICACIÓN ECONÓMICA DEL DERECHO DE USO.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. INDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

## I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La vivienda representa un activo inmobiliario de gran valor patrimonial con el que se satisface las necesidades básicas de la familia, en particular, un interés

básico como es el alojamiento. Es escasa la regulación que el Código Civil dedica al régimen jurídico de la vivienda familiar, y a su protección, pues, se limita a establecer determinadas restricciones a la libre disposición en el marco de los artículos 96.4 y 1320; la situación de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial —artículos 90 B, 91, 96, 103.2.<sup>a</sup> y 104—; a los bienes comprados a plazo por uno de los cónyuges antes o constante la sociedad de gananciales —artículos 1356 y 1357—; una referencia a las atribuciones preferentes en caso de disolución de matrimonio por fallecimiento de uno de los cónyuges —artículos 1406.4 y 1407— a la que se ha de sumar el artículo 78.4 de la Ley Concursal. Fuera del Código Civil, los artículos 91 y 144.5 del Reglamento Hipotecario que tienen por finalidad asegurar un mínimo de certeza en las transacciones y embargos que, afecten a tales bienes<sup>1</sup>. La vivienda familiar constituye para la mayoría de la doctrina y jurisprudencia el lugar donde habitualmente se desarrolla la convivencia de la familia. La edificación habitable que satisface su necesidad permanente de vivienda o de habitación<sup>2</sup>. Es el lugar, donde la familia desarrolla sus actividades ordinarias, y que le proporciona no solo cobijo, sino además seguridad o intimidad. Nuestro legislador no ofrece ninguna conceptualización de la vivienda familiar, sino que esa labor se deja a la doctrina y la jurisprudencia. Así ORTEGA DÍAZ-AMBRONA considera vivienda familiar «aquella que constituye el ámbito habitual de desarrollo de las relaciones conyugales y de filiación»<sup>3</sup>. Por su parte, ELORRIAGA DE BONIS la define como «aquel espacio físico, digno y adecuado, que constituye el ámbito normal de las relaciones matrimoniales y de filiación», o «como el espacio físico donde se localiza el matrimonio y la familia»<sup>4</sup>. Existe una coincidencia en considerar a la vivienda familiar como el local o edificación que es usado ordinariamente para su habitación por un matrimonio y su familia (hijos). Para HERRERO GARCÍA por vivienda familiar ha de entenderse «el lugar habitable donde se desarrolla la convivencia familiar»<sup>5</sup>.

La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de diciembre de 1996<sup>6</sup> conceptúa la vivienda familiar como «el reducto donde se asienta y desarrolla la persona física, como refugio elemental que sirve a la satisfacción de sus necesidades primarias (descanso, aseo, alimentación, vestido, etc.) y protección de su intimidad (privacidad), al tiempo que cuando existen hijos es también auxilio indispensable para el amparo y educación de estos. De ahí que, las normas que sobre el uso de la vivienda familiar contiene el Código Civil en relación con el matrimonio y su crisis se proyectan más allá de su estricto ámbito a situaciones como la convivencia prolongada de un hombre y una mujer como pareja ya que las razones que abonan y justifican aquella valen también en este último caso».

Desde una perspectiva, la vivienda familiar nace y se estructura cuando los cónyuges y los hijos se instalan a vivir en forma más o menos permanente en algún inmueble de su elección. Es lo que el profesor LACRUZ BERDEJO denomina «familiarización», esto es, la afectación, con voluntad de estabilidad, de determinado bien a la necesidad de alojamiento del grupo familiar<sup>7</sup>; se trata entonces de una cuestión de hecho, que «no proviene de un acto jurídico o acuerdo de voluntades encaminados a tal fin, al menos en la generalidad de los casos, puesto que la ocupación de la vivienda viene dada por la naturaleza y realidad de las cosas y no por contratos que la establezcan y la regulen»<sup>8</sup>.

Por otra parte, desde una perspectiva social, el inmueble familiar representa no solo el lugar donde se desenvuelve la vida familiar, sino además, como observa RAMS ALBESA «cumple una función de relación social desproporcionadamente importante, pues en las aglomeraciones urbanas da al usuario referencia respecto de la definición del grupo familiar en la sociedad. Suele ser la respuesta indica-

tiva a la integración en una clase social; dentro de ella, a un nivel económico, cultural y educativo, y en algunas megalópolis babelísticas llega a dar noticia de la raza, la religión y hasta de la nacionalidad de origen. Si a estos capitales datos de partida, adicionamos que se trata de un bien escaso, con fuerte presión en la demanda, y, por tanto, siempre caro, en relación con la economía del adquiriente, tendremos cabal respuesta al porqué de la atención prestada por los poderes políticos a demanda de los votantes»<sup>9</sup>.

A esta falta de definición, hay que añadir que, nuestro ordenamiento jurídico se caracteriza por una imprecisión terminológica a la hora de designar a la vivienda familiar. Así en el artículo 96 del Código Civil alude a vivienda familiar, en el artículo 1320 del citado cuerpo legal se refiere a vivienda habitual de la familia; el artículo 1357 de este mismo Código, en sede gananciales a la vivienda y ajuar familiares; el artículo 1406 también del Código Civil referido a las atribuciones preferentes en la liquidación de la sociedad de gananciales, a la vivienda donde tuviere la residencia habitual; y, finalmente, el artículo 91 de la Ley Hipotecaria a la vivienda habitual de la familia. Ante esta pluralidad de denominación, nos parece más adecuada esta última.

Por su parte, el artículo 40 del Código Civil perfila un concepto de domicilio como lugar de residencia habitual de las personas naturales, y el domicilio conyugal como la sede jurídica de ambos cónyuges, el lugar donde se localiza el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones derivadas del matrimonio fijado por ambos cónyuges de común acuerdo y en caso de discrepancia por el Juez (art. 70 del Código Civil)<sup>10</sup>.

Para que la vivienda tenga el carácter de familiar es necesario que cumpla una serie de requisitos: 1) Ha de constituir el lugar donde habitualmente se desarrolla la convivencia familiar o destinada a servir como asiento del hogar familiar<sup>11</sup>, o la residencia normal de la familia, con una continuidad presumible<sup>12</sup>; o, en fin, como espacio físico que satisface las necesidades cotidianas de alojamiento. 2) Debe ser un lugar habitable. En palabras de CÁRCABA FERNÁNDEZ para que una vivienda sea digna y adecuada debe «albergar con decoro a un ser humano, lo que se consigue cuando reúne las condiciones suficientes para que en ella se pueda desarrollar la vida humana en sus más diversas facetas de una manera honrosa»<sup>13</sup>. Para TAMAYO CARMONA cosa distinta es que la vivienda en cuanto destinada a servir de espacio donde las personas puedan desarrollar sus necesidades básicas, deba reunir la infraestructura mínima que cumpla al menos los requerimientos de la normativa administrativa del ramo, so pena de desalojo<sup>14</sup>.

En este contexto, más controvertido es el tratamiento de las denominadas viviendas mixtas o inmuebles de naturaleza mixta, al estar dedicada una parte inseparable del mismo al desarrollo de una actividad empresarial o profesional. En algunos casos, se resuelve la cuestión acudiendo a un criterio de accesibilidad, que exige determinar si la vivienda o la actividad empresarial o profesional es la principal; si bien, se suele supeditar el mismo a la posibilidad o no de poder segregarse, llegado el caso, ambos espacios<sup>15</sup>. Sin embargo, otros autores entienden que el artículo 1320 del Código Civil no hace distinción alguna en la materia, por lo que, además de excluir tal criterio, entienden que la coexistencia de la vivienda con una actividad profesional o empresarial no desvía dicho bien del estatuto particular que, la ley asigna a la vivienda familiar<sup>16</sup>.

Por otra parte, también plantean cierta problemática los anejos de la vivienda —los garajes y trasteros—. Se considera vivienda habitual familiar en cuanto forman parte del mismo inmueble<sup>17</sup>. Sin embargo, no faltan algunas Resoluciones

que optan por la concesión de su uso independientemente de la vivienda, cuando pueden ser objeto de utilización separada, como veremos.

3) Asimismo, ha de tener la vivienda la calificación de familiar, ha de estar ocupada efectivamente por la familia, y con carácter principal<sup>18</sup>.

4) La vivienda ha de ser inmueble. No obstante, se admite la existencia como vivienda de muebles que reúnan condiciones de habitabilidad y que constituyan el alojamiento principal de la familia como las *roulettes*, casas-bote, remolques, tiendas de campaña o cualquier otro que haga las veces de un hogar habitual<sup>19</sup>.

En todo caso, la vivienda familiar puede ser ocupada en virtud de un título de propiedad, de un derecho real que atribuya su uso, de un derecho personal de uso, como puede ser un contrato de arrendamiento, o en fin, en virtud de la atribución de un uso como consecuencia de un proceso de nulidad, separación o divorcio.

En cuanto a la determinación subjetiva de aplicación de la especial normativa que el Código Civil dedica a la vivienda familiar en los artículos 96 y 1320 del Código Civil hemos de decir que, corresponde a la familia matrimonial<sup>20</sup>. En este contexto, no obstante, se ha planteado la posible aplicación analógica de la normativa contenida en el Código Civil (arts. 96 y 1320) a las parejas no casadas que no han previsto pactos en relación con su ruptura y vivienda familiar. Aunque la tendencia mayoritaria se orienta a la no aplicación de la normativa protectora de la vivienda familiar a las parejas de hecho<sup>21</sup>. Sin embargo, un sector de la doctrina y jurisprudencia ha considerado posible la aplicación analógica del artículo 96 del Código Civil cuando existen hijos comunes, con base al principio de igualdad de los hijos matrimoniales y no matrimoniales (arts. 108 del Código Civil y 14 de la Constitución Española)<sup>22</sup>. De no existir descendencia común, el criterio, sin embargo, ha sido desestimar la *analogía legis* «dada la falta de identidad de razón entre el matrimonio y las uniones de hecho que permitan dicha extensión normativa»<sup>23</sup>; si bien, no se descarta el recurso a la *analogía iuris*, siempre que exista un perjuicio y un desequilibrio en la situación del demandante respecto del otro conviviente cuando cesa la convivencia en comparación con la situación existente antes de la ruptura que, como tal justifique la atribución de uso de la vivienda como medida compensatoria por ser el interés más digno de protección<sup>24</sup>.

Sobre tales bases, el presente estudio se va a centrar en el análisis de aquellos aspectos más relevantes en el tratamiento jurídico de la vivienda familiar, en concreto, los relacionados con la atribución del uso, la constitución de la hipoteca sobre la misma y su eventual pago, como otros gastos que se derivan de la vivienda, su posible división, los posibles títulos jurídicos de atribución de la vivienda, la liquidación de la sociedad de gananciales y la posible compensación económica de la atribución del uso.

## II. LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

### 1. ALCANCE Y FIJACIÓN DE LA MEDIDA DE ATRIBUCIÓN DEL USO

El contenido y la extensión de tal medida no puede ser mayor que, el derecho que inicialmente se tenía, ni puede generar un derecho antes inexistente, sino solo mantener y proteger el que la familia ya tenía<sup>25</sup>. Este derecho solo posibilita la utilización material de la vivienda familiar, por lo que no abarca la totalidad de las facultades dominicales relativas al uso y disfrute de la vivienda. En cuanto al objeto de este derecho de uso alcanza a la vivienda familiar en los términos

que, se han descrito en líneas precedentes, por lo que abarca la totalidad de las dependencias que son utilizadas para tal fin, esto es, para el desarrollo normal y habitual de la vida familiar<sup>26</sup>. Puede esta atribución del uso de la vivienda familiar conllevar el uso también de los anejos inseparables de la vivienda o que forman parte de la unidad registral —garajes, trasteros—<sup>27</sup>. Lo que no impide que, en ocasiones queden excluidos del derecho de uso, porque las partes así lo han acordado en el convenio regulador, o por quedar acreditada la independencia y autonomía de tales instalaciones para este fin.

Ahora bien, se ha planteado la posibilidad de atribución del uso de segundas residencia de la familia o de otras viviendas que posean. Al respecto, se considera que, la vivienda familiar debe ser entendida como el lugar donde de forma estable y permanente habiten los cónyuges o en su caso los hijos dentro de la convivencia normal conyugal, por lo que en el supuesto de crisis matrimonial solo debe atribuirse el uso de este y excluirse en otras viviendas que constituyan la segunda residencia o, representen también otras viviendas propiedad de la pareja. A tal fin, es doctrina del Tribunal Supremo que, en los procedimientos matrimoniales seguidos con oposición de los cónyuges no puede atribuirse viviendas o locales distintos de aquel que constituye la vivienda familiar, y en consecuencia, el Juez no tiene competencia para atribuir el uso de bienes distintos de aquellos que constituyen la vivienda familiar, pues, el artículo 91 del Código Civil solo permite al Juez, en defecto de acuerdo o de no aprobación del convenio presentado, atribuir el uso de la vivienda familiar según los criterios del artículo 96 del citado cuerpo legal<sup>28</sup>. Si bien no faltan Resoluciones en la jurisprudencia menor favorable a la atribución de segunda vivienda sobre la determinación del régimen de uso de todo el patrimonio ganancial, constituya o no vivienda familiar, y asimismo, sobre la base de criterio de equidad y justicia material, pues, carece de sentido obligar a una de las partes a pagarse una vivienda cuando dispone de una ganancial. Lo que supone aplicar analógicamente lo dispuesto en el artículo 96 del Código Civil<sup>29</sup>. No obstante, esta posición del Tribunal Supremo contrasta con la adoptada por algunas normativas autonómicas que, posibilitan la atribución del uso de segundas viviendas<sup>30</sup>.

En todo caso, la determinación y alcance del régimen de uso de la vivienda familiar es uno de los elementos que configura el contenido del convenio regulador, por lo que las partes, podrán acordar a quien se atribuye el uso de la vivienda familiar, si bien tras la oportuna aprobación judicial. En ausencia de acuerdo, o porque no se haya aprobado judicialmente, corresponde al Juez pronunciarse sobre tal medida en la Sentencia por el que se acuerda la nulidad, separación o el divorcio.

## 2. LOS CRITERIOS PARA LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

Son diversos los criterios que se establecen en función de las diferentes situaciones familiares que pueden tener lugar. Si bien, nos referiremos a alguno de ellos de forma sucinta por razones de espacio.

### A) Existencia de hijos menores de edad

En este caso, la Ley prescinde del criterio de titularidad, pues, resulta irrelevante qué cónyuge sea el propietario del inmueble. Puede ser de titularidad

privativa o ganancial, o pertenecer a ambos en régimen de comunidad ordinaria, o por cuotas (art. 392 del Código Civil). Lo prioritario es la protección de los hijos; de ahí la importancia del principio de *favor filii*, principio recogido en Tratados y Resoluciones de organizaciones internacionales como la Declaración de los Derecho del Niño de 20 de noviembre de 1959; la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989; la Resolución A 3-01722/1992 del Parlamento Europeo sobre la Carta de los Derechos del Niño; y, asimismo, contenida en nuestro texto constitucional artículo 39.2, y, en numerosos preceptos del Código Civil (arts. 92, 93, 103, 110, 142.2, 154, 159, 170)<sup>31</sup>.

Por tanto, el interés familiar que se tiene en cuenta, a los efectos de decidir la atribución del uso a uno de los cónyuges, es el de los hijos menores de edad, por entender que es el de estos el más necesitado de protección. De este modo, el uso de la vivienda familiar se atribuye al cónyuge en cuya compañía queden (art. 96.1 del Código Civil)<sup>32</sup>. Si los hijos son encomendados al cónyuge titular no se plantean problemas, al recaer sobre la misma persona el uso y la titularidad de la vivienda y, en consecuencia, ningún derecho emerge<sup>33</sup>; ahora bien, si el beneficiario del uso no es el titular, o lo es en régimen de copropiedad, el fundamento de la privación del uso al cónyuge titular-propietario se encuentra en el especial cumplimiento de los deberes que, a él le corresponde respecto de sus hijos ya que la separación, nulidad y divorcio no exime a los padres de sus obligaciones para con ellos (art. 92.1 del Código Civil), como la relativa a facilitarles habitación y, además que esta siga desarrollándose en una vivienda determinada, que hasta ahora es la que constitúa la vivienda familiar<sup>34</sup>. Lo que no impide que la vivienda que cubra las necesidades de alojamiento del hijo menor, pueda ser otra distinta de la vivienda familiar, como hemos señalado, pues, lo que se protege es el interés del menor a vivir en una digna que, satisfaga todas sus necesidades<sup>35</sup>.

En este contexto, se ha planteado la posible limitación temporal del uso de la vivienda ante el riesgo que se corre de «expropiar» al propietario, sin que exista defensa para este<sup>36</sup>. Lo cierto es que, el artículo 96 del Código Civil no establece la temporalidad del uso sobre la vivienda más que en el párrafo tercero cuando se trata de inexistencia de hijos (menores) y se atribuye la vivienda al cónyuge no titular. Si bien, tal ausencia de mención en el párrafo primero del citado artículo 96, no permite pensar que el derecho de uso es indefinido, sino más bien que, no es precisa la fijación de un plazo de duración por el juez o por los cónyuges en el convenio regulador. En todo caso, la duración del derecho de uso está en función del estado de necesidad —interés más necesitado de protección— que, le ha servido de fundamento. Asimismo, este derecho de uso no se extingue al llegar los hijos a la mayoría de edad al poder subsistir el deber de alimentos, siendo la vivienda una de las partidas cubiertas por el mismo (art. 142 del Código Civil). Ello plantea la cuestión de si es posible limitar la duración del uso a un plazo determinado, o a la mayoría de edad de los hijos o a cualquier otra circunstancia. Sobre este particular se ha pronunciado el Tribunal Supremo, en Sentencia de 14 de abril de 2011<sup>37</sup>, considerando que cuando existen hijos menores conviviendo en el domicilio familiar no es posible establecer *a priori* ninguna limitación temporal. Así señala que «el artículo 96 del Código Civil establece que, en defecto de acuerdo, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Esta es una regla taxativa, que no permite interpretaciones temporales limitadoras, incluso el pacto de los progenitores deberá ser examinado por el juez para evitar que se pueda producir este perjuicio. El principio que aparece protegido en esta disposición es el del interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad y

*entre los alimentos se encuentra la habitación (art. 142 del Código Civil); por ello, los ordenamientos jurídicos españoles que han regulado la atribución del uso en los casos de crisis matrimoniales, o de crisis de convivencia, han adoptado esta regla (art. 233-30.1 del Código Civil catalán). La atribución del uso de la vivienda familiar, es una forma de protección, que se aplica con independencia del régimen de bienes del matrimonio o de la forma de titularidad acordada entre quienes son sus propietarios, por lo que no puede limitarse el derecho de uso al tiempo durante el cual los progenitores ostenten la titularidad sobre dicho bien*. Y, añade la Sentencia de este mismo Tribunal de 16 de junio de 2014 que «*la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el artículo 96 del Código Civil*»<sup>38</sup>. Si bien, no faltan pronunciamientos a favor de la limitación temporal de la medida, fijando un plazo de duración concreto —dos, tres, cinco años—<sup>39</sup>, o, simplemente, hasta la mayoría de edad de los hijos<sup>40</sup>, o alcancen independencia económica<sup>41</sup>, e, incluso, se opta por fijar como criterio temporal la liquidación de la sociedad de gananciales<sup>42</sup> o venta de la vivienda familiar, sobre el razonamiento que, la atribución preferente que sanciona el artículo 96.1 del Código Civil, no puede condicionar la indefinida privación al cónyuge no beneficiario del conjunto de las facultades dominicales que, en principio reconoce el artículo 348 del citado cuerpo legal, ya sea en orden a la ocupación futura de la vivienda, ya a los fines de lograr en un plazo razonable la efectiva, que no meramente formal o nominal, venta del patrimonio privativo o en su caso, de la venta o liquidación del patrimonio común, de tener tal condición la vivienda familiar. De todas, formas, respecto de los hijos mayores de edad, se suele optar mayoritariamente por su limitación temporal, si bien, se tiene en cuenta entre otros criterios, su independencia económica, su edad<sup>43</sup>.

Ahora bien, procede señalar que, hay dos factores que eliminan el rigor de la norma del mencionado artículo 96.1 cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges: uno, el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida, entendiendo que una cosa es el uso que se hace de la misma vigente la relación matrimonial, y otra distinta que ese uso permita calificarla de familiar si no sirve a los fines del matrimonio porque los cónyuges no cumplen con el derecho y deber propio de la relación<sup>44</sup>; y, otro, que el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios; solución que requiere que la vivienda alternativa sea idónea para satisfacer el interés prevalente del menor, como así aparece recogido en el artículo 233.20 del Código Civil catalán, que establece que en caso de otras residencias idóneas para satisfacer el interés prevalente del progenitor custodio y los hijos, el juez puede sustituir la atribución de la vivienda familiar por la de otra residencia más adecuada (también en cierta forma el art. 81.1 del Código Civil de Aragón)<sup>45</sup>. Sin duda el interés prevalente del menor es la suma de distintos factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores, y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, de lo que es corolario lógico y natural la guarda y custodia compartida, sino también con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad emocional del menor, y que a la postre va a condicionar el mantenimiento de un *status* sino similar si parecido al que disfrutaba hasta ese momento, y esto se consigue no solo con el hecho de mantenerlos en el mismo ambiente que proporciona la vivienda familiar o en otra similar que, no tenga tal condición pero que cubra las necesidades de habitación del menor, sino también con proporcionar una

respuesta adecuada a los problemas económicos que resultan de la separación o del divorcio y que afectan directamente a los padres, para hacer frente tanto a los gastos que comporta una doble ubicación de los progenitores, como a los alimentos presentes y futuros. La situación del grupo familiar no es la misma antes o después de la separación o el divorcio, especialmente en las economías más débiles, donde los ingresos económicos se dividen, y, particularmente, tiene especial incidencia cuando uno de los cónyuges debe abandonar el domicilio o cuando se bloquea la normal disposición del patrimonio privativo —si tiene tal carácter la vivienda familiar— o del patrimonio ganancial —si por el contrario, tal vivienda tiene tal naturaleza—, impidiendo una cobertura económica mayor, no solo a favor de los hijos sino de los propios padres que han contribuido a crear un patrimonio común afectado tras la separación por una situación real de incertidumbre. De ahí que, no se considere contrario a la norma del artículo 96.1 el que se pueda excepcionar su rigor en los casos señalados, o en algunos casos, interpretaciones temporales limitadoras, si está asegurada la necesidad habitacional del menor.

*B) Atribución del uso de la vivienda familiar cuando a cada progenitor se otorga la guarda y custodia de uno de los hijos*

El artículo 96.2 prevé la posibilidad de que la custodia de los hijos se reparta entre ambos cónyuges (custodia repartida). Si bien, el legislador no establece ningún criterio que permita objetivamente atribuir el uso de la vivienda a uno u otro cónyuge, por lo que en este supuesto, por expresa previsión legal, la decisión queda encomendada al arbitrio judicial, esto es, al criterio razonable e imparcial del Juez. El criterio del «interés más necesitado de protección» no se presume a favor de los hijos menores, sino que deberá acreditarse en cada caso, en cuanto no sirve para resolver el conflicto. Así, se ha estimado como parámetros que, permitan la concesión del uso de la vivienda a un determinado grupo familiar, y resolver las posibles situaciones de conflicto que se planteen, entre otros: la situación y las posibilidades económicas del grupo familiar, ya que resulta evidente que el que tenga la situación más precaria, tendrá más dificultades para hacer frente a las necesidades de una vivienda; número de hijo que integran cada uno de los grupos familiares; estado de salud de los progenitores y, en su caso, de los hijos; posibilidades de acceso a una vivienda por cada grupo familiar; y, en fin, la edad de los hijos<sup>46</sup>.

Ahora bien, si no queda acreditado un interés especial de protección en ambos grupos familiares, es perfectamente factible que, si la vivienda familiar es privativa, se mantenga esta en poder y posesión del cónyuge titular, obviando la posibilidad de atribución del uso<sup>47</sup>. Por ende, si la vivienda es de titularidad común, el uso es compartido, por lo que se puede optar por no otorgar a ningún grupo familiar el uso de la vivienda<sup>48</sup>, o dividirla —si es posible su división material—<sup>49</sup>, o, simplemente atribuir el uso de forma temporal y rotatoria o forma alternativa a cada grupo familiar.

*C) Atribución del uso de la vivienda familiar cuando no existen hijos*

Si no hubiera hijos menores de edad o incapacitados, el párrafo tercero del artículo 96 dispone que «no habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales

*bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado*. El empleo del verbo «podrá» confiere a la atribución un carácter discrecional y dejándola al arbitrio judicial, supedita esta a que el cónyuge no titular sea el interés más necesitado de protección y, además, así lo aconsejen las circunstancias del caso; de modo que, para la aplicación de esta medida no será suficiente con que concurra ese interés preferente, sino que se requiere algo más —la concurrencia de una serie de circunstancias—, para que, finalmente la atribución del uso prevalezca sobre la titularidad del bien inmueble que recae en el otro cónyuge. El criterio que fija, pues, el artículo 96.3 del Código Civil es más riguroso que el que establece el artículo 103.2 del citado cuerpo legal, que solo remite al Juez para su toma de decisión sobre la atribución del uso de la vivienda al interés más necesitado de protección, precisamente por el carácter de medidas definitivas a las que se refiere el primero de los preceptos mencionados. En todo caso, el Juez no puede pronunciarse de oficio sobre esta cuestión, sino que debe ser solicitada a instancia de parte, a diferencia de lo que ocurre cuando hay hijos menores de edad, donde el Juez necesariamente debe pronunciarse sobre el uso de la vivienda familiar<sup>50</sup>.

En este contexto, la concreción de lo que representa el principio del interés más necesitado de protección y de las circunstancias personales y socioeconómicas en las que se puede encontrar el cónyuge no titular, corresponde al órgano judicial en una adecuada ponderación de los intereses en juego, pues, la aplicación del artículo 96.3 tiene carácter excepcional y, por ende, su interpretación debe ser sumamente restrictiva, máxime cuando la vivienda es propiedad de otro<sup>51</sup>. Entre las circunstancias a tener en cuenta hay que destacar la situación económica y patrimonial de los cónyuges —sobre todo cuando impiden al cónyuge no titular disponer de medios económicos que le permiten acceder a otra vivienda mediante compra o alquiler—; personas que, aparte de uno de los cónyuges, se verían en su caso, obligados a abandonar la vivienda junto a él. Es una realidad puesta de manifiesto con cierta habitualidad, que permanezcan en la vivienda familiar hijos mayores sin ingresos propios suficientes para independizarse, y cuya voluntad sea la de convivir con el cónyuge no titular; las circunstancias personales del cónyuge que solicita la atribución del uso, en concreto, la edad, estado de salud, cualificación profesional; asimismo, si en la que constituye la vivienda familiar uno de los cónyuges desarrolla en la misma una profesión<sup>52</sup>; posibilidades de uno y otro de disponer de una vivienda que cubra sus necesidades de alojamiento, etc.<sup>53</sup>. Sobre tales bases, es patente que, en la valoración de los intereses en juego no operamos sobre parámetros objetivos, sino que serán las circunstancias concretas de cada caso las que influyan en el tribunal a la hora de decidir la atribución del uso.

Ahora bien, es posible que el Juez después de valorar todas las circunstancias del caso llegue a la conclusión de que no existe un interés más necesitado de protección, por lo que el uso deberá permanecer en manos del cónyuge titular de la vivienda. La titularidad cede solo cuando se pruebe que el interés del cónyuge no titular es el más necesitado de protección y, además, las circunstancias hacen aconsejable que sea el beneficiario del uso. Por tanto, el criterio del interés más necesitado de protección en palabras de MARTÍN MELÉNDEZ «sigue siendo también el criterio principal en estos supuestos, estando el de la titularidad realmente subordinado a este»<sup>54</sup>.

*D) La atribución del uso de la vivienda en caso de custodia compartida*

En este contexto, hay que señalar que, el Código Civil no introduce reglas especiales de atribución en caso de guarda y custodia compartida<sup>55</sup>, tampoco la Ley Foral Navarra 3/2011, de 17 de marzo de regula esta cuestión. Las posibilidades, en consecuencia, son: a) Que los hijos permanezcan en la vivienda y sean los padres los que se desplacen en los períodos establecidos —conocido como vivienda-nido—. En este supuesto, la vivienda se atribuye a los hijos y al progenitor que en cada momento los tenga en guarda y custodia<sup>56</sup>; b) Que sean los hijos los que cambien de domicilio. De forma que, para la atribución de la vivienda resulta lógico que se atienda al interés del cónyuge más necesitado de protección, valorando entre otros factores el que disponga de otra vivienda el otro progenitor, apoyos familiares, situación económica de cada uno de los progenitores, estado de salud, etc. (art. 96.1 del Código Civil)<sup>57</sup>; o se atribuye de forma conjunta a ambos<sup>58</sup>; o, en caso de ser la vivienda ganancial o pertenecer a ambos cónyuges en propiedad común, o ser privativa de uno de los cónyuges, o pertenecer a un tercero, se aplica analógicamente lo previsto en el párrafo segundo del artículo 96 que, regula el supuesto ya analizado de que existan varios hijos y unos queden bajo la custodia de un progenitor y otros en la del otro, resolviendo el Juez lo que estime precedente, con posibilidad de imponer una limitación temporal en la atribución del uso<sup>59</sup>; c) Que no se realice atribución ninguno de los progenitores ni a los hijos<sup>60</sup>; o d) Se atribuye al cónyuge más necesitado de protección<sup>61</sup>. La falta de regulación en relación con esta medida, y la guarda y custodia compartida contrasta con la existente en las legislaciones autonómicas<sup>62</sup>.

**3. DIVERSOS TÍTULOS POR EL QUE SE ATRIBUYE EL USO DE LA VIVIENDA**

La propiedad de la vivienda familiar puede pertenecer a ambos cónyuges, en proindiviso o como bien ganancial, o a uno solo de ellos o, en fin, a un tercero o compartida por el cónyuge o cónyuges con un tercero. En este supuesto, como en el caso de cotitularidad en *proindiviso*, la atribución judicial del derecho de uso no afecta al tercero copropietario o a cada uno de los propietarios individualmente, y en consecuencia, no le impiden el ejercicio de sus derechos, tanto en lo relativo a la posesión de la finca, como en el ejercicio de la acción de división de la cosa común, como analizaremos oportunamente.

Ahora bien, es posible que la vivienda familiar sea arrendada y al respecto conviene recordar que, se proclama como doctrina jurisprudencial que, el contrato de arrendamiento concluido por uno de los cónyuges constante matrimonio no forma parte de los bienes gananciales<sup>63</sup>. En todo caso, si la vivienda se atribuye al cónyuge no arrendatario, el artículo 15 de la LAU prevé que, en los casos de nulidad, separación o divorcio del arrendatario, el cónyuge no arrendatario puede continuar en el uso de la vivienda arrendada cuando le sea atribuido el uso de la vivienda familiar. Si bien, la voluntad del cónyuge de continuar en el uso de la vivienda, debe ser comunicada al arrendador en el plazo de dos meses desde que fue notificada la resolución judicial correspondiente, acompañada de copia de dicha resolución judicial o de la parte de la misma que afecte al uso de la vivienda<sup>64</sup>. Si el cónyuge no realiza la notificación, no obstante sigue conservando el derecho a usar de la vivienda arrendada, pero gozará de menor protección, si el arrendador ejercita su derecho a resolver el contrato de arrendamiento. De todas

formas, la atribución del uso determina una subrogación del cónyuge usuario en la posición de arrendatario.

Si la vivienda ha sido arrendada a ambos cónyuges, no es obligatoria la notificación, aunque parece que, sería conveniente comunicar al arrendador la atribución del uso a uno de los cónyuges. De todas formas, no hay ningún problema, si el uso se atribuye al cónyuge arrendatario<sup>65</sup>.

Por otra parte, si la vivienda es propiedad de un tercero —habitualmente los progenitores del cónyuge no usuario—, salvo que se pruebe que la vivienda es ocupada por tolerancia o liberalidad de sus propietarios, ajenos al núcleo familiar, se entiende de forma mayoritaria que, estamos ante un supuesto de precario y en consecuencia, ostenta la condición de precarista el cónyuge al que se atribuye el uso. En estos casos, los propietarios pueden recuperar la vivienda mediante el ejercicio de la acción de desahucio por precario, al estar legitimados por la inexistencia de un contrato con el ocupante de la misma<sup>66</sup>. A tal fin, y para evitar un perjuicio para los hijos menores y en su interés, se puede atribuir judicialmente el uso de otra vivienda, siempre que esta sea adecuada y satisfaga las necesidades de habitación de los hijos<sup>67</sup>.

Ahora bien, en los supuestos en que la vivienda familiar ha sido proporcionada por la empresa como pago o contribución en especie, no parece existir obstáculo alguno en la atribución de su uso al cónyuge no beneficiario, si bien la misma dependerá de la permanencia de la relación laboral del beneficiario sobre la que se sustenta y, asimismo, por las decisiones de la propia empresa. Otra cosa es cuando la vivienda forma parte o es inherente al propio puesto de trabajo —vivienda de portero— o, al cargo que ocupa —viviendas militares—, pues, en este caso no resulta viable la atribución del uso de la vivienda al cónyuge ajeno a ese cargo o relación laboral o profesional al ir, precisamente, la concesión de la vivienda indisolublemente unida al ejercicio laboral o profesional<sup>68</sup>.

#### 4. LA DIVISIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR

Se ha planteado la posibilidad de uso compartido de la vivienda familiar mediante la división material de la misma; siempre que la división sea posible y útil por reunir las viviendas resultantes las condiciones de habitabilidad —accesos y servicio no compartidos—<sup>69</sup>.

La excepcionalidad de la medida exige que sea lo más adecuado y no perjudique el interés de los menores, y por supuesto que no haya conflictividad y malas relaciones entre los cónyuges que impidan una convivencia adecuada<sup>70</sup>. También se ha planteado, sin dividir la vivienda, un uso compartido de la totalidad de la vivienda, siempre que concurren especiales circunstancias que lo hagan aconsejable —esposos con escasa pensión y con edad avanzada—<sup>71</sup>, o cuando existe una práctica previa consolidada<sup>72</sup> o porque así se ha convenido<sup>73</sup>, no procediendo en caso de no poder mantener una convivencia no conflictiva<sup>74</sup>.

Ahora bien, como hemos señalado en líneas precedentes, la propiedad de la vivienda puede pertenecer a ambos cónyuges en proindiviso, o ser compartida por los cónyuges con un tercero, o, puede que la vivienda familiar tras la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales se atribuya a los dos cónyuges en régimen de comunidad ordinaria o por cuotas<sup>75</sup>. En estos casos la atribución del uso no puede impedir el ejercicio de la acción de división de la cosa común. La facultad de ejercer la división de la cosa se encuentra sometida a los siguientes límites: a) El ejercicio debe acomodarse siempre a las exigencias de la buena fe

consagradas en el artículo 7 del Código Civil; b) No podrá exigirse la división de la cosa común, cuando exista un pacto de conservar la cosa indivisa (art. 400.2)<sup>76</sup>. Para que sea válido el pacto de indivisión se exige que el mismo sea por tiempo determinado y que este no exceda de diez años, permitiéndose, no obstante, que llegado el vencimiento del plazo, se pueda prorrogar mediante nuevo convenio. En todo caso, además de la limitación temporal indicada, tal pacto debe ser aprobado por todos los copropietarios. Por lo que, si alguno de los copropietarios no participa en dicho acuerdo, puede solicitar en cualquier momento la división de la cosa común, sin que los demás puedan oponerse a ello.

De todas formas, no solo el propietario tiene la facultad de salir de la comunidad de bienes solicitando la división de la cosa común, sino que, además, puede imponer esta a los demás copropietarios<sup>77</sup>. De todas formas, podrá hacerse la división con el consentimiento unánime de los demás comuneros en el supuesto de estar todos interesados en la misma (art. 402 del Código Civil).

Ahora bien, tal acción de división ha de ejercitarse por el cauce procesal del juicio declarativo que corresponda en función de la cuantía (ordinario o verbal), teniendo en cuenta que para la determinación de la misma se estará al valor de la cosa al tiempo de interponerse la demanda, conforme al precio de mercado, o en la contratación de bienes de la misma clase (arts. 249.2 y 250.2 en relación con los arts. 251.2 y 3 de la LEC). Está legitimado activamente para ejercitar la acción cualquier persona que ostente la condición de comunero en el momento de hacerlo. De forma que, se trata de una acción real que debe dirigirse contra el resto de los comuneros. La división se regirá por las reglas concernientes a la división de las herencias (art. 406 del Código Civil). El resultado que se obtenga será la adjudicación en propiedad plena y separada de una parte o porción de la cosa común, o, en el caso de que no fuera posible la división de la cosa, en la entrega de una parte del precio obtenido por la venta de la cosa, proporcional a la cuota que tenía en la comunidad<sup>78</sup>.

En este contexto, cabe plantearse si la acción de división de la cosa común sobre la vivienda familiar, afecta al derecho de uso constituido sobre la misma, aun cuando tal derecho no se haya inscrito en el Registro de la Propiedad.

El criterio mayoritario es que no le afecta. Así es doctrina jurisprudencial consolidada la que admite el ejercicio de la acción de división de la cosa común por uno de los comuneros, con la subsistencia de tal derecho de uso<sup>79</sup>. El adquirente del bien tenga o no lugar la adquisición en pública subasta debe soportar tal derecho de uso. En consecuencia, con esta forma de proceder, se deja sin aplicación la restricción de la facultad dispositiva prevista en el artículo 96.4 del Código Civil; y, asimismo, se parte de la oponibilidad *erga omnes* de tal derecho, —consecuencia que es la propia de un derecho real— y, por ende, no se supedita necesariamente la subsistencia del mismo a su inscripción. Así las Sentencias de unificación de doctrina del Tribunal Supremo, de 14 de enero de 2010<sup>80</sup> y de 18 de enero de 2010<sup>81</sup> sostienen que el derecho del cónyuge titular del derecho de uso es oponible a terceros que hayan adquirido directamente de propietario único, o en la subasta consiguiente a la acción de división. Y, en la misma línea, la reciente Sentencia de este mismo Tribunal, Sala de lo Civil, sección 1.<sup>a</sup>, de 27 de febrero de 2012<sup>82</sup>, que, además de afirmar que debe aceptarse la acción de división ejercitada por la recurrente, ya que no está obligada a permanecer en la comunidad, y puede imponer la división a su exmarido, sostiene que de ello no puede derivar la extinción del derecho de uso atribuido a aquél, cuyo interés se ha considerado más digno de protección. Tal consolidada posición jurisprudencial viene a ser, igualmente, acogida por un sector de la doctrina, y

al que nos sumamos<sup>83</sup>. La eventual venta de la finca en pública subasta debe garantizar la subsistencia de esta medida, que solo puede ser modificada por decisión judicial en un procedimiento de modificación de medidas o por voluntad de los interesados.

En este contexto, cabe preguntarse si podemos trasladar lo expuesto, a los casos de enajenación, cesión o gravamen de la cuota, parece que, la respuesta ha de ser afirmativa, por lo que también en estos supuestos subsiste el derecho de uso.

Sobre tales bases, cabe plantearse ahora si subsiste el uso de la vivienda si la venta o la acción de división la realizará el tercero extraño —cotitular de la vivienda—. En este caso, si el tercero decide enajenar, gravar o ceder su cuota o ejercitar la acción de división de la cosa común se extingue el derecho de uso, pues, aquél no ha sido parte en el procedimiento matrimonial y no resulta vinculado por lo que se decida en él. Lo cierto es que, no se le puede imponer un gravamen como el derecho de uso sin su consentimiento. En consecuencia, juega aquí la regla «resuelto el derecho del concedente, se resuelve el derecho del concedido»<sup>84</sup>.

Ante la extinción del derecho de uso, deberá el cónyuge usuario instar un procedimiento de modificación de medidas que, determine la adopción de cualquier otra que palie tal pérdida.

##### 5. LA TEMPORALIDAD EN LA ATRIBUCIÓN DEL USO

El derecho de uso de la vivienda familiar, cuando existen hijos comunes menores de edad, en los términos señalados, no es susceptible de ninguna limitación temporal, pues, la atribución del uso se considera que, es una manifestación del principio de interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el artículo 96 del Código Civil y se aplica con independencia del régimen de bienes del matrimonio o la forma de titularidad<sup>85</sup>. No obstante, como hemos referido en líneas precedentes, hay factores que, eliminan el rigor de la norma cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges, y se tiende a optar también por la temporalidad también en caso de hijos menores de edad, máxime cuando los menores tienen solventadas sus necesidades de habitación por otros medios<sup>86</sup>.

Ahora bien, en ausencia de hijos menores de edad o cuando los hijos sean mayores de edad e independientes económicamente o aun no siéndolo, o hijos mayores de edad discapacitados o en caso de custodia compartida<sup>87</sup> se considera que, el derecho de uso se caracteriza por la provisionalidad y temporalidad, de tal forma que, la limitación temporal del mismo no es más que una manifestación de la naturaleza de este derecho y no puede prorrogarse el uso de forma definida al entrar en colisión el derecho del beneficiario con los legítimos derechos dominicales que, corresponde al otro consorte sobre el inmueble, no solo en cuanto a su eventual uso, sino también en lo relativo a su disposición. La limitación temporal puede realizarse estableciendo una concreta fecha o periodo de tiempo —dos, tres, cinco, diez años— o, se realiza tal limitación con referencia a la liquidación de la sociedad de gananciales o bien a la división de la cosa común<sup>88</sup>. También se puede establecer una limitación del uso durante un periodo concreto, transcurrido el cual se procede al uso alternativo de la vivienda hasta la liquidación de la sociedad de gananciales o la división de la cosa común<sup>89</sup>. En todo caso, la temporalidad en el uso se aplica tanto en caso de vivienda privativa de uno de los cónyuges como en el caso de titularidad compartida, con el objeto

de evitar que las facultades dominicales del cónyuge no beneficiario del derecho queden frustradas<sup>90</sup>.

### III. LA HIPOTECA Y OTROS GASTOS EN RELACIÓN CON LA VIVIENDA FAMILIAR

Una de las formas de financiar la adquisición de vivienda es mediante préstamo hipotecario. Deben concurrir a su constitución en los supuestos mencionados, tanto los cónyuges como los miembros de la pareja estable por razón de su titularidad compartida (arts. 397 y 1375 y 1377 del Código Civil). Ahora bien, no resulta imprescindible que la posición de deudor sea asumida por los dos cónyuges o por los dos miembros de la pareja; no obstante, las entidades de crédito para minimizar los riesgos de tales operaciones, suelen exigir que la posición de deudor sea asumida por los dos cónyuges (art. 1367 del Código Civil), o miembros de la pareja, además, con carácter solidario. De forma que, si ambos cónyuges resultan deudores hipotecarios, quedarán sujetos a responsabilidad los bienes gananciales o comunes, y solidariamente los privativos de cada uno de ellos (arts. 1367, 1911 del Código Civil, y 105 de la Ley Hipotecaria). En el caso que la vivienda habitual pertenezca a uno solo de los cónyuges para constituir hipoteca sobre la misma, será preciso, de acuerdo con el artículo 1320 del Código Civil, el consentimiento de ambos cónyuges o, en su caso, autorización judicial. En este último caso, solo podrá contratar la apertura de crédito o la entrega del préstamo el cónyuge hipotecante, pues, será el único que asuma la posición de deudor. Si el cónyuge no propietario presta su asentimiento, participará en la operación como deudor, exigiendo por lo general la entidad crediticia que lo haga con carácter solidario. Asimismo, puede ocurrir que el inmueble adquirido constante matrimonio con destino a vivienda familiar ya estuviese hipotecado, siendo, en estos casos de aplicación, lo previsto en el artículo 118 de la Ley Hipotecaria.

Sobre tales bases, conviene precisar que, la hipoteca regulada en el capítulo III, Título XV del Libro IV (arts. 1874 al 1880 del Código Civil), y en la legislación especial (Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946; y el Reglamento Hipotecario de 14 de febrero de 1947), viene a ser en nuestro ordenamiento un derecho real y accesorio que, se constituye en garantía de cualquier clase de obligación (arts. 2, 104, 105 de la LH y 1861 del Código Civil). Según ROCA SASTRE la hipoteca es «un derecho real que ya, de momento, sujeta lo hipotecado, cualquiera que sea su titular, al poder de exigir eventualmente la realización de su valor, así como la adopción de medidas dirigidas a salvaguardarlo, todo en seguridad o garantía de la efectividad de alguna obligación dineraria, y cuyo derecho es de carácter accesorio, indivisible, de constitución registral, y grava bienes inmuebles, ajenos, enajenables, que permanecen en posesión de su propietario o titular, y el cual implica un poderoso instrumento de crédito territorial»<sup>91</sup>. En consecuencia, la legislación española configura la hipoteca como un derecho real de garantía, de realización de valor, de carácter accesorio respecto de la obligación principal asegurada (art. 1857.1.<sup>a</sup> del Código Civil), de ahí que, actúe en función de garantía del cumplimiento de una obligación de pago en dinero<sup>92</sup>. Estamos, en esencia, ante la constitución de un derecho real de garantía y de realización de valor que recae sobre bienes inmuebles y que asegura el cumplimiento forzoso de un crédito mediante la concesión a su titular de la facultad de proceder a tal realización por el cauce adecuado (arts. 1874 del Código Civil, y 106 a 108 de la Ley Hipotecaria)<sup>93</sup>.

Se confiere al acreedor de manera directa un poder de realización sobre los bienes hipotecados para la satisfacción del crédito que garantizan, cualquier que sea el poseedor de los mismos (arts. 1876 del Código Civil y 104 de la Ley Hipotecaria), y, asimismo, tiene un efecto *erga omnes*, pues, aquellos quedan sujetos al *ius distraendi* del acreedor.

Aunque la hipoteca se regule en el Código Civil en el Libro IV de los contratos, no tiene otro alcance que, determinar el cauce de su constitución por negocio jurídico, bilateral o unilateral, que, en nuestro análisis será el correspondiente préstamo hipotecario. Como tal derecho real accesorio de garantía exige su constitución en escritura pública y su necesaria inscripción en el Registro de la Propiedad tal como impone el artículo 145 de la Ley Hipotecaria<sup>94</sup>. Asimismo, como carga a efectos reales subsiste con el mismo rango aún en el caso de enajenación o gravamen posterior del inmueble.

El contrato de préstamo hipotecario se perfecciona, como cualquier contrato, desde que las partes consienten en obligarse y, en consecuencia, obliga al cumplimiento de lo expresamente pactado (el llamado *pacta sunt servanda* —artículos 1254, 1255, 1258 y 1278 del Código Civil—), no pudiéndose dejarse al arbitrio de una de las partes contratantes su cumplimiento (art. 1256 del Código Civil), ni que, estas se puedan desligar unilateralmente del mismo, pues, lo acordado voluntaria y libremente por las partes tiene fuerza de ley entre las mismas (*lex contractus* —artículo 1091 del Código Civil—). Esto rige en todos los contratos, incluso en los de adhesión, donde se mantiene la libertad de contratar (celebrar o no el contrato), no así la libertad contractual, esto es, la posibilidad de establecer cualquiera de las partes las cláusulas que estimen pertinentes para su acuerdo o pacto posterior.

En este contexto, es habitual que, la adquisición de la vivienda familiar tenga lugar mediante un préstamo hipotecario que, se amortiza en varios años —máximo 30 años—, en un número determinado de cuotas creciente, y, asumido por ambos cónyuges con carácter solidario, si ambos optan por tal compra, aunque también es posible que la propiedad del inmueble sea privativa de uno de los cónyuges, al adquirirla antes del matrimonio y, se aporta al matrimonio como vivienda familiar, cuando contrae aquel. Por tanto, constante matrimonio las diferentes cuotas de amortización del préstamo se satisfacen en la forma como ambos cónyuges hayan convenido, normalmente de forma conjunta, por partes iguales, o proporcional a sus recursos económicos, sin ser posible plantear ninguna exigencia de reembolso por la asunción de mayor cantidad por parte de uno de los cónyuges<sup>95</sup>. Ahora bien, los conflictos surgen cuando se produce la ruptura matrimonial consecuencia de un proceso de divorcio, separación o nulidad, pues, el cese de la convivencia, además de determinar una disminución de ingresos, —que puede agravarse por la situación de crisis económica actual—, exige la adopción de una serie de medidas en convenio regulador o adoptadas por el Juez, entre las que necesariamente se encuentra la relativa al pago del préstamo hipotecario, pues, se ha de seguir cumpliendo periódicamente con las cuotas de amortización del mismo en la forma y cuantía pactadas, si se quiere evitar una posible ejecución hipotecaria por impago y la consiguiente pérdida de la vivienda, lo que por desgracia es una realidad creciente en los tiempos actuales. Ante tal situación se han adoptado dos líneas de actuación: la minoritaria que, considera que, los pagos de dicho crédito constituyen cargas del matrimonio, lo que conlleva la posibilidad de establecer un pago en proporción a lo que cada cónyuge le corresponda en la satisfacción de las mismas, o hayan convenido<sup>96</sup>; y, otra, la mayoritaria que, por el contrario, considera que el pago del crédito no

es una carga del matrimonio, sino deuda de ambos cónyuges y, en consecuencia, ha de atenderse al título contractual asumido para la adquisición del bien inmueble<sup>97</sup>. En esta última línea, opera en sede gananciales, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil sección 1.<sup>a</sup>, de 28 de marzo de 2011<sup>98</sup> cuando señala en su *Fundamento de Derecho segundo* que: «*La hipoteca que grava el piso que constituye la vivienda familiar no debe ser considerada como carga del matrimonio, en el sentido que a esta expresión se reconoce en el artículo 90 D del Código Civil, porque se trata de una deuda de la sociedad de gananciales y, por tanto, incluida en el artículo 1362.2 del Código Civil. Por tanto, mientras subsista la sociedad, la hipoteca debe ser pagada por mitad por los propietarios del piso que, grava, los cónyuges, y debe, en consecuencia, excluirse de las reclamaciones formuladas por el reclamante. Por tanto, el pago de las cuotas hipotecarias afecta al aspecto patrimonial de las relaciones entre cónyuges, porque si el bien destinado a vivienda se ha adquirido vigente la sociedad de gananciales, debe aplicarse lo establecido en el artículo 1347.3 del Código Civil, que declara la ganancialidad de los «bienes adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos», por lo que será de cargo de la sociedad según dispone el artículo 1362.2 del Código Civil «la adquisición, tenencia y disfrute de los bienes comunes». Se trata de una deuda de la sociedad de gananciales, porque se ha contraído por ambos cónyuges en su beneficio, ya que el bien adquirido y financiado con la hipoteca tendrá la naturaleza de bien ganancial y corresponderá a ambos por mitad*». De forma que, para el Tribunal Supremo: 1. El pago de las cuotas correspondientes a la hipoteca contratada por ambos cónyuges para la adquisición de la propiedad del inmueble destinado a vivienda familiar no constituye carga del matrimonio. 2) Dicho pago constituye deuda de la sociedad de gananciales. 3) Corresponde pagarla a ambos cónyuges por mitad, al ser ambos copropietarios por mitad, aunque se haya producido la crisis matrimonial.

Esta misma respuesta negativa a la consideración como carga del matrimonio de la obligación del pago del préstamo hipotecario destinado a la adquisición de la vivienda familiar, y, por ende, su consideración como deuda de la sociedad de gananciales, ligada a la adquisición de la propiedad del bien, ya fue adoptada con anterioridad por esta misma Sala y magistrada ponente Excmo. Sra. Encarnación ROCA, en la Sentencia de 5 de noviembre de 2008<sup>99</sup> y se ha mantenido como doctrina jurisprudencial constante en la actualidad<sup>100</sup>. Con posterioridad, optando por esta misma solución, si bien en sede régimen de separación de bienes, se han pronunciado dos Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil de 26 de noviembre de 2012<sup>101</sup>, del mismo magistrado ponente Excmo. Sr. D José Antonio SEIJAS QUINTANA y, otra de 21 de julio de 2016<sup>102</sup>. Esta posición de considerar el pago de las cuotas hipotecarias como deuda y no como carga del matrimonio es también la adoptada por el artículo 231-5 del Código Civil catalán al eliminar de la consideración de cargas familiares, el pago de las cuotas dirigidas a la adquisición de bienes destinados a vivienda. Además, el artículo 233-23 del citado cuerpo legal, dispone en su párrafo primero que «*en caso de atribución o distribución del uso de la vivienda, las obligaciones contraídas por razón de su adquisición o mejora, incluidos los seguros vinculados a esta finalidad, deben satisfacerse de acuerdo con lo dispuesto por el título de constitución*», mientras que el párrafo segundo considera que, «*los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación de la vivienda, incluidos los de comunidad y suministros, y los tributos y las tasas de devengo anual corren a cargo del cónyuge beneficiario del derecho de uso*»<sup>103</sup>.

En consecuencia, la situación no varía cuando se produce la crisis matrimonial. Estamos ante una deuda de la sociedad de gananciales (art. 1362.2 del Código Civil), y aunque puede objetarse que la sociedad de gananciales se disuelve con la separación o el divorcio. De manera que, el pago de la hipoteca constante matrimonio y tras la situación de crisis conyugal va ligado al título de constitución del préstamo hipotecario —y no como señala la Sentencia de 28 de marzo de 2011 necesariamente al título de adquisición de la propiedad de bien—, pues, el acreedor hipotecario es ajeno a lo que suceda en las relaciones *inter conyugales*. Aun en situación de crisis conyugal, aquel puede dirigirse contra cualquiera de los cónyuges para reclamar el pago, pues, no olvidemos que, habitualmente se obligan solidariamente; y sin que el convenio regulador o la correspondiente Sentencia judicial de nulidad, separación o divorcio puedan novar el contenido obligacional del título por el que se constituyó la obligación de pago<sup>104</sup>. En todo caso, el establecimiento de una contribución desigual y distinta en el pago del préstamo hipotecario de la que resulte del título constituido, una vez que tiene lugar la situación de crisis conyugal, no debe ser excluida por principio, si existe acuerdo entre los cónyuges al respecto; ahora bien, la no intervención del acreedor en ese acuerdo prestando su consentimiento determina que la obligación se mantenga subjetivamente inalterada; lo que no impide la validez y eficacia *inter partes* del acuerdo de asunción del pago celebrado entre ambos deudores, si bien, no respecto del acreedor que mantiene inalterable su posición crediticia, salvo que consienta la novación subjetiva de la obligación<sup>105</sup>. En todo caso, también constante matrimonio, el pago de las cuotas hipotecarias afecta al aspecto matrimonial de la relación entre cónyuges, pues, si el bien destinado a vivienda se ha adquirido vigente la sociedad de gananciales, a título oneroso y a costa del caudal común tendrán la consideración de bien ganancial (art. 1347.3), bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos; además la adquisición, tenencia y disfrute de los bienes comunes es a cargo de la sociedad de gananciales (art. 1362.2). Por lo que, el pago del crédito hipotecario, al ser una deuda de la sociedad de gananciales, ha de corresponder a ambos cónyuges, habitualmente por mitad<sup>106</sup>.

Lo cierto que, al no existir convivencia entre los cónyuges tras la crisis matrimonial decae el fundamento del deber de contribución a las cargas del matrimonio, basado como bien sabemos, en la colaboración, solidaridad conyugal, ayuda mutua entre ambos cónyuges, y, en el consumo y disfrute de bienes en común; lo único que puede solicitar un cónyuge al otro como medidas en convenio regulador o en la correspondiente Resolución judicial, será su derecho de alimentos, pensión compensatoria, contribución a los gastos ordinarios y, en su caso, extraordinarios de los hijos comunes, atribución del uso de la vivienda<sup>107</sup>.

Desde tal perspectiva, entre las cargas del matrimonio no puede situarse el pago de las deudas como la hipotecaria, ni siquiera las originadas por la adquisición de la vivienda familiar, porque esta es una cuestión ya determinada por contrato de préstamo, aunque si puede tener alguna repercusión excepcionalmente en algunas de las medidas. Ahora bien, en caso de ejecución hipotecaria, se considera que la concesión del derecho de uso a favor del cónyuge custodio e hijos menores sobre la vivienda familiar, queda al devenir del procedente derecho hipotecario. Así si el derecho de uso ha nacido con posterioridad a la constitución de la hipoteca, se extingue con la ejecución hipotecaria, pese a que el adquirente conociera la atribución del derecho de uso sobre la vivienda en la fecha de adquisición<sup>108</sup>.

Con relación al pago de determinados gastos que, no son la hipoteca, el Tribunal Supremo —frente al criterio de algunas Audiencias Provinciales que optan por la asunción por mitad por ambos<sup>109</sup> o por el pago a quien se atribuye el uso<sup>110</sup>—, considera que las cuotas ordinarias de la comunidad de propietarios ha de ser abonada por el propietario o propietarios en proporción a su cuota (art. 9 de la LPH), considerando que no cabe la asimilación del usuario al usufructuario<sup>111</sup>. En todo caso, corresponden al cónyuge usuario el pago de los gastos de conservación y mantenimiento de la vivienda común y las reparaciones ordinarias que exige la vivienda, considerando por tales las que exijan los deterioros o desperfectos que procedan del uso natural de las cosas y sean indispensables para su conservación (arts. 500 y 528 del Código Civil)<sup>112</sup>; mientras que, las extraordinarias corresponderán al propietario, como las derramas o gastos de comunidad extraordinarios. En lo referente al Impuesto de Bienes Inmuebles (IBI), como la tasa de basura, frente a la posición de considerar que se atribuye su pago al titular de la vivienda —como sujeto pasivo obligado al pago—<sup>113</sup>, o al que se ha otorgado el uso<sup>114</sup>, existen otras resoluciones que se posicionan por considerar que, el pago debe realizarse por ambos cónyuges por mitad —si bien, en algunos supuestos en la consideración de copropietarios—<sup>115</sup>. Respecto a los suministros de la vivienda (luz, agua, gas, teléfono) deben ser satisfechos por la persona que ocupa la vivienda<sup>116</sup>.

#### IV. LA DISPOSICIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR

La disposición sobre la vivienda familiar está limitada en situaciones de normalidad matrimonial. Así, el artículo 1320 del Código Civil señala que, para disponer de los derechos sobre la vivienda familiar habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, se requiere el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges. Hay que señalar que, dicho precepto tiene su ubicación en el Título III Capítulo I del Código Civil en el marco de las disposiciones generales relativas al régimen económico matrimonial primario, por lo que se aplica a cualquiera que sea el régimen económico del matrimonio (sociedad de gananciales, separación de bienes o participación). De ahí su carácter imperativo y su aplicación cualquier que sean el régimen económico matrimonial<sup>117</sup>, sin que responda a principios de orden público<sup>118</sup>. Por otra parte, para la efectiva protección que dispensa el citado precepto, resulta indiferente el título en virtud del cual se ocupa la vivienda (derecho de propiedad u otro derecho real o personal), pues, afecta a todos los derechos por igual, y, como precisa el citado texto legal «aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges»<sup>119</sup>. Se trata de una limitación a la libre disposición del cónyuge titular que, como tal exige una interpretación restrictiva de la misma<sup>120</sup>. Ahora bien, tal restricción a la libre disposición tiene sentido cuando la titularidad de la vivienda corresponde exclusivamente a uno de los cónyuges. Si ambos son cotitulares por tratarse de un bien ganancial, o en régimen de comunidad ordinaria o por cuotas, el consentimiento de los dos será necesario como consecuencia de la cotitularidad. Asimismo, el consentimiento será necesario cuando uno de los cónyuges pretenda enajenar la cuota indivisa que le corresponde sobre la vivienda.

En este contexto, el fundamento del artículo 1320 radica en la necesidad de salvaguardar la vivienda que constituye el alojamiento de la familia ante la actuación arbitraria del cónyuge que ostenta la titularidad de aquella, al disponer

de la misma a favor de terceros<sup>121</sup>. Así, la exigencia contenida en tal precepto no tiene otro alcance que lograr que el asentamiento del hogar conyugal se conserve jurídicamente bajo el control de ambos cónyuges<sup>122</sup>. Ahora bien, se parte en el mencionado precepto de la irregularidad del título en lugar de operar sobre la invalidez de la transmisión, cuando falta el consentimiento del cónyuge no titular; lo que supone una excepción a la teoría general de la transmisión de los derechos reales, fruto esencialmente de la influencia del ordenamiento francés donde la transmisión opera *solo consensu* (art. 1318 del Code Civil); de forma que, basta el contrato traslativo para que opere el proceso transmisivo y, en consecuencia, el cambio en la titularidad jurídico real<sup>123</sup>.

Ahora bien, no se trata de un consentimiento en sentido técnico (art. 1261 del citado cuerpo legal), sino de un asentimiento o declaración de conformidad con el negocio ajeno necesario para todo tipo de actos y negocios dispositivos que impliquen privación del goce de la vivienda habitual por la familia<sup>124</sup>. En cuanto a la forma, no se ha previsto ninguna particular, por lo que tal asentimiento puede ser expreso, tácito o presunto. Además este asentimiento debe ser específico, no general para el concreto acto dispositivo sobre la vivienda familiar<sup>125</sup>. Asimismo, puede ser previo, coetáneo o posterior al negocio; en este último supuesto sería posible su convalidación tanto expresa como tácita<sup>126</sup>.

En todo caso, resulta inviable cualquier pacto de renuncia, pues, no olvidemos que la norma contenida en el artículo 1320 del Código Civil es imperativa, de *ius cogens*, y, por tanto, inderogable e inmodificable por la sola voluntad de las partes<sup>127</sup>.

Ahora bien, el carácter de vivienda familiar no tiene acceso al Registro de la Propiedad, de tal forma que, no existe constancia de su carácter frente a terceros de buena fe. La protección se garantiza por la obligación del transmitente de declarar que el bien transmitido no tiene el carácter de vivienda familiar, bajo pena de falsedad en documento público (art. 91.1 RH). Lo cierto es que, la manifestación errónea o falsa acerca del carácter familiar de la vivienda posibilita, no obstante, la inscripción de la misma a nombre del adquirente, pero si este no actúa de buena fe, permanecerá viva la acción de anulabilidad. Si el adquirente no inscribe su derecho sobre la vivienda habitual no goza de protección registral, lo que no impide que, en cualquier caso, esté protegido por el artículo 1320.2 del Código Civil.

Finalmente, en consonancia con lo dispuesto en el último párrafo del artículo 1301 y el artículo 1322 del Código Civil, para la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia la sanción por falta de consentimiento del cónyuge no titular al acto dispositivo es la anulabilidad, salvo que el adquirente haya actuado de buena fe<sup>128</sup>. Aunque el contrato pudiera reunir todos los requisitos para su validez, sin embargo, se ha considerado por el legislador que la falta de consentimiento del cónyuge no titular, a pesar de no ser un requisito del contrato, sino de la tradición, posibilita que aquel pueda atacar el título traslativo, provocando con ello la ineficacia de la transmisión. Con ello, se ha optado por situar los efectos de la ausencia de consentimiento del cónyuge no titular en el contrato; de forma que, el tercero que adquiere no pueda ampararse en la fe pública registral (art. 34 de la Ley Hipotecaria), pues, no estamos ante una falta de poder de disposición del cónyuge titular que transmite, sino ante una irregularidad del título que determina la plena operatividad del artículo 33 de la Ley Hipotecaria. Si bien, esta facultad de control sobre el acto transmisor que se concede al cónyuge no titular, tiene como límite la buena fe del adquirente. De forma que, la legitimación posesoria del cónyuge no titular solo se mantiene si se ha omitido su consentimiento en el negocio dispositivo, y el adquirente ha actuado de mala fe.

Ahora bien, cuando la situación de normalidad se torna en situación de crisis matrimonial, el artículo 96.4 del Código Civil limita la libre disposición del cónyuge titular con respecto a la vivienda familiar, pues, establece que, para disponer de la vivienda cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requiere el consentimiento de ambos cónyuges o en su caso, autorización judicial. Por lo que, en esta situación de crisis conyugal la falta de consentimiento no afecta al título de transmisión del bien que constituye la vivienda familiar, sino que se adquiere el dominio con la obligación de mantener el derecho de uso del cónyuge, que no ostenta ninguna titularidad sobre el bien. Si bien, tal protección no impide la enajenación compatible con el uso. En caso de disposición de la vivienda contraviniendo la norma —esto es sin previo consentimiento ni tampoco autorización judicial— la consecuencia será que el adquirente viene obligado a respetar el uso, pues, la protección de la vivienda familiar es de carácter absoluto, ejercitable frente a terceros<sup>129</sup>. No obstante, hay que matizar que, si el gravamen o carga no está inscrito en el Registro, enajenándose como libre la vivienda familiar, y estamos ante un tercero adquirente de buena fe, que no puede conocer de otro modo la existencia de tal derecho de uso —pues, no olvidemos que la posesión también actúa como forma de publicidad—, aplicando las normas registrales, resulta protegido por el principio de buena fe registral (art. 34 de la Ley Hipotecaria), aunque la realidad extraregistral determine que, se encuentra limitada o gravada la propiedad por un derecho de uso o algún otro derecho real en cosa ajena no inscrito o debidamente cancelado<sup>130</sup>. Si, por el contrario, el gravamen está inscrito, deberá el adquirente respetar el derecho de uso.

## V. LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES Y LA CUANTIFICACIÓN ECONÓMICA DEL DERECHO DE USO

Hay que señalar que, en la liquidación del pasivo, deben tenerse en cuenta, por un lado, los créditos que contra la sociedad pudiera tener uno de los cónyuges; y, por otro, los créditos de los cónyuges entre sí. Respecto de los primeros, tales créditos son pospuestos a los créditos de terceros, según dispone el artículo 1403 del Código Civil. Así pues, el pago de los créditos que tengan los cónyuges frente al patrimonio común en concepto de indemnizaciones y reintegros derivados del funcionamiento de la sociedad conyugal, se efectuarán después de que se hayan pagado las deudas y cargas de la sociedad a los que se refiere el artículo 1399 del Código Civil. Para ello, en primer lugar, se compensarán estas deudas del patrimonio común frente a los cónyuges con los eventuales créditos que tengan el patrimonio común frente a los cónyuges —siempre que tales créditos no hayan sido realizados previamente para pagar las deudas y cargas de la sociedad—; y, si el patrimonio común sigue resultando deudor, se efectuará el pago de dichas deudas a cargo de los bienes que conforman aquél. Todo ello, con el límite que supone el activo de la comunidad postganancial<sup>131</sup>.

Con relación a los segundos, si uno de los cónyuges resultara en el momento de la liquidación acreedor personal del otro, podrá exigir que se le satisfaga su crédito adjudicándole bienes comunes, salvo que el deudor pague voluntariamente (art. 1405 del Código Civil). De todas formas, tanto los reintegros debidos al consorcio por los cónyuges, como los reintegros del consorcio a los cónyuges ha de pagarse en dinero, salvo pacto en contrario<sup>132</sup>.

En este contexto, cabe plantearse si puede compensarse económicamente el uso de la vivienda al titular no usuario con otras medidas o computarse como activo en sede de liquidación de sociedades de ganancias.

Respecto a la primera cuestión, hay que señalar que hay una tendencia mayoritaria en la doctrina de dotar de valor económico al uso de la vivienda en un momento anterior, y, en consecuencia, de computarse como tal a la hora de fijar la pensión alimenticia o pensión compensatoria. Así respecto de los alimentos se considera que la adjudicación del uso y disfrute de la vivienda familiar cubre la necesidad de habitación a la que se refiere el artículo 142 del Código Civil, y, por tanto, constituye pago en especie de dicha pensión. Y, en relación a la pensión compensatoria se tiende a considerar como una circunstancia más a tener en cuenta a la hora de determinar su importe conforme lo previsto en el artículo 97 del Código Civil, el hecho que el cónyuge no usuario esté obligado a pagar un alquiler y parte del préstamo hipotecario<sup>133</sup>. Así, ROCA TRÍAS mantiene, por un lado que, la atribución de la vivienda familiar prevista en el artículo 96 del Código Civil puede considerarse como una forma de contribución que asume una parte del contenido de los alimentos; y, por otro, señala que la cuantía de la pensión compensatoria debe ser menor, teniendo en cuenta que el artículo 97 alude a otras circunstancias que hay que tener en cuenta, cuando el cónyuge titular ha cedido el uso de la vivienda al no titular, con lo que subviene una parte de sus necesidades<sup>134</sup>. ELLORIAGA DE BONIS, asimismo, considera que la atribución del uso de la vivienda a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden es una de las formas de contribuir a las cargas de conformidad con el artículo 154.1 en relación con el artículo 141.1 del Código Civil. Dicha atribución, precisa, tiene un valor económico, por lo que es lógico que el cónyuge perjudicado con el no uso de la vivienda, sea, al menos, beneficiado con una menor contribución al resto de las cargas; incluso, la pensión compensatoria por desequilibrio regulada en el artículo 97 podría verse reducida<sup>135</sup>. Por su parte, MURCIA QUITANA manifiesta, igualmente, que el disfrute de la vivienda familiar por los hijos menores del matrimonio supone la satisfacción de sus obligaciones de contribución a las cargas del matrimonio y de pago de alimentos por parte del cónyuge que no tiene a su cargo la guarda; se trataría, precisa el autor, de una contribución en especie o como satisfacción *in natura* de parte de los alimentos debidos<sup>136</sup>. Asimismo, excluye la pensión compensatoria a favor del cónyuge adjudicatario del uso, si la atribución del uso de la vivienda resulta suficiente para conservar el mismo nivel económico anterior. Igualmente, CUENA CASAS precisa al respecto que, se ha de compatibilizar la función asistencial con la atención a la pérdida patrimonial que padece el propietario, pues, «el cónyuge custodio se ve indirectamente beneficiado por la atribución del uso de la vivienda por razón de ostentar la guarda y custodia de los menores y prescindir de cualquier criterio de capacidad económica de este, lo cual puede generar situaciones de enriquecimiento y desequilibrio que favorecen la confrontación entre cónyuges». Y añade «la evidente función familiar de la atribución del derecho de uso sobre la vivienda familiar no tiene por qué privarle de su valor económico» y «la atribución del uso de la vivienda familiar debería someterse a la regla de la proporcionalidad propia de la pensión de alimentos, lo cual requeriría de una regulación expresa»<sup>137</sup>. Ciertamente, los gastos derivados de la vivienda que asume el cónyuge propietario al que no se atribuye uso —entre los que se puede incluir en su caso el pago de la hipoteca— deberían computarse como contribución en especie a la hora de fijar los alimentos y la pensión compensatoria atendiendo a la regla de la proporcionalidad. Tal forma de proceder es asumida en el Código Civil catalán.

Así, el artículo 233-20 dispone en su apartado primero que «*los cónyuges pueden acordar la atribución del uso de la vivienda familiar con su ajuar a uno de ellos, a fin de satisfacer, en la parte que proceda, los alimentos de los hijos comunes que convivan con el beneficiario del uso o la prestación compensatoria de este. También pueden acordar la distribución del uso de la vivienda por períodos determinados*». Por su parte, si no existiera acuerdo conyugal, o si este no es aprobado, la autoridad judicial a la hora de decidir la atribución del uso de la vivienda, si esta pertenece en todo o en parte al cónyuge que no es beneficiario, deberá ponderar aquél como contribución en especie para la fijación de los alimentos de los hijos y de la prestación compensatoria, que eventualmente devengue el otro cónyuge (apartado 7). Y añade el artículo 233-21 que, la autoridad judicial, a instancia de uno de los cónyuges, puede excluir la atribución del uso de la vivienda familiar, si el cónyuge que debería ceder el uso puede asumir y garantizar suficientemente el pago de las pensiones de alimentos de los hijos y, si procede, de la prestación compensatoria del otro cónyuge en una cuantía que cubra suficientemente las necesidades de vivienda de estos [apartado 1 b)]. Ahora bien, esta misma conexión uso vivienda y pensiones de alimentos y compensatoria la reproduce este mismo Código Civil cuando regula los efectos de la extinción de la pareja estable, así el artículo 234-8 apartado primero y tercero; y cuando en el artículo 233.15 e) a la hora de concretar los criterios que se han de tener en cuenta para la fijación de la pensión compensatoria dispone que se valorarán especialmente «los nuevos gastos familiares del deudor, si procede» —por ejemplo, el pago de la renta de alquiler de una vivienda por parte del cónyuge no usuario—.

En relación con la contribución a las cargas del matrimonio en el régimen de separación de bienes, RIBERA BLANES afirma que, el uso de la vivienda constituye una forma de contribuir en especie del cónyuge que es titular del bien correspondiente. Normalmente, precisa, la contribución no se limita a la aportación del bien en cuestión, sino también a los objetos que se encuentran en él. Ahora bien, esta forma de aportación de bienes propios considera la autora, constituye también una forma de contribuir a las cargas del matrimonio en los casos de separación judicial, en estos casos, la autoridad judicial concede a uno de los cónyuges la facultad de ocupar la residencia familiar que pertenece en propiedad a su consorte sin obligarle al pago de una contraprestación. Y, finalmente, señala que la aportación de un bien inmueble para contribuir a las cargas del matrimonio ha de valorarse atendiendo a la renta que tendría que, satisfacer por el arrendatario de un bien inmueble de similares características a un tercero. No sería difícil fijar el precio, simplemente habría que atender a los criterios de mercado<sup>138</sup>.

Con respecto a la liquidación de la sociedad de gananciales, no se plantea ningún problema si la vivienda se asigna al cónyuge que tiene el uso de la vivienda, pues, se extingue por consolidación. Si bien, puede no interesarle tal asignación al tener quizás que reembolsar al otro cónyuge un exceso en la adjudicación. En todo caso, como señala DÍAZ MARTÍNEZ la atribución del uso no determina un derecho de atribución de la preferente de la propia vivienda distinto del contenido en el artículo 1406 del Código Civil, ni el derecho de uso de la vivienda familiar se considera como carga que haga reducir el valor atribuido al inmueble en el inventario<sup>139</sup>. La cuestión controvertida tiene lugar cuando se atribuye al cónyuge no usuario o se ha adjudicado la vivienda en régimen de comunidad romana o por cuotas. Se produce un empobrecimiento en el cónyuge no usuario, pues, además de carecer del derecho a usar de la vivienda familiar, tiene que abonar los gastos que de la misma se deriven como propietario, y un eventual enrique-

cimiento del cónyuge al que se atribuye el uso, lo que ha llevado a la doctrina a proponer la posibilidad de computarse el derecho de uso como un activo en la sociedad de gananciales; y si no existe la posibilidad de computarlo como tal en la liquidación de la sociedad de gananciales porque no rige tal régimen, sino el de separación de bienes, ni de imputarlo a una eventual pensión compensatoria porque no proceda o en caso de custodia compartida se otorgue al más necesitado de protección, y no se establezca una pensión de alimentos ni pensión compensatoria, se pueda acudir a la compensación económica por pérdida del uso, computable de forma autónoma, con el objeto de paliar la situación de desequilibrio económico que tiene lugar y que perjudica sobremanera al cónyuge titular no usuario del inmueble<sup>140</sup>.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B. (1988). Protección legal de la vivienda familiar, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* año LXIV, septiembre-octubre, núm. 588.
- CÁRCABA FERNÁNDEZ, M. (1987). La protección de la vivienda y el mobiliario familiar en el artículo 1320 del Código Civil, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXIII, julio-agosto, núm. 581.
- CERVILLA GARZÓN, M.<sup>a</sup> D. (2005). *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Madrid: Marcial Pons.
- COSTAS RODAL, L. (2009). Comentario al artículo 1320 del Código Civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, Navarra: Aranzadi-Thomson Reuters.
- CUENA CASAS, M. (2011). El régimen jurídico de la vivienda familiar. En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia, vol. III*, Navarra: Aranzadi.
- (2014). Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario, *Revista de Derecho Civil*, vol. I, número 2, abril-junio.
- DE LA PUENTE ALFARO, F. (2006). La protección de la vivienda familiar durante el matrimonio y tras su disolución, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 698.
- ELORRIAGA DE BONIS, F. (1995). *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, Pamplona: Aranzadi.
- HERRERO GARCÍA M.<sup>a</sup> J. (1991). Comentario al artículo 1320 del Código Civil. En: C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz, L. Díez-Picazo Ponce de León, y P. Salvador Coderch (dirs.), *Comentario del Código Civil T. II*, Madrid: Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Ministerio de Justicia.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. (1986). Introducción al estudio del hogar y ajuar familiares. A modo de prólogo, *El hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, edición coordinada por Pedro-Juan Viladrich, Pamplona: Universidad de Navarra.
- LUQUE JIMÉNEZ, M.<sup>a</sup> del C. (2012). *La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial*, Madrid: Colegio Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- MANZANO FERNÁNDEZ, M.<sup>a</sup> del M. (1999). *El uso de los inmuebles en el Derecho Civil moderno*, Madrid: Centro de Estudios Registrales.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.<sup>a</sup> (1991). Comentario al artículo 400 del Código Civil, *Comentarios del Código Civil*, dirigidos por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Ro-

- drigo Bercovitz, Luis Díez-Picazo Ponce de León, y Pablo Salvador Coderch, *T. I*, Madrid: Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Ministerio de Justicia.
- MURCIA QUITANA, E. (2002). *Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar (art. 1320 del Código Civil)*, Madrid: Civitas.
- ORTEGA Y DÍAZ-AMBRONA, J. A. (1986). Constitución y vivienda familiar, *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra.
- SALAZAR BORT, S. (2001). *La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales. Amplio estudio jurisprudencial*, Pamplona: Aranzadi.
- TAMAYO CARMONA, J. A. (2003). *Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición*, Navarra: Thomson-Aranzadi.
- VERDERA IZQUIERDO, B. (2017). La atribución del uso de otras residencias distintas de la familiar. Las segundas residencias, *Revista de Derecho de Familia*, número 74, enero-marzo.

## VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS, Sala de lo Civil, 18 de octubre de 1994.
- STS, Sala de lo Civil, 22 de abril de 2004.
- STS, Sala de lo Civil, 8 de mayo de 2006.
- STS, Sala de lo Civil, 8 de octubre de 2010.
- STS, Sala de lo Civil, 5 de septiembre de 2011.
- STS, Sala de lo Civil, 19 de noviembre de 2013.
- STS, Sala de lo Civil, 22 de octubre de 2014.
- STS, Sala de lo Civil, 6 de marzo de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, 27 de octubre de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, 6 de octubre de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 5 de diciembre de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 19 de enero de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, 23 de enero de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, 27 de enero de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, 17 de febrero de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, 8 de marzo de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, 14 de marzo de 2017.
- SAP, Málaga, secc. 6.<sup>a</sup>, 30 de septiembre de 2010.
- SAP Alicante, secc. 4.<sup>a</sup>, 26 de septiembre de 2013.
- SAP, Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, 15 de julio de 2014.
- SAP, Huelva, secc. 2.<sup>a</sup>, 23 de diciembre de 2015.
- SAP Córdoba, secc. 1.<sup>a</sup>, 15 de noviembre de 2016.

## NOTAS

<sup>1</sup> LACRUZ BERDEJO J.L. (1986). Introducción al estudio del hogar y ajuar familiares. A modo de prólogo, *El hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, edición coordinada por Pedro-Juan Viladrich, Pamplona: Universidad de Navarra, 26-27 señala que «la nueva disciplina del hogar familiar, que llega a España con la última reforma —precedida de abundantes precedentes extranjeros— y corresponde a un sistema de disciplina familiar basado en otros principios —plena igualdad del marido

y la mujer en obligaciones y facultades y derechos; minusvaloración del matrimonio; equiparación de los hijos nacidos de este y los no matrimoniales—, nos han traído, al fin, la sustantivación del concepto de vivienda familiar, y ello en dos frentes, a saber, uno, el de protección del hogar común frente a la decisión del dueño del local o de los objetos domésticos de enajenar aquél o estos (nuevo artículo 1320); otro el de conservación del hogar para la parte con interés familiar prevalente en las situaciones de crisis del matrimonio (arts. 90, 96, 103), y cuando este se disuelve por muerte del cónyuge (art. 1406)». Y añade «El hogar, a través de los objetos materiales, tiene también una consistencia inmaterial que merece protección, y a la que habrá de atender el juzgador».

Igualmente, precisa CAMY SÁNCHEZ-CÁNETE, B. (1988). Protección legal de la vivienda familiar, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* año LXIV, septiembre-octubre, núm. 588, 1584 que, la tendencia protectora de la vivienda familiar se plasmó definitivamente en el Código Civil español tras la profunda reforma introducida en el Derecho de Familia por la Ley de 13 de mayo de 1981, antes de ello no existe ningún antecedente directo en este sentido.

Por su parte, HERRERO GARCÍA, M.ª J. (1991). Comentario al artículo 1320 del Código Civil. En: C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz, L. Diez-Picazo Ponce de León, y P. Salvador Cordech (dirs.), *Comentario del Código Civil* T. II, Madrid: Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Ministerio de Justicia, 587, «la regulación del Código Civil sobre la vivienda familiar se sitúa en el ámbito interno de la relación familiar, desde el que han de considerarse no solo el juego de necesidades e intereses entre la familia y los terceros, sino también —y sobre todo— desde donde habrá de determinarse cómo puede armonizarse la satisfacción del derecho personal a la vivienda que corresponde a todos y cada uno de los miembros del grupo familiar, con los intereses que alguno de ellos pueda tener como titular de un derecho sobre la vivienda».

<sup>2</sup> SERRANO ALONSO, E. (1986). La vivienda familiar en la liquidación del régimen económico del matrimonio y en el Derecho sucesorio, *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 87 y 90; DE COSSÍO Y MARTÍNEZ, M. (1997). *Las medidas en los casos de crisis matrimonial*, Madrid: McGraw Hill, 39-40; GARCÍA CANTERO, G. (1986). Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español, *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 70-71; CAMY SÁNCHEZ-CÁNETE, B. (1988). Protección legal de la vivienda familiar, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, septiembre-octubre, núm. 588, 1586-1587; SERRANO GÓMEZ, E. (1999). *La vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, Madrid: Tecnos, Colección de Jurisprudencia Práctica, 11-12.

*Vid.*, asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1994 (*RJ* 1994, 1030), que estima que es «un bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asiente, quien quiera que sea el propietario»; las Sentencias de la Audiencia Provincial de Córdoba de 10 de mayo de 1993 (*AC* 1993, 1050); de la Audiencia Provincial de Valencia de 30 de septiembre de 1996 (*AC* 1996, 1537); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.<sup>a</sup>, de 8 de septiembre de 1997 (*AC* 1997, 1914); de la misma Audiencia y sección, de 23 de abril de 1998 (*AC* 1998, 4537); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 1.<sup>a</sup>, de 2 de marzo de 1999 (*AC* 1999, 4917); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, de 21 de noviembre de 2000 (*JUR* 2001, 62709); de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 25 de septiembre de 2003 (*JUR* 2004, 25749); y, de la Audiencia Provincial de Asturias de 24 de noviembre de 2003 (*JUR* 2003, 277780) también califican la vivienda familiar como un bien familiar no patrimonial, adscrito al servicio del grupo familiar o ente pluripersonal que en ella se asienta, quien quiera que sea el propietario.

<sup>3</sup> ORTEGA Y DÍAZ-AMBRONA, J.A. (1986). Constitución y vivienda familiar, *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 49.

<sup>4</sup> ELORRIAGA DE BONIS, F. (1995). *Régimen jurídico de la vivienda familia*, Pamplona: Aranzadi, 46 y 194.

<sup>5</sup> HERRERO GARCÍA, M.ª J. (1991). Comentario al artículo 1320 del Código Civil, *op. cit.*, 588.

Para MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2011). La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales. En: C. Martínez De Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil*, vol. IV Derecho de Familia, 3.<sup>a</sup> ed, Madrid: Colex, 204, entiende por vivienda habitual «el lugar habitable en que se desarrolla actualmente y con habitualidad, la convivencia familiar».

<sup>6</sup> *RJ* 1996, 9020. Para las Sentencias de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 2.<sup>a</sup>, de 30 de diciembre de 1995 (*AC* 1995, 2306) el concepto jurídico de vivienda familiar viene definido «por la utilización conjunta, permanente y habitual que los miembros de una familia hacen de aquella y donde priman los intereses de la familia, como entidad propia, frente a los particulares de uno de los cónyuges; y, de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 3.<sup>a</sup>, de 28 de septiembre de 2007 (*JUR* 2007, 353384) señala que «la vivienda familiar se corresponde con el espacio físico, generalmente cerrado, que es ocupado por los componentes de una pareja, y, en su caso, por sus descendientes más próximos (hijos), y que a su vez constituye el núcleo básico de la convivencia, es decir, el lugar donde se desarrollan habitualmente los quehaceres cotidianos más íntimos. Tal espacio puede tener diferente forma (vivienda unifamiliar, piso que forma parte de un edificio, dependencias dentro de una casa, etc.), puede situarse en el ámbito rural o urbano, y puede incluso ser compartido con otras personas (parientes o no), o familias, pero lo que le caracteriza y diferencia de otros es que simboliza y encarna uno de los aspectos de la vida máspreciados por el ser humano, cuál es su intimidad personal y familiar».

<sup>7</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L. (1986). Introducción al estudio del hogar y ajuar familiares. A modo de prólogo, *op. cit.*, 28.

<sup>8</sup> ELORRIAGA DE BONIS, F. (1995). Régimen jurídico de la vivienda familia, *op. cit.*, 187.

<sup>9</sup> RAMS ALBESA, J. (1987). *Uso, habitación y vivienda familiar*, Madrid: Tecnos, 99.

<sup>10</sup> GETE-ALONSO Y CALERA, M.<sup>a</sup> C. (1984). Comentario al artículo 70 del Código Civil, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. 1.<sup>a</sup>, Madrid: Tecnos, p. 349.

<sup>11</sup> ELORRIAGA DE BONIS, F. (1995). Régimen jurídico de la vivienda familia, *op. cit.*, 214. *Vid.*, asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 27 de noviembre de 1993 (*AC* 1993, 2235).

<sup>12</sup> HERRERO GARCÍA, M.<sup>a</sup> J. (1991). Comentario al artículo 1320 del Código Civil, *op. cit.*, 588.

<sup>13</sup> CÁRCABA FERNÁNDEZ, M. (1987). La protección de la vivienda y el mobiliario familiar en el artículo 1320 del Código Civil, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXIII, julio-agosto, núm. 581, 1436.

<sup>14</sup> TAMAYO CARMONA, J. A. (2003). *Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición*, Navarra: Thomson-Aranzadi, 34; ORTEGA Y DÍAZ-AMBRONA, J.A. (1986). Constitución y vivienda familiar, *op. cit.*, 46-47.

<sup>15</sup> GARCÍA CANTERO, G., Configuración del concepto de vivienda familiar en el derecho español, *op. cit.*, 72; CÁRCABA FERNÁNDEZ, M. (1987). La protección de la vivienda y el mobiliario familiar en el artículo 1320 del Código Civil, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 582, septiembre-octubre, 1437; BELDA SÁENZ, M.<sup>a</sup> C., Notas para un estudio del artículo 1320 del Código Civil español, *Revista de Derecho Privado*, de abril de 1985, 337; TAMAYO CARMONA, J. A., Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición, *op. cit.*, 34. Siguiendo el criterio de la accesoriad, pero prescindiendo de la posibilidad de delimitar ambos espacios como funcionalmente independientes, ALEJÁNDREZ PEÑA, P. (2010). Comentario al artículo 1320 del Código Civil. En: A. Domínguez Luelmo (dir.), *Comentarios al Código Civil*, Valladolid: Lex Nova, 1453.

Por su parte, para CUENA CASAS, M. (2011). El régimen jurídico de la vivienda familiar. En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*, vol. III, Navarra: Aranzadi, 285, el criterio de la accesoriad es subsidiario del de segregación; y en el medida en que esta sea posible, deberá llevarse a cabo, disociándose el espacio dedicado a la vivienda del de la actividad profesional. La clave reside en determinar si tales dependencias pueden ser objeto de uso independiente.

<sup>16</sup> ELORRIAGA DE BONIS, F. (1995). Régimen jurídico de la vivienda familia, *op. cit.*, 208-209, HERRERO GARCÍA, M.<sup>a</sup> J. (1991). Comentario al artículo 1320 del Código Civil, *op. cit.*, 589; LACRUZ BERDEJO, J.L., *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil*, T. IV Familia,

4.<sup>a</sup> edición revisada y puesta al día por J. Rams Albesa, Madrid. Dykinson, p. 129, quien precisa que desde luego el local exclusivamente temporal no es vivienda; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2011). La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales, *op. cit.*, 204, para quien queda excluido el local exclusivamente profesional, pero no aquel que es a la vez vivienda habitual de la familia. Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 2.<sup>a</sup>, 8 de julio de 1999 (AC 1999, 1782) atribuye el uso de la vivienda al esposo por ser su lugar de trabajo en ausencia de hijos y considerarle el interés más necesitado de protección.

<sup>17</sup> ALBALADEJO GARCÍA, M. (2007). *Curso de Derecho Civil*, IV Derecho de Familia, undécima edición, Madrid: Edisofer, 149.

<sup>18</sup> ELORRIAGA DE BONIS, F. (1995). Régimen jurídico de la vivienda familiar, *op. cit.*, 216-217; TAMAYO CARMONA, J. A. (2003). Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición, *op. cit.*, 32; ERDOZÁIN LÓPEZ, J.C. (1997). La disposición de derechos sobre la vivienda habitual según la reciente jurisprudencia, *Aranzadi Civil*, 81.

<sup>19</sup> ELORRIAGA DE BONIS, F. (1995). Régimen jurídico de la vivienda familiar, *op. cit.*, 213; HERRERO GARCÍA, M.<sup>a</sup> J. (1991). Comentario al artículo 1320 del Código Civil, *op. cit.*, 588; CÁRCABA FERNÁNDEZ, M. (1987). La protección de la vivienda y el mobiliario familiar en el artículo 1320 del Código Civil, *op. cit.*, 1436; ÁLVAREZ OLALLA, M.<sup>a</sup> del P. (1996). *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes*, Pamplona: Aranzadi, 423; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2011). La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales, *op. cit.*, 204.

<sup>20</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L., et al. (2010). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 128 precisa que, por familia ha de entenderse aquí, incluso el matrimonio sin hijos. No, en cambio, el viudo con hijos.

<sup>21</sup> *Vid.*, ELORRIAGA DE BONIS, F. (1995). *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, *op. cit.*, 45 y 226; CUENA CASAS, M. (2011). El régimen jurídico de la vivienda familiar, *op. cit.*, 291; ERDOZÁIN LÓPEZ, J.C., La disposición de derechos sobre la vivienda habitual según la reciente jurisprudencia, *op. cit.*, 81; por su parte, CÁRCABA FERNÁNDEZ, M. (1987). La protección de la vivienda y el mobiliario familiar en el artículo 1320 del Código Civil, *op. cit.*, 1439-1440 *nota* 20 «considera conveniente otorgar protección semejante a la del artículo 1320 del Código Civil a las uniones de hecho estables, pero desde luego considera fuera de dudas que deberá hacerse a través de preceptos específicos reguladores de las mismas, sin que quepa la aplicación análoga de una norma matrimonial». Asimismo, *vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de abril de 1997 (RJ 1997, 2731); de 12 de septiembre de 2005 (RJ 2005, 7148) (Pleno); de 27 de marzo de 2008 (RJ 2008, 4062); de 30 de octubre de 2008 (RJ 2009, 404); y, de 6 de octubre de 2011 (RJ 2011, 6708) en la que se niega que la unión de hecho sea semejante a la matrimonial, y que por ello le sean aplicable por analogía los artículos 96 y siguientes del Código Civil para el caso de ruptura de pareja. Niega, en particular que, el artículo 96 resulte aplicable como pretensión del ex miembro de la pareja no titular del inmueble para permanecer en él tras la crisis de la convivencia, entendiendo que la permanencia en aquel inmueble debe considerarse en precario, y por tanto, desahuciable.

<sup>22</sup> CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (2012). Atribución de la vivienda familiar en las parejas de hecho tras su ruptura: ¿Siempre en precario? ¿Siempre sin aplicar el artículo 96 del Código Civil? Comentario a la Sentencia del TS de 6 de octubre de 2011, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 28, enero-junio, 607; y, *vid.*, asimismo, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 9020); de 1 de abril de 2011 (RJ 2011, 3139); de 31 de mayo de 2012 (LA LEY 72585/2012); y, de 16 de enero de 2015 (RJ 2015, 355); la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.<sup>a</sup>, 8 de noviembre de 2006 (RJ 2007, 1666); el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.<sup>a</sup>, de 1 de marzo de 1999 (AC 1999, 4354); y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Álava, sección 1.<sup>a</sup>, de 8 de marzo de 2001 (AC 2001, 785); y, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.<sup>a</sup>, 3 de mayo de 2016 (JUR 2016, 105791).

<sup>23</sup> *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.<sup>a</sup>, de 12 de septiembre de 2005 (*RJ* 2005, 7148); y, de 30 de octubre de 2008 (*RJ* 2009, 404).

Por su parte, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de julio de 2001 (*RJ* 2001, 4993); y, de 16 de julio de 2002 (*RJ* 2002, 6246) aplican también por *analogía legis* el artículo 97 del Código Civil sobre pensión compensatoria.

<sup>24</sup> *Vid.*, las Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de marzo de 2001 (*RJ* 2001, 4770); de 12 de septiembre de 2005 (*RJ* 2005, 7148); de 8 de mayo de 2008 (*RJ* 2008, 3345); y, de 30 de octubre de 2008 (*RJ* 2009, 404). Asimismo, *vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 19.<sup>a</sup>, de 24 de abril de 1998 (*AC* 1998, 5078).

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1998 (*RJ* 1998, 1272) descarta el recurso a la *analogía legis* del artículo 96 del Código Civil para un caso de ruptura de parejas de hecho sin hijos comunes. Si bien, señala que, hay una laguna legal que colmar; y, en lugar de a la analogía, recurre al sistema de fuentes, en concreto a la función integradora de los principios generales del derecho para así atribuir el uso de la vivienda con fundamento en el principio de protección del conviviente injustamente perjudicado por la situación de hecho.

<sup>25</sup> *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 18 de octubre de 1994 (*RJ* 1994, 7722).

<sup>26</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.<sup>a</sup>, 16 de noviembre de 2007 (*JUR* 2008, 56585).

<sup>27</sup> *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia de 25 de enero de 1994 (*AC* 1994, 156) concede el uso del trastero al marido porque tiene en él ubicado su taller de carpintería; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.<sup>a</sup>, 31 de julio de 1998 (*AC* 1998, 6186) inclusión de uso de garaje anexo a la vivienda; de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 17 de enero de 2005 (*JUR* 2005, 64353), atribuye el uso de la vivienda a la esposa y el garaje al marido; de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.<sup>a</sup> 25 de noviembre de 2010 (*JUR* 2011, 271732) atribución del uso y disfrute de plaza de aparcamiento y trastero a la exesposa; de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.<sup>a</sup>, 4 de mayo de 2011 (*JUR* 2011, 214755) inclusión en el uso del garaje y trastero; y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, 9 de diciembre de 2015 (*JUR* 2016, 20572) atribución del uso de la segunda plaza de garaje.

<sup>28</sup> *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 31 de mayo de 2012 (*RJ* 2012, 6550); y, de 3 de marzo de 2016 (*RJ* 2016, 758); y, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.<sup>a</sup>, 8 de abril de 2016 (*JUR* 2016, 265969).

<sup>29</sup> *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de marzo de 2013 (*RJ* 2013, 2174) máxime cuando la vivienda pertenece a un tercero y pueden ser desalojados en cualquier momento mediante el ejercicio de una acción de desahucio por precario; lo que lleva al tribunal a asignar otras vivienda para salvaguardar el interés superior del menor; y, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.<sup>a</sup>, 26 de octubre de 2004 (*JUR* 2005, 74448).

<sup>30</sup> *Vid.*, artículo 233.20.6 del Código Civil catalán; y, artículo 12.6 de la Ley 7/2015, de 30 de junio de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores del País Vasco.

En esta línea favorable a la posible ponderación de otras residencias de los cónyuges, VERDERA IZQUIERDO, B. (2017). La atribución del uso de otras residencias distintas de la familiar. Las segundas residencias, *Revista de Derecho de Familia*, número 74, enero-marzo, 83-84.

<sup>31</sup> *Vid.*, el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero señala al respecto que todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernen, tanto en el ámbito público como en el privado; y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 4.<sup>a</sup>, de 20 de enero de 1998 (*AC* 1998, 3185); y, de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.<sup>a</sup>, de 8 de febrero de 2002 (*LA LEY* 2002, 31329).

<sup>32</sup> *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1.<sup>a</sup>, de lo Civil, de 29 de abril de 1994 (*LA LEY* 1994, 13928); de 1 de abril de 2011 (*LA LEY* 2011, 14453) que, aplica análogicamente el artículo 96.1 del Código Civil al supuesto de unión no matrimonial, pues,

considera que la protección del interés del menor es la misma con independencia de que sus padres estén o no casados; de 21 de junio de 2011 (LA LEY 2011, 90854); de 26 de abril de 2012 (LA LEY 2012, 56726); de 30 de mayo de 2012 (LA LEY 2012, 69264) donde se precisa que, el interés de los hijos incapacitados deben ser equiparados a los menores, porque su interés resulta más necesitado de protección por lo que están incluidos en el artículo 96.1 del Código Civil; de 17 de octubre de 2013 (LA LEY 2013, 156714); de 17 de febrero de 2014 (LA LEY 2014, 10444); de 3 de abril de 2014 (LA LEY 2014, 40090); de 16 de junio de 2014 (LA LEY 2014, 68745); y, de 5 de diciembre de 2016 (RJ 2016, 5967) la vivienda familiar ha de adscribirse a los menores y con ellos al progenitor que ostenta la custodia; y, las Sentencias de la Audiencia Provincial Las Palmas, de 13 de marzo de 1995 (AC 1995, 758); de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 10 de diciembre de 1997 (AC 1997, 2439); de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 4.<sup>a</sup>, de 27 de febrero de 1998 (AC 1998, 326); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.<sup>a</sup>, de 29 de junio de 1998 (JUR 1998, 89243); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 7.<sup>a</sup>, de 23 de julio de 1999 (LA LEY 115070/1999); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, de 15 de junio de 2006 (JUR 2007, 10406); de la Audiencia Provincial de Lugo, secc. 1.<sup>a</sup>, de 18 enero 2007 (LA LEY 2007, 27477); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.<sup>a</sup>, de 5 de noviembre de 2008 (LA LEY 2008 279953); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.<sup>a</sup>, de 18 de febrero de 2010 (LA LEY 2010, 38828); de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.<sup>a</sup>, de 20 de mayo de 2011 (LA LEY 2011, 125895); de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 2.<sup>a</sup>, de 2 de marzo de 2012 (LA LEY 2012, 224628); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.<sup>a</sup>, de 19 de julio de 2012 (LA LEY 2012, 120942); de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2.<sup>a</sup>, de 13 de noviembre de 2012 (LA LEY 2012, 224164); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.<sup>a</sup>, de 12 de diciembre de 2013 (LA LEY 2013, 214050); y, de la Audiencia Provincial A Coruña, secc. 3.<sup>a</sup>, de 23 de julio de 2014 (LA LEY 2014, 104742).

<sup>33</sup> *Vid.*, la Resolución de la DGRN de 10 de octubre de 2008 (RJ 2009, 634).

<sup>34</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, M.<sup>a</sup> T. (2005). *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales* (arts. 96.1, 2 y 3 del Código Civil), Navarra: Thomson Civitas, 143-146. Por su parte, entiende PEÑA BERNALDO DE QUIROS, M. (1989). *Derecho de Familia*, Madrid: Sección de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 518 que, la finalidad tutiva de la patria potestad implica el deber de velar, en el sentido de que «el padre tiene que, prever y proveer» con especial cuidado de todo lo concerniente a «la persona y los intereses más personalísimos del hijo» y a su «vida social».

De todas formas, como precisa la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.<sup>a</sup>, de 3 de diciembre de 2008 (RJ 2009, 524) la división de la cosa común no impide la venta en pública subasta de la vivienda con subsistencia del derecho de uso constituido, en tanto este no se extinga por voluntad de aquellos o decisión del órgano que lo acordó. En el mismo sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca, secc. 1.<sup>a</sup>, de 30 de junio de 2014 (JUR 2014, 295394).

<sup>35</sup> *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 5 de noviembre de 2012 (LA LEY 2012, 162416).

<sup>36</sup> *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 29 de marzo de 2011 (LA LEY 2011, 9107); y de 5 de noviembre de 2012 (LA LEY 2012, 162426).

<sup>37</sup> RJ 2011, 3590.

<sup>38</sup> LA LEY 2014, 68745. Asimismo, señala que «el interés que se protege no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja. Una interpretación correctora de esta norma implicaría la vulneración de estos derechos, que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (art. 14 y 39 de la Constitución Española) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de Protección del Menor, habiendo señalado esta Sala como doctrina jurisprudencial la siguiente «la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor que, no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el artículo 96 del Código Civil». En esta línea, las Sentencias de este mismo Tribunal, de 9 de mayo de 2007 (RJ 2007, 3561); de 3 de diciembre de 2008 (RJ 2009, 524) donde se mantiene el uso de la vivienda, a pesar de la división y se impone incluso a terceros adjudicatarios; de 14 de abril de y 21 de junio de 2011 (LA LEY 2011, 14453; RJ

2011, 3590); LA LEY 2011, 90854); de 30 de septiembre de 2011 (LA LEY 2011, 186204); de 26 de abril de 2012 (LA LEY 2012, 56726); de 21 de mayo de 2012 (LA LEY 2012, 58422); de 13 de julio de 2012 (LA LEY 2012, 134899); de 17 de octubre de 2013 (LA LEY 2013, 156714); de 3 de abril de 2014 (LA LEY 2014, 40090); de 29 de mayo de 2014 (LA LEY 2014, 95232); de 2 de junio de 2014 (LA LEY 2014, 64164); de 16 de junio de 2014 (RJ 2014, 3073); de 28 de noviembre de 2014 (RJ 2014, 6048); de 5 de diciembre de 2016 (RJ 2016, 5967); y, de 22 de febrero de 2017 (RJ 2017, 1079); y, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.<sup>a</sup>, de 12 de noviembre de 2012 (LA LEY 2012, 224413); y, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.<sup>a</sup>, de 25 de julio de 2012 (JUR 2012, 357810).

Por otra parte, esta misma doctrina se aplica cuando se atribuye la vivienda en situaciones de convivencia prolongada de un hombre y mujer como pareja, *vid.*, el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.<sup>a</sup>, 13 de mayo de 2014 (JUR 2014, 151805); y, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 16 enero de 2015 (RJ 2015, 355).

<sup>39</sup> *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.<sup>a</sup>, de 10 de octubre de 2011 (LA LEY 2011, 194732); de 17 de junio de 2013 (LA LEY 2013, 87809) uso por el hijo y la esposa durante tres años; y, de 16 de septiembre de 2016 (RJ 2016, 4449) durante un año computable desde la fecha de la presente Sentencia; las Sentencias de la Audiencia Provincial Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, de 5 de julio de 2008, dos años desde que el hijo menor viva de forma independiente; de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.<sup>a</sup>, de 28 de junio de 2010 (LA LEY 2010, 223438) límite temporal máximo de cuatro años; y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, de 24 de mayo de 2011 (LA LEY 2011, 130663) a dos años.

<sup>40</sup> *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 12.<sup>a</sup>, de 29 de marzo de 2010 (AC 2010, 1211) cuando el hijo del matrimonio cumpla 25 años; y de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, de 8 de marzo de 2013 (JUR 2013, 159485) hasta que el hijo alcance los 21 años.

<sup>41</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2.<sup>a</sup>, de 18 de febrero de 2011 (LA LEY 2011, 55229).

<sup>42</sup> *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.<sup>a</sup>, de 19 de noviembre de 2013 (LA LEY 2013, 180585); y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 1.<sup>a</sup>, de 21 de mayo de 2007 (LA LEY 2007, 117631); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.<sup>a</sup>, de 10 de octubre de 2012 (LA LEY 2012, 175093); y, de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 1.<sup>a</sup>, de 22 de marzo de 2013 (LA LEY 2013, 52437).

<sup>43</sup> *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Segovia, secc. 1.<sup>a</sup>, de 20 de octubre de 2009 (JUR 2010, 28500); y, de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 7.<sup>a</sup>, de 15 de marzo de 2013 (LA LEY 2013, 42578).

<sup>44</sup> *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.<sup>a</sup>, de 19 de noviembre de 2013 (RJ 2013, 7447); y, de 18 de mayo de 2015 (RJ 2015, 1919).

<sup>45</sup> *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.<sup>a</sup>, de 17 de junio de 2013 (RJ 2013, 4375); de 16 enero 2015 (JUR 2015, 47658) que señala, al respecto, que «La finalidad de lo dispuesto en el artículo 96 del Código Civil es la de proteger el interés del menor asegurándose en todo caso el uso de una vivienda, que será la que fue vivienda. Pero ello no impide que caso de existir más viviendas en las que el interés del menor, quede igualmente protegido, no pueda atribuirse a dicho menor el uso de otra vivienda que no sea la que ha constituido el último domicilio familiar. Entendemos que, si el menor tiene suficientemente cubierta su necesidad de vivienda, no está justificado limitar las facultades de disposición del derecho de propiedad que ostente el recurrente sobre la vivienda que, actualmente ocupan el menor y su madre»; y, de 18 de mayo de 2015 (RJ 2015, 1919).

<sup>46</sup> PÉREZ MARTÍN, A.J. (2011). «La vivienda familiar», *Tratado de Derecho de Familia. Procedimiento Contencioso: separación, divorcio y nulidad. Uniones de hecho. Otros procedimientos contenciosos*, 2.<sup>a</sup> ed., Valladolid: Lex Nova, p. 524. *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.<sup>a</sup>, de 12 de febrero de 2002 (LA LEY 2002, 33343) teniendo en cuenta que la vivienda es privativa del esposo, y que la esposa posee otra vivienda, se atribuye el uso de la vivienda al padre y al hijo que convive con aquél; de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 2.<sup>a</sup>, de 25 de octubre de 2005 (LA LEY 2005, 208063); y, de la Audiencia

Provincial de Valencia, sección 10.<sup>a</sup>, de 14 de enero de 2010 (LA LEY 2010, 3028) la esposa se fue a vivir con su madre, con la que reside junto con sus hijos desde un principio, y con la que sigue viviendo, al tener cubiertas sus necesidades de vivienda, se estima aconsejable otorgarle al padre y al hijo con el que convive el uso de la vivienda familiar.

<sup>47</sup> RAMS ALBESA, J. (1987). *Uso, habitación y vivienda familiar*, Madrid: Tecnos, 115; CUENA CASAS, M. (2011). El régimen jurídico de la vivienda familiar, *op. cit.*, 386.

<sup>48</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.<sup>a</sup>, de 30 de septiembre de 2010 (LA LEY 2010, 277807).

<sup>49</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 2.<sup>a</sup>, de 21 de mayo de 2003 (LA LEY 2003, 91309).

<sup>50</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, M.<sup>a</sup> T. (2005). Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (arts. 96.1, 2 y 3 del Código Civil), *op. cit.*, 293.

<sup>51</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, M.<sup>a</sup> T. (2005). Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (arts. 96.1, 2 y 3 del Código Civil), *op. cit.*, 287; CUENA CASAS, M. (2011). El régimen jurídico de la vivienda familiar, *op. cit.*, p. 398. *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de octubre de 1994 (RJ 1994, 7722); y, de 14 de noviembre de 2012 (RJ 2012, 10432); el Auto del Tribunal Supremo, de 25 de febrero de 2015 (JUR 2015, 74784); las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de marzo de 2015 (RJ 2015, 1165); de 29 de mayo de 2015 (RJ 2015, 2273); de 23 de junio de 2015 (JUR 2015, 2546); y, de 1 de marzo de 2017 (RJ 2017, 608) por representar el interés más necesitado de protección y por ser el titular del contrato de alquiler de la vivienda de protección oficial y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 6.<sup>a</sup>, 25 de abril de 2013 (JUR 2013, 200427), y, de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.<sup>a</sup>, 15 de diciembre de 2015 (JUR 2016, 180782).

Por su parte, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, de 28 de noviembre de 2014 (JUR 2015, 19455) se procede a un atribución conjunta de la vivienda familiar mediante un uso alternativo por períodos sucesivos de un año en evitación de comportamientos obstrucccionistas a la liquidación, división o a la venta.

<sup>52</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 2.<sup>a</sup>, 8 de julio de 1999 (AC 1999, 1782) la vivienda familiar es el lugar de trabajo de la esposa.

<sup>53</sup> LUQUE JIMÉNEZ, M.<sup>a</sup> del C. (2012). *La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial*, Madrid: Colegio Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, pp. 87-93; MARTÍN MELÉNDEZ, M.<sup>a</sup> T. (2005). Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (arts. 96.1, 2 y 3 del Código Civil), *op. cit.*, 295-296; CUENA CASAS, M. (2011). El régimen jurídico de la vivienda familiar, *op. cit.*, 399-400; PÉREZ MARTÍN, A. J. (2011). La vivienda familiar, *op. cit.*, 535-536. *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4.<sup>a</sup>, de 4 de mayo de 2004 (JUR 2004, 294911); de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.<sup>a</sup>, de 11 de septiembre de 2013 (LA LEY 2013, 171870); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, de 15 de julio de 2014 (LA LEY 2014, 129334) se atribuye a la esposa durante dos años, si transcurridos los mismos no se ha procedido a la liquidación de la sociedad legal de gananciales, tal derecho de uso se declara con carácter alterno a favor de ambos cónyuges.

<sup>54</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, M.<sup>a</sup> T. (2005). Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (arts. 96.1, 2 y 3 del Código Civil), *op. cit.*, p. 288. Por otra parte, añade la autora, que «el hecho de que el titular sea mantenido en el uso de la vivienda, se desprende que tendrá cubiertas sus necesidades de alojamiento, lo que deberá influir, en su caso, en la determinación de la cuantía de la pensión de alimentos o pensión compensatoria que pueda estar obligada a pagarle el otro esposo» (p. 368).

<sup>55</sup> La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 13 de julio de 2012 (LA LEY 2012, 134899) señala que, la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio de interés del menor que, no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el artículo 96 del Código Civil.

<sup>56</sup> *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de febrero de 2017 (RJ 2017, 483); y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 4.<sup>a</sup>, de 31 enero 2014 (JUR 2014, 119200) atribución a los menores; de la Audiencia Provincial de

Zaragoza, secc. 2.<sup>a</sup>, de 8 de julio de 2014 (LA LEY 2014, 108568); alternancia de los padres cada quince días hasta que el hijo cumpla 18 años; de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1.<sup>a</sup>, de 30 de julio de 2014 (LA LEY 2014, 141867) los progenitores se alternan anualmente en el uso de la vivienda; de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 3.<sup>a</sup>, de 16 de septiembre de 2014 (*JUR* 2014, 276233) atribución del uso a la menor y desplazamiento de los padres, ocupándola durante el tiempo que les corresponda la guarda; de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 2.<sup>a</sup>, de 26 de septiembre de 2014 (*JUR* 2014, 298695) al hijo menor y ambos progenitores alternativamente en función de semanas y períodos vacacionales; y, de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 3.<sup>a</sup>, 15 de marzo de 2016 (*JUR* 2016, 248972).

<sup>57</sup> *Vid.*, el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de febrero de 2016 (*JUR* 2016, 42455) se adjudica a la esposa la vivienda familiar del esposo, hasta que la hija menor de edad alcance la mayoría de edad; las Sentencias de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 1.<sup>a</sup>, de 26 de febrero de 2014 con carácter temporal a la madre por ser el interés más necesario de protección; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, de 26 de marzo de 2014 (*JUR* 2014, 135522) atribución a la esposa hasta que finalice el sistema de guarda y custodia compartida que, se acuerde; y, de 27 de mayo de 2014 (*JUR* 2014, 178933); de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 4.<sup>a</sup>, de 10 de julio de 2014 (*JUR* 2015, 52617) atribución a la esposa; de la Audiencia Provincial de Álava, secc. 1.<sup>a</sup>, de 17 de junio de 2014 (*JUR* 2014, 246623) atribución al padre, vivienda privativa del mismo, y donde van los hijos todos los días a comer; y, de la Audiencia Provincial de Burgos, secc. 2.<sup>a</sup>, de 27 de octubre de 2014 (*JUR* 2015, 49497).

<sup>58</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, de 14 de julio de 2014 (*JUR* 2014, 234601) se atribuye a ambos durante el tiempo que tengan la guarda; y, de 23 de julio de 2014 (*JUR* 2014, 233941) uso alternativo por períodos temporales.

<sup>59</sup> LUQUE JIMÉNEZ, M.<sup>a</sup> del C. (2012). La atribución del uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial, *op. cit.*, 2012, p. 84; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T. (2009). «Problemas que genera la actual regulación de la guarda y custodia compartida en el proceso contencioso», *La Ley*, núm. 7105, año XXX, 2 de febrero, 7. *Vid.*, asimismo, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1.<sup>a</sup>, de lo Civil, de 3 de diciembre de 2013 (*RJ* 2013, 7834); de 22 de octubre de 2014 (LA LEY 2014, 145489); de 24 de octubre de 2014 (*RJ* 2014, 5180) impone una atribución temporal de dos años contados desde la Sentencia en cuanto se trata de una situación que la esposa ha consentido; de 6 de abril de 2016 (*RJ* 2016, 1321); de 27 de junio de 2016 (*RJ* 2016, 2876) mantenimiento de la esposa en la vivienda que, se mantendrá durante un año contado desde la Sentencia; de 21 de julio de 2016 (*RJ* 2016, 3445) se asigna la vivienda familiar, privativa del esposo, a la menor y su madre, durante el periodo de dos años computables desde la fecha de la presente Sentencia de casación. Con ello se armonizan dos intereses contrapuestos: el del titular de la vivienda que quedaría indefinidamente frustrado al no permitírsele dispone de ella, incluso en los períodos que el hijo permanece con él y el del hijo de comunicarse con su madre en otra vivienda; de 16 de septiembre de 2016 (*RJ* 2016, 4449); 23 enero 2017 (*RJ* 2017, 363) se determina que la madre podrá mantenerse en la vivienda que fue familiar durante tres años desde la fecha de la Sentencia, con el fin de facilitar a ella y la menor (interés más necesario de protección) la transición a una nueva residencia; y, 14 de marzo de 2017 (*RJ* 2017, 878); y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2.<sup>a</sup>, de 20 de febrero de 2012 (LA LEY 2012, 136661); y, de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1.<sup>a</sup>, 18 de julio de 2016 (*JUR* 2016, 221681).

<sup>60</sup> *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.<sup>a</sup>, de 22 de octubre de 2014 (LA LEY 2014, 145489) adoptándose el sistema de custodia compartida, el hijo queda en compañía de ambos cónyuges, no constando que la madre precise de una protección especial. La vivienda familiar queda sin adscripción expresa dado que ambos padres tienen la custodia y no consta que la madre necesite una especial protección, así que quedaría sometido el inmueble al correspondiente proceso de liquidación en su caso, por lo que la Sala fija un plazo prudencial a la demandada para desalojarlo en seis meses; y, de 17 de febrero de 2017 (*RJ* 2017, 483) constando que la vivienda familiar fue entregada al banco en dación en pago, el cual facilitó al padre su permanencia como vivienda social,

no procede a entrar en la cuestión relativa a la vivienda que fue familiar dado que ya no pertenece a la sociedad de gananciales, debiendo resolverse en ejecución de Sentencias las incidencias que procedan.

<sup>61</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.<sup>a</sup>, 10 de junio de 2013 (*JUR* 2013, 317947) a la esposa.

<sup>62</sup> Así los artículos 230-20.4, 233-20.2 y 233-20.3 a) del Código Civil catalán; el artículo 81.1 del CDFa; y, el artículo 9 de la Ley 7/2015 del País Vasco.

<sup>63</sup> *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de julio de 2010 (*RJ* 2010, 6031); y, de 24 de marzo de 2011 (*RJ* 2011, 3007).

<sup>64</sup> *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 2.<sup>a</sup>, 19 de diciembre de 2000 (*AC* 2001, 6); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 13.<sup>a</sup>, 18 de febrero de 2002 (*JUR* 2002, 115579).

<sup>65</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial A Coruña, secc. 4.<sup>a</sup>, 21 de octubre de 2005 (*JUR* 2005, 252353).

<sup>66</sup> *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 29 de octubre de 2008 (*RJ* 2008, 6923); y, de 28 de abril de 2016 (*RJ* 2016, 2216), y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 9.<sup>a</sup>, 18 de septiembre de 2012 (*JUR* 2012, 368684).

<sup>67</sup> *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de enero de 2010 (*RJ* 2010, 1274); y, de 11 de noviembre de 2010 (*RJ* 2010, 8048).

<sup>68</sup> En este sentido, SÁINZ-DIEZ DE ULZURRUN, J. (2016). *Medidas definitivas de nulidad, separación y divorcio, Memento Práctico Francis Lefebvre, Familia 2016-2017*, Madrid, p. 604. Asimismo, *vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.<sup>a</sup>, 15 de febrero de 2000 (*AC* 2002, 494) respecto vivienda militar.

<sup>69</sup> *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de abril de 2012 (*RJ* 2012, 5235); de 9 de diciembre de 2014 (*RJ* 2015, 5575), y, de 27 de octubre de 2015 (*RJ* 2015, 4787); y, Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 5.<sup>a</sup>, 3 de octubre de 2005 (*JUR* 2005, 262253). No procede cuando la división no reúna las características de habitabilidad, *vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, secc. 1.<sup>a</sup>, de 7 de noviembre de 2002 (*JUR* 2002, 42422).

<sup>70</sup> *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.<sup>a</sup>, 20 de octubre de 2005 (*JUR* 2005, 251964); y, de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 4 de marzo de 2008.

<sup>71</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 4.<sup>a</sup>, de 16 enero 2003 (*JUR* 2003, 139372).

<sup>72</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.<sup>a</sup>, de 26 de septiembre de 2011 (*JUR* 2011, 349173).

<sup>73</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.<sup>a</sup>, 16 de junio de 2016 (*JUR* 2016, 223804) durante seis meses cada uno.

<sup>74</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.<sup>a</sup>, 21 de noviembre de 2002 (*JUR* 2003, 53628).

<sup>75</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.<sup>a</sup>, de 10 de septiembre de 2007 (*JUR* 2008, 51364).

<sup>76</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.<sup>a</sup> (1991). Comentario al artículo 400 del Código Civil, *Comentarios del Código Civil*, dirigidos por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Rodrigo Bercovitz, Luis Díez-Picazo Ponce de León, y Pablo Salvador Coderch, *T. I*, Madrid: Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Ministerio de Justicia, 1103.

<sup>77</sup> La Resolución de la DGRN de 1 de febrero de 2017 (*BOE*, núm. 45, 22 de febrero de 2017, pp. 12442-12447) dispone que, cuando la cuota tiene carácter ganancial ha de aplicarse el régimen de cogestión propio de los bienes gananciales. Esto significa que con arreglo a los artículos 1377 y 1378 del Código Civil para que pueda ser inscrito el decreto de adjudicación derivado de la ejecución de una Sentencia dictada en un procedimiento de división de la comunidad será imprescindible que se dé alguna de las siguientes circunstancias: «1. Que la demanda por la que se ejercita la acción de división haya sido interpuesta por los dos cónyuges; 2. Que, habiendo sido presentada dicha demanda solo por uno de los esposos, el otro figure entre los demandados; o, 3. Que el cónyuge que no ha intervenido en el procedimiento preste su consentimiento en documento público al acto por el que se materialice la división de la cosa común».

<sup>78</sup> La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.<sup>a</sup>, de 28 de junio de 1999 (*RJ* 1999, 6133) señala que, los actos de división y adjudicación de la cosa común no son propiamente transmisiones patrimoniales, a efectos civiles o fiscales, sino una mera concreción o especificación de un derecho abstracto o preexistente.

<sup>79</sup> *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de diciembre de 1992 (*RJ* 1992, 10684); de 14 de julio de 1994 (*RJ* 1994, 6439); de 16 de diciembre de 1995 (*RJ* 1995, 9144); de 3 de mayo de 1999 (*RJ* 1999, 3428); de 26 de junio de 2007 (*RJ* 2007, 3448); de 3 de diciembre de 2008 (*RJ* 2009, 524); de 1 de abril de 2011 (LA LEY 14453/2011), y, 1 de abril de 2015 (*RJ* 2015, 4787); y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona de 12 de mayo de 1993 (AC 1993, 1181); de la Audiencia Provincial de Almería de 29 de junio de 1994 (AC 1994, 1090); de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 4.<sup>a</sup>, de 29 de abril de 1998 (AC 1998, 4472); de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 2.<sup>a</sup>, de 4 de febrero de 2000 (AC 2000, 163); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 14.<sup>a</sup>, de 10 de abril de 2000 (AC 2000, 1770); de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 5.<sup>a</sup>, de 8 de mayo de 2000 (AC 2000, 1164); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, de 13 de octubre de 2000 (*JUR* 2001, 89); de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 4.<sup>a</sup>, de 23 de septiembre de 2002 (AC 2003, 114); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 16.<sup>a</sup>, 21 de diciembre de 2006 (*JUR* 2007, 139318); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 14.<sup>a</sup>, 26 de marzo de 2012 (*JUR* 2012, 148901); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 13.<sup>a</sup>, 29 de enero de 2016 (*JUR* 2016, 52809); y, el Auto de la Audiencia Provincial de Guadalajara, secc. 1.<sup>a</sup>, 2 de febrero de 2011 (AC 2011, 819).

<sup>80</sup> *RJ* 2010, 2323.

<sup>81</sup> *RJ* 2010, 1274.

<sup>82</sup> *RJ* 2012, 3383.

<sup>83</sup> DÍAZ MARTÍNEZ, A. (1998). Las consecuencias de la adjudicación del uso de la vivienda familiar tras las rupturas matrimoniales: especial referencia a la liquidación de la sociedad de gananciales, *Actualidad Civil*, 384, señala que, salvo que existan pactos de indivisión entre los cónyuges titulares del inmueble habrá que estimar la acción de división, sin perjuicio de que subsista el derecho de uso; de tal manera que, los terceros adquirentes, independientemente de cómo califiquen la ocupación tienen que soportarlo, mientras se mantengan las circunstancias que lo originaron; en este sentido, RÓBLEDO VILLAR, A. (1995) «*La actio communi dividundo* ejercitada por el copropietario de una vivienda familiar que está privado de su uso por Sentencia matrimonial», *La Ley* 1995-4, 985.

<sup>84</sup> ELORRIAGA DE BONIS, F. (1995). Régimen jurídico de la vivienda familiar, *op. cit.*, 509; GARCÍA-MAURÍNO, S., y DEL CARPIO FIESTAS, V. (1994). «Atribución del uso de la vivienda familiar y «*actio communi dividundo*», *Actualidad Civil*, núm. 5, 31 de enero - 6 de febrero, 84; CUENA CASAS, M. (2011). El régimen jurídico de la vivienda familiar, *op. cit.*, 361.

<sup>85</sup> *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de abril de 2011 (*RJ* 2011, 3590); 13 de julio de 2012 (*RJ* 2012, 8358); 17 de octubre de 2013 (*RJ* 2013, 7255); 3 de abril de 2014 (*RJ* 2014, 1950); 29 de mayo de 2014 (*RJ* 2014, 3889); y, 2 de junio de 2014 (*RJ* 2014, 2842).

<sup>86</sup> *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 18 de mayo de 2015 (*RJ* 2015, 1919), y 22 de julio de 2015 (*RJ* 2015, 3952); y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Huesca, secc. 1.<sup>a</sup>, 10 de julio de 2014 (*JUR* 2014, 294955) hasta que cumpla 26 años; de la Audiencia Provincial de Ourense, secc. 1.<sup>a</sup>, 5 de abril de 2016 (*JUR* 2016, 89158) hasta la mayoría de edad de la menor; y, de la Audiencia Provincial Barcelona, secc. 12.<sup>a</sup>, 21 de julio de 2016 (*JUR* 2017, 731340) hasta la mayoría de edad de la hija.

<sup>87</sup> *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de enero y 14 de marzo de 2017 (*RJ* 2017, 363; *RJ* 2017, 878) en caso de paridad económica de los progenitores y no existiendo una residencia familiar sino dos, por lo que no se podrá hacer adscripción de la vivienda familiar indefinida a la menor y al padre o la madre que con él conviva, se aplica analógicamente el artículo 96.2 del Código Civil, y se opta por la temporalidad en el uso.

<sup>88</sup> Así en caso de ausencia de hijos, *vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 9 de septiembre de 2015 (*RJ* 2015, 4179) por un plazo de tres años; y, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.<sup>a</sup>, 16 de diciembre de

2010 (*RJ* 2011, 1318); y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, 1 de junio de 1999 (*AC* 1999, 1068) hasta que el menor de los hijos cumpla 25 años; de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 5.<sup>a</sup>, 19 de septiembre de 2001 (*AC* 2001, 1734) por diez años; de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 3.<sup>a</sup>, 29 de noviembre de 2005 (*JUR* 2006, 13094) por tres años; de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 4.<sup>a</sup>, 21 de abril de 2008 (*AC* 2008, 1393) por el plazo de dos años desde la presente resolución; de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 3.<sup>a</sup>, 12 de mayo de 2016 (*JUR* 2016, 249248) hasta la independencia de la hija menor o hasta que cumpla 25 años; y, de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.<sup>a</sup>, 13 de junio de 2016 (*JUR* 2016, 21934) durante cuatro años desde la Sentencia; en *supuesto de atribución a hijos mayores de edad*, *vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 19 de enero de 2017 (*RJ* 2017, 274) fijación de un límite de tres años y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Segovia, secc. 1.<sup>a</sup>, 20 de octubre de 2009 (*JUR* 2010, 76302) cinco años; de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 7.<sup>a</sup>, 15 de marzo de 2013 (*JUR* 2013, 168992) dos años; y, de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.<sup>a</sup>, 15 de enero de 2014 (*JUR* 2014, 46953) hasta la liquidación del régimen económico matrimonial; en *caso de custodia compartida*, *vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 27 de junio de 2016 (*RJ* 2016, 2876); 21 de julio de 2016 (*RJ* 2016, 3448) dos años computados desde la fecha de la presente Sentencia de casación; 16 de septiembre de 2016 (*RJ* 2016, 4449); 23 enero 2017 (*RJ* 2017, 363) limitación a tres años, pues, no cabe que el cotitular de la vivienda vea frustrado su derecho sobre la misma, si se supedita el uso de la vivienda a la independencia del hijo común; y, 14 de marzo de 2017 (*RJ* 2017, 878); y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2.<sup>a</sup>, 13 de septiembre de 2016 (*JUR* 2016, 262675) a la esposa por cinco años; y, de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1.<sup>a</sup>, 15 de noviembre de 2016 (*JUR* 2017, 21837) dos años; y, *mayores de edad discapacitados*, *vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de enero de 2017 (*RJ* 2017, 924) hijo mayor de edad discapacitado por periodo de tres años; y, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.<sup>a</sup>, 2 de noviembre de 2007 (*JUR* 2008, 102636) hijo autista durante el periodo de dos años.

<sup>89</sup> *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 3.<sup>a</sup>, 29 de junio de 2002 (*JUR* 2002, 203984); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.<sup>a</sup>, 30 de marzo de 2007 (*JUR* 2007, 313811).

<sup>90</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 4.<sup>a</sup>, 28 de septiembre de 2011.

<sup>91</sup> ROCA SASTRE, R. M.<sup>a</sup> (2008). *Derecho hipotecario*, T. IV, 1.<sup>º</sup>, 6.<sup>a</sup> ed., Barcelona: Bosch, p. 121. La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de julio de 1997 (*RJ* 1997, 5477) en su *Fundamento de Derecho Primero* define la hipoteca como «un derecho real de garantía que se constituye sobre un inmueble propiedad del hipotecante para asegurar el cumplimiento de una obligación». Asimismo, señala que «la hipoteca, pues, no es un contrato, sino un derecho real, pese al error del Código Civil de incluirla en su Libro IV, dedicado a las obligaciones y contratos. La hipoteca voluntaria, haciendo abstracción de las hipotecas legales, se constituye por negocio jurídico (art. 138 de la Ley Hipotecaria) que puede ser bilateral (contrato) o unilateral, prevista, esta última, que es el caso, del presente recurso de casación, en los artículos 141 de la Ley Hipotecaria y 237 del Reglamento Hipotecario: se constituye válidamente por la voluntad unilateral (negocio jurídico unilateral) del dueño de la finca hipotecada y para su eficacia como derecho real requiere la «*conditio iuris*» de la aceptación del acreedor en cuyo beneficio que, es la garantía de su derecho de crédito, se ha constituido; en cuya aceptación no ha establecido la ley plazo general alguno, sino que el dueño de la finca (sea el hipotecante o un tercero adquirente) puede dirigirle un requerimiento, tras el cual, si no se verifica y hace constar (por nota marginal) en el Registro de la Propiedad, la aceptación, en el plazo de dos meses, queda definitivamente ineficaz la hipoteca y puede cancelarse, a instancia del dueño de la finca».

<sup>92</sup> *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de junio de 1989 (*RJ* 1989, 4795); y, de la sección 1.<sup>a</sup>, de 2 de diciembre de 2009 (*RJ* 2010, 150). Asimismo, las Resoluciones de la DGRN de 22 de junio de 1995 (*RJ* 1995, 5329); de 6 de junio de 1998 (*RJ* 1998, 5226); y, de 5 de noviembre de 1999 (*RJ* 1999, 7780); y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 3.<sup>a</sup>, de 28 enero 2000 (*AC* 2000, 46); y, de

la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 4.<sup>a</sup>, de 25 de marzo de 2003 (*JUR* 2003, 199856).

<sup>93</sup> *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de octubre de 1995 (*RJ* 1995, 7022); de 28 de noviembre de 1997 (*RJ* 1997, 8430), y, asimismo, las Resoluciones de la DGRN de 24 de julio de 1998 (*RJ* 1998, 5979); y, de 27 de julio de 1999 (*RJ* 1999, 6083).

<sup>94</sup> *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de abril de 1996 (*RJ* 1996, 2881); de la sección 1.<sup>a</sup>, de 17 de noviembre de 2006 (*RJ* 2006, 8083); y, de la sección 1.<sup>a</sup>, de 6 de julio de 2009 (*RJ* 2009, 4453) que, añade como requisito de la hipoteca, la propiedad del hipotecante sobre el bien hipotecado. Asimismo, *vid.*, las Resoluciones de la DGRN de 28 de julio de 1998 (*RJ* 1998, 5984); de 28 de abril de 1999 (*RJ* 1999, 2223) que, impone la determinación de la obligación garantizada; y, de 14 de septiembre de 2002 (*RJ* 2002, 10031); y, el Auto de la Audiencia Provincial de Navarra de 31 de julio de 1993 (*AC* 1003, 1394)

<sup>95</sup> *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 7 de julio de 2016 (*RJ* 2016, 3722) señala que, son plenamente equiparables las amortizaciones de la hipoteca solicitada para el pago del precio y los pagos de una compraventa a plazos.

<sup>96</sup> FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSSORIO, M.<sup>a</sup> del C. (2011). Pago de las cuotas del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar: su consideración o no como carga del matrimonio. Comentario a la STS de 28 de marzo de 2011 (*RJ* 2011, 939), *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial* número 27, 317; PÉREZ MARTÍN A. J. (2009). Pactos prematrimoniales. Capitulaciones matrimoniales. Convenio regulador. Procedimiento consensual, *Tratado de Derecho de Familia, T. II*, Valladolid: Lex Nova, 233. Asimismo, en esta línea, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias de 10 de julio de 1995 (*AC* 1995, 1488); de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 1.<sup>a</sup>, de 5 de febrero de 2003 (*JUR* 2003, 84423); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, de 21 de febrero de 2005 (*JUR* 2005, 84947); de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2.<sup>a</sup>, de 10 de mayo de 2006 (*JUR* 2006, 260633); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.<sup>a</sup>, de 22 de mayo de 2006 (*JUR* 2006, 280030); de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 2.<sup>a</sup>, de 16 de abril de 2007 (*JUR* 2007, 262544); de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 2.<sup>a</sup>, de 19 de noviembre de 2007 (*JUR* 2008, 76371); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 12.<sup>a</sup>, de 17 de abril de 2008 (*JUR* 2008, 179146); y, de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.<sup>a</sup>, de 5 de febrero de 2009 (*JUR* 2008, 208317).

<sup>97</sup> RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M.<sup>a</sup> E. (2012). *Obligaciones de los cónyuges tras el divorcio y la separación: hipoteca sobre la vivienda familiar, pensión alimenticia y pensión compensatoria*, Madrid: Tecnos, 51 y 57; CASTILLA BAREA, M., y CABEZUELO ARENAS, A. L. (2011). Disposiciones comunes a la nulidad, separación y divorcio. En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas (dir.), *Tratado de Derecho de Familia, vol. II Las crisis matrimoniales*, Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, 473. Asimismo *vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de León, secc. 1.<sup>a</sup>, de 26 de mayo de 1999 (*AC* 1999, 4959); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, de 20 de septiembre de 1999 (*AC* 1999, 2060); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, de 30 de abril de 2003 (*JUR* 2003, 254341); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.<sup>a</sup>, de 16 de diciembre de 2003 (*JUR* 2004, 30138); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.<sup>a</sup>, de 17 de junio de 2004 (*JUR* 2005, 1988); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.<sup>a</sup>, de 1 de octubre de 2004 (*JUR* 2004, 304663); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.<sup>a</sup>, de 6 de julio de 2005 (*JUR* 2005, 202903); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, de 2 de mayo de 2006 (*JUR* 2006, 272284); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.<sup>a</sup>, de 20 de marzo de 2007 (*JUR* 2007, 120508); de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 5.<sup>a</sup>, de 13 de septiembre de 2007 (*JUR* 2008, 70376); de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 4.<sup>a</sup>, de 17 de julio de 2008 (*JUR* 2008, 271933); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4.<sup>a</sup>, de 15 de enero de 2010 (*JUR* 2010, 149768); de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.<sup>a</sup>, de 23 de febrero de 2010 (*JUR* 2010, 185041); de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 3.<sup>a</sup>, de 25 de febrero de 2011 (*JUR* 2011, 157440); y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.<sup>a</sup>, de 11 de julio de 2012 (*JUR* 2012, 353825).

<sup>98</sup> *RJ* 2011, 939.

<sup>99</sup> LA LEY 2008, 169518.

<sup>100</sup> *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de noviembre de 2012 (*RJ* 2013, 186); de 17 de febrero de 2014 (*RJ* 2014, 918); y, de 21 de septiembre de 2016 (*RJ* 2016, 4451). Asimismo, *vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 1.<sup>a</sup>, 29 de mayo de 2012 (*JUR* 2012, 243399); de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 2.<sup>a</sup>, 18 de junio de 2013 (*JUR* 2013, 353625); de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 4.<sup>a</sup>, 15 de mayo de 2014 (*JUR* 2014, 254368); de la Audiencia Provincial de Cáceres, secc. 1.<sup>a</sup>, 1 de julio de 2015 (*JUR* 2015, 161015); de la Audiencia Provincial de Huelva, secc. 2.<sup>a</sup>, 10 de febrero de 2016 (*JUR* 2016, 107363); y, de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 1.<sup>a</sup>, 8 de abril de 2016 (*JUR* 2016, 106853). En contra, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2.<sup>a</sup>, 28 de noviembre de 2013 (*JUR* 2014, 76710) la considera carga del matrimonio.

<sup>101</sup> LA LEY 2012, 185310 (Fundamento de Derecho Primero y Segundo); y, LA LEY 2012, 181080. (Fundamento de Derecho Tercero).

<sup>102</sup> *RJ* 2016, 3214.

<sup>103</sup> Igualmente, el Auto de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 4.<sup>a</sup>, de 24 de abril de 1997 (AC 1997, 968) las cuotas de la comunidad están comprendidas en la contribución a las cargas del matrimonio, constituyen un gasto ordinario necesario para el sostenimiento de la familia y no requieren tratamiento separado.

<sup>104</sup> *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.<sup>a</sup>, 27 de septiembre de 2012 (*RJ* 2012, 11149); y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.<sup>a</sup>, de 31 de julio de 1998 (AC 1998, 6186); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, de 2 de mayo de 2000 (*JUR* 2000, 209857); de la Audiencia Provincial de Segovia, secc. 1.<sup>a</sup>, de 30 de junio de 2004 (*JUR* 2004, 197286), la asunción conjunta y por mitad entre ambos obligados no puede modificarse en la ejecución del título judicial; y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, de 27 de abril de 2006 (*JUR* 2006, 272473). Asimismo, el Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1.<sup>a</sup>, 25 de junio de 2015 (*JUR* 2015, 234521).

<sup>105</sup> RUBIO GIMENO, G. (2012). Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2011, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, número 88, enero-abril, 368. *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.<sup>a</sup>, de 8 de febrero de 1999 (AC 1999, 2852); de la misma Audiencia y sección, 8 de febrero de 1999 (AC 1999, 2852) inexistencia de novación subjetiva al faltar la aceptación del prestamista; de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.<sup>a</sup>, de 16 de abril de 2007 (*JUR* 2007, 313697) se da por válido el convenio *inter partes* por el que se acuerda que el crédito hipotecario sobre la vivienda ganancial sea abonado exclusivamente por la esposa; de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 3.<sup>a</sup>, de 19 de noviembre de 2007 (*JUR* 2008, 65871); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, 5 de abril de 2016 (*JUR* 2016, 115750) deuda solidaria pero se conviene el pago en exclusiva de la esposa; y, se establece que al tiempo de la liquidación se realizarán las oportunas compensaciones.

<sup>106</sup> *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 21 de julio de 2016 (*RJ* 2016, 3214); y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, 1 de febrero de 2001 (*JUR* 2001, 133645); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, 8 de noviembre de 2002 (*JUR* 2003, 30740); de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2.<sup>a</sup>, 28 de noviembre de 2013 (*JUR* 2014, 76710); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.<sup>a</sup>, 10 de abril de 2014 (*JUR* 2014, 135948); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, 5 de abril de 2016 (*JUR* 2016, 115750).

<sup>107</sup> *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.<sup>a</sup>, de 8 de febrero de 2012 (LA LEY 54195/2012) señala que, aunque la pensión compensatoria y los alimentos legales entre cónyuges tienen finalidad y características distintas, lo que da soporte a su compatibilidad.

<sup>108</sup> *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 6 de marzo de 2015 (*RJ* 2015, 1104).

<sup>109</sup> *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, 20 de mayo de 2002 (AC 2002, 1408); de la Audiencia Provincial de Cáceres, secc. 1.<sup>a</sup>, 11 de junio de 2002 (*JUR* 2002, 224639) incluye también por mitad el salario de la empleada del hogar; de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.<sup>a</sup>, 7 de junio de 2011 (*JUR* 2011, 340141); y, de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 1.<sup>a</sup>, de 16 de abril de 2012.

<sup>110</sup> *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 2.<sup>a</sup>, 25 de mayo de 1999 (*AC* 1999, 1211); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.<sup>a</sup>, de 11 de septiembre de 2007 (*JUR* 2008, 60766); de la Audiencia Provincial A Coruña, secc. 5.<sup>a</sup>, 31 de octubre de 2012 (*AC* 2013, 383); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, 19 de enero de 2016 (*JUR* 2016, 47719); y, el Auto de la Audiencia Provincial de Álava, secc. 2.<sup>a</sup>, 27 de julio de 2004 (*JUR* 2004, 293397).

<sup>111</sup> *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de mayo de 2005; y, de 20 de junio de 2006.

<sup>112</sup> *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de marzo de 2011 (*RJ* 2011, 939).

<sup>113</sup> *Vid.*, el Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 4.<sup>a</sup>, 20 de julio de 2001 (*JUR* 2001, 239015); y, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 17.<sup>a</sup>, 17 de mayo de 2004 (*AC* 2004, 1514) IBI y la Comunidad de Propietarios corresponde al titular.

<sup>114</sup> *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.<sup>a</sup>, 8 de abril de 2015 (*JUR* 2015, 156092); y, de 29 de enero de 2016 (*JUR* 2016, 46696) que establece al respecto que, los gastos correspondientes al IBI, seguros de la vivienda familiar, tributos y tasas de devengo anual y gastos de mantenimiento de la vivienda corresponde al cónyuge al que se ha otorgado el uso de la vivienda.

<sup>115</sup> *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, 1 de diciembre de 2003 (*JUR* 2004, 28923); de la misma Audiencia Provincial y sección, de 23 de febrero de 2005 (*JUR* 2005, 117992); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, 6 de marzo de 2015 (*JUR* 2015, 101741) IBI y derramas de la Comunidad de Propietarios se sufragan por mitad; de la misma Audiencia Provincial y sección, 19 enero 2016 (*JUR* 2016, 47719); y, de la Audiencia Provincial de Salamanca, secc. 1.<sup>a</sup>, 18 de julio de 2016 (*JUR* 2016, 210373) IBI contribución de ambos propietarios por mitad; y el Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 4.<sup>a</sup>, 20 de julio de 2001 (*JUR* 2001, 261996) en cuanto copropietario de la vivienda deben abonar ambos por mitad el IBI.

<sup>116</sup> *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.<sup>a</sup>, 14 de mayo de 1998 (*AC* 1998, 4841); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, 6 de noviembre de 2007 (*JUR* 2008, 40309) los gastos que sean inherentes a la utilización de la vivienda tales como servicios de luz, agua, calefacción, gas, teléfono e inclusive las cuotas ordinarias de la comunidad serán sufragados por quien ostente el derecho de utilización de la misma; y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 8.<sup>a</sup>, 23 de mayo de 2011 (*JUR* 2011, 238208).

<sup>117</sup> COSTAS RODAL L. (2009). Comentario al artículo 1320 del Código Civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, Navarra: Aranzadi-Thomson Reuters, 1566; DE LOS MOZOS J.L. (1982). Comentario al artículo 1320 del Código Civil. En: M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XVIII, vol. 1.<sup>o</sup>, Madrid: Edersa, 128, precisa que, es directamente imperativa, es decir, no actúa a través de otras normas, convencionales o legales, impuestas por «el régimen secundario», o a través de la delimitación de la libertad de pacto para establecer el propio régimen matrimonial; QUILEZ ESTREMERAS, M. (1982). La libertad capitular y los artículos 1328, 1320 u otros del Código Civil, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LVIII, marzo-abril, núm. 549, 424; MUÑOZ DE DIOS, M. (1987). «La vivienda familiar y el mobiliario en el artículo 1320 del Código Civil», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. XXVII, 240, quien entiende que se trata de una norma irrenunciable: «1.<sup>o</sup>. Porque se trata de una materia de orden público, que como tal está sustraída a la autonomía de la voluntad de las partes. 2.<sup>o</sup>. Porque dicha renuncia estaría incursa en las limitaciones del artículo 6, apartado 2.<sup>o</sup>, ya que podría perjudicar los derechos de terceros». *Vid.*, asimismo, la Resolución de la DGRN de 11 de septiembre de 2003 (*RJ* 2003, 6274), el Registrador inscribe el uso de la vivienda, y deniega la inscripción de las cláusulas transcritas referente a la misma vivienda por los siguientes defectos: «1.<sup>o</sup>. La renuncia previa a la facultad que concede al cónyuge no titular el artículo 1320 del Código Civil parece contraria al artículo 6.2 del mismo Código; 2.<sup>o</sup>. Los pactos sobre indisponibilidad o disponibilidad de la finca que constituye la vivienda familiar, son de carácter personas y por tanto no inscribibles».

<sup>118</sup> DE LA CAMARA ÁLVAREZ, M. (1969). Reflexiones en torno a la capacidad de la mujer casada, *Estudios de Derecho Civil en honor del profesor José María Castán Tobeñas*, T. VI,

Pamplona, 128-129, en términos generales «no todas las normas imperativas o prohibitivas contenidas en un Ordenamiento Jurídico determinado, son normas de orden público». Por su parte, GARCÍA CANTERO, G. (1982). Notas el régimen matrimonial primario, *Documentación Jurídica*, vol. I, 301 afirma que «a primera vista, la noción de régimen matrimonial primario se presenta con gran sencillez, pues se predica de aquellas disposiciones legales aplicables a todo régimen matrimonial, de origen convencional o legal, por constituir normas imperativas relacionadas con el orden público en materia económico matrimonial inderogables, por tanto por acuerdo entre particulares».

<sup>119</sup> SERRANO ALONSO, E. (1986). La vivienda familiar en la liquidación del régimen económico del matrimonio y en el derecho sucesorio, *El hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterio judiciales* Pamplona: Universidad de Navarra, 91; LACRUZ BERDEJO, J.L., et al., (2010). Elementos de Derecho Civil, *op. cit.*, 129; COSTAS RODAL, L., Comentario al artículo 1320 del Código Civil, *op. cit.*, p. 1567. No obstante, para HERRERO GARCÍA, M.ª J. (1991). Comentario al artículo 1320 del Código Civil, *op. cit.*, 588 «esta precisión —si no inútil— no parece esencial, toda vez que la titularidad modalizará el tipo de consentimiento exigido en la norma, pero no altera en absoluto la eficacia del principio contenido en el artículo 1320 para cuya aplicación el dato básico —y suficiente— es la afectación del inmueble, su destino a vivienda familiar, y, respecto a los muebles su carácter de uso ordinario».

<sup>120</sup> DE LOS MOZOS, J.L. (1992). Comentario al artículo 1320 del Código Civil, *op. cit.*, 129, matiza que, de lo que se trata no es de una limitación de la facultad de disponer sin más, sino únicamente en función de la conservación de la vivienda habitual. *Vid.*, asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de junio de 1993 (*RJ* 1993, 4466); y, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 15 de abril de 1992 (*AC* 1992, 526).

<sup>121</sup> CUENA CASAS, M. (2011). El régimen jurídico de la vivienda familiar, *op. cit.*, 296-297; DE LOS MOZOS, J. L. (1992). Comentario al artículo 1320 del Código Civil, *op. cit.*, 129; LACRUZ BERDEJO, J. L., et al. (2010). Elementos de Derecho Civil, *op. cit.*, 128 quien manifiesta que «se trata de salvar el alojamiento del matrimonio y los muebles que lo guarnecen de la arbitrariedad o mala voluntad del cónyuge que puede disponer de ellos».

La Resolución de la DGRN de 27 de junio de 1994 (*RJ* 1994, 4921) establece que «la finalidad que persigue el artículo 1320 del Código Civil no es otra que la de evitar que por un acto dispositivo realizado por un cónyuge sin consentimiento del otro o sin la autorización judicial supletoria tenga el no disponente o los componentes de la familia que abandonar la vivienda para cuya ocupación existía título jurídico suficiente»; y la Resolución de la DGRN de 6 de marzo de 2004 (*JUR* 2004, 158887) señala que, se trata de salvar el alojamiento del matrimonio y los muebles que lo guarnecen de la arbitrariedad o mala voluntad del cónyuge que puede disponer de ellos.

Asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.ª, de 8 de mayo de 2003 (*JUR* 2003, 166974) lo que se trata de proteger es el interés familiar.

<sup>122</sup> CÁRCABA FERNÁNDEZ, M. (1987). La protección de la vivienda y el mobiliario familiar en el artículo 1320 del Código Civil, *op. cit.*, 1434.

<sup>123</sup> CUENA CASAS, M. (2011). El régimen jurídico de la vivienda familiar, *op. cit.*, 303-304.

<sup>124</sup> HERRERO GARCÍA, M.ª J. (1991). Comentario al artículo 1320 del Código Civil, *op. cit.*, 590; RAMS ALBESA, J. (1987). Uso, habitación y vivienda familiar, *op. cit.*, 107; LACRUZ BERDEJO, J. L. et al. (2010). Elementos de Derecho Civil, *op. cit.*, 130; BELDA SÁENZ, C. (1985). Notas para el estudio del artículo 1320 del Código Civil, *op. cit.*, 340; CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE B. (1988). Protección legal de la vivienda familiar, *Revista de Derecho Privado*, abril, 1622; MUÑOZ DE DIOS, M. (1987). La vivienda familiar y el mobiliario en el artículo 1320, *op. cit.*, 239; CÁRCABA FERNÁNDEZ, M. (1987). La protección de la vivienda y el mobiliario familiar en el artículo 1320 del Código Civil, *op. cit.*, 1447; RODRÍGUEZ LÓPEZ, F. (1993). Notas sobre la vivienda habitual de la familia (en turno de rectificación), *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 553, 1614; MURCIA QUINTANA, E. (2002). Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar, *op. cit.*, 197; TAMAYO CARMONA, J. A. (2003). Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia

y facultades de disposición, *op. cit.*, 65; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2011). La economía del matrimonio. *Capitulaciones matrimoniales*, *op. cit.*, 206.

*Vid.*, asimismo, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de septiembre de 1997 (*RJ* 1997, 6614); y, de 8 de octubre de 2010 (LA LEY 171465/2010) que, señala esta última que el consentimiento constituye una medida de control, que se presenta como «declaración de voluntad de conformidad con el negocio jurídico ajeno —es decir concluido por otro— por la que un cónyuge tolera o concede su aprobación a un acto en el que no es parte, siendo requisito de validez del acto dispositivos»; y las Resoluciones de la DGRN de 25 de abril de 2005 (*RJ* 2005, 5576); y de 7 de diciembre de 2007 (*RJ* 2007, 8526).

<sup>125</sup> TAMAYO CARMONA, J. A. (2003). *Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición*, *op. cit.*, 67; ELORRIAGA DE BONIS, F. (1995). *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, *op. cit.*, 336; DE LOS MOZOS, J. L. (1992). Comentario al artículo 1320 del Código Civil, *op. cit.*, 590-591, precisa que «el carácter específico del consentimiento no es tampoco obstáculo a que pueda otorgarse de forma preventiva, siempre que haya certeza de que tal consentimiento se proyecta sobre actos de disposición de la vivienda habitual, que cabe considerar de una manera abstracta y no necesariamente casuística».

En la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de junio de 1993 (*RJ* 1993, 4466) se considera válida la constitución por el marido sobre la vivienda adjudicada a la esposa de una hipoteca, haciendo uso del poder representativo y de las facultades de disposición conferidas por aquella a su esposo.

<sup>126</sup> DE LOS MOZOS, J. L. (1992). Comentario al artículo 1320 del Código Civil, *op. cit.*, 590; ERDOZÁIN LÓPEZ, J. C. (1997). La disposición de derechos sobre la vivienda habitual según la reciente jurisprudencia, *op. cit.*, 88; LACRUZ BERDEJO, J. L., et al. (2010). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, 130 señala que, el acto celebrado sin consentimiento es ulteriormente confirmando, y la disposición sobre cosa ajena o por título gratuito, solo puede ser objeto de ratificación.

<sup>127</sup> ELORRIAGA DE BONIS, F. (1995). *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, *op. cit.*, p. 351.

<sup>128</sup> ESPIAU ESPIAU, S. (1992). *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español*, Barcelona: PPU, 162; ELORRIAGA DE BONIS F. (1995). *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, *op. cit.*, 363-364 aclara que el artículo 1322 no solo se circumscribe a los negocios referentes a la vivienda familiar, sino que también se aplica a cualquier acto de disposición o administración en el que se haya omitido el necesario consentimiento de uno de los cónyuges como en los casos de los artículos 1377 y 1378 del Código Civil. En contra, CAMY SÁCHEZ-CAÑETE, B. (1988). *Protección legal de la vivienda familiar*, *op. cit.*, 1137; MURCIA QUINTANA, E. (2002). *Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar (art. 1320 del Código Civil)*, *op. cit.*, 259-261 descarta que el acto pueda ser calificado de anulable, pues, en un análisis de *lege ferenda*, lo que nos encontramos es ante una inoponibilidad al cónyuge no titular con posterioridad a la disposición del derecho del cónyuge titular, para la defensa de su derecho, en función de cuál sea la situación personal de este cónyuge con relación a la vivienda familiar. En consecuencia, el artículo 1322 no es aplicable como sanción de ineeficacia del negocio dispositivo, amén de la inadecuación del régimen de anulabilidad a nuestro supuesto. Entiende por ello que, la continuación o no del derecho del cónyuge no titular tras el acto de disposición sin asentimiento, dependerá de la buena o mala fe del adquirente.

<sup>129</sup> *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de diciembre de 1994 (*RJ* 1994, 10330); y, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, de 7 de marzo de 1994 (AC 1994, 521).

<sup>130</sup> GORDILLO CANAS, A. (1982). La protección de los terceros de buena fe en la reciente reforma del Derecho de Familia, *Anuario de Derecho Civil*, 1148; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., (2016). Comentario al artículo 96 del Código Civil. En: A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código Civil comentado*, vol. I, 2.<sup>a</sup> ed., Navarra: Civitas Thomson Reuters, 541.

<sup>131</sup> MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2011). La sociedad de gananciales, *op. cit.*, 263, quien, asimismo, precisa que, esta regla no se aplica a todos los créditos que tenga

cada cónyuge frente al patrimonio común, sino únicamente a los que constituyan indemnizaciones y reintegros derivados del funcionamiento interno de la sociedad conyugal. Lo que PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1991). Comentario al artículo 1403 del Código Civil. En: C. Paz Ares, R. Bercovitz, Luis Díez Picazo Ponce de León, P. Salvador Coderch (dir.), *Comentarios del Código Civil, T. I*, Madrid: Secretaría General Técnica, Servicio de Publicaciones, Ministerio de Justicia, 792 denomina «créditos incidentales que forman parte del complejo de derechos y deberes que integran la posición de cada cónyuge en la relación societaria y que, por tanto, se liquidan con esta».

<sup>132</sup> *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de enero de 2017 (*RJ* 2017, 342) ambas partes manifiestas con rotundidad en el acta de liquidación de bienes gananciales, en el sentido que no desean la adjudicación de la vivienda con compensación en metálico a la otra parte, por no tener disponibilidad económica para ello. Se procede a la venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños y reparto del producto de la venta al 50%.

<sup>133</sup> RUBIO GIMENO, G., Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2011, *op. cit.*, 369, asimismo, opta por qué el pago del préstamo hipotecario en proporción exacta a lo que resulta del título constitutivo, vaya acompañado de una ponderación sobre el resto de las medidas a acordar en el proceso de separación o divorcio. *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, de 25 de noviembre de 1997 (AC 1997, 2559); y, de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 1.<sup>a</sup>, de 2 de marzo de 1999 (AC 1999, 4917) la inclusión en el concepto de alimentos de la atribución del uso de la vivienda.

<sup>134</sup> ROCA TRÍAS, E. (1993). Comentario al artículo 93 del Código Civil. En: C. Paz Ares, R. Bercovitz, Luis Díez Picazo Ponce de León, P. Salvador Coderch (dir.), *Comentarios del Código Civil, T. I*, Madrid: Secretaría General Técnica, Servicio de Publicaciones, Ministerio de Justicia, p. 393.

<sup>135</sup> ELLORIAGA DE BONIS, F. (1995). Régimen jurídico de la vivienda familiar, *op. cit.*, 388.

<sup>136</sup> MURCIA QUINTANA, E. (2002). Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar (art. 1320 del Código Civil), *op. cit.*, 380-382.

<sup>137</sup> CUENA CASAS, M. (2014). Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario, *Revista de Derecho Civil*, vol I, número 2, abril-junio, 16, 17 y 22. En esta línea, VERDERA IZQUIERDO, B. (2016). «Estudio de los últimos postulados referentes a la atribución del uso de la vivienda familiar. La «necesidad de vivienda», *Indret enero*, p. 23 al señalar que «el uso de la vivienda debe tener reflejo en una disminución de la prestación económica que deba abonar al otro cónyuge; de este modo, en caso de que el cónyuge adjudicatario de la vivienda tuviese derecho a una pensión compensatoria o a una pensión por alimentos, el uso de la vivienda ya cubriría en parte dicha prestación». Si bien, precisa que «siendo titular del derecho de uso los hijos y reflejamente el cónyuge al que se le otorga la guarda y custodia, tendría más sentido disminuir la pensión por alimentos en caso de haberse atribuido la vivienda a los hijos y reflejamente al cónyuge custodio». Y, «en consecuencia, la disminución de la pensión compensatoria operaría en los casos en que se adjudique la vivienda al cónyuge sin hijos beneficiario de la misma que, a su vez, se encuentra en una situación de mayor debilidad o necesidad de protección y por ello se le adjudica la vivienda» (24).

<sup>138</sup> RIBERA BLANES, B. (2004). *La contribución a las cargas del matrimonio en el régimen de separación de bienes*, Valencia: Tirant lo Blanch, 116-119.

<sup>139</sup> DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2013). Comentario al artículo 96 del Código Civil. En: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil, T. I*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 1013-1014.

<sup>140</sup> En este sentido, CUENA CASAS, M. (2014). «Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario», *op. cit.*, pp. 27 y 29; SANTOS MORÓN, M.<sup>a</sup> J. (2014). La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de custodia exclusiva de un cónyuge: evolución jurisprudencial y anteproyecto de reforma, *Revista de Derecho Civil*, vol. I, número 3, julio-septiembre, 25-26; VERDERA IZQUIERDO, B. (2016). Estudio de los últimos postulados referentes a la atribución del uso de la vivienda familiar.

La «necesidad de vivienda, *op. cit.*, 25-26. *Vid.*, asimismo, el artículo 12.7 de la Ley 7/2015, de 30 de junio de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores del País Vasco teniendo en cuenta para el cálculo de la compensación las rentas pagadas por alquiler de viviendas similares y la capacidad económica de los miembros de la pareja; y establecía el artículo 6.1 de la Ley 5/2011 de 1 de abril de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven de Valencia —declarada inconstitucional por Sentencia del TC 192/2016, de 16 de noviembre— que, igualmente tenía en cuenta para el cálculo las rentas pagadas pro alquileres de viviendas similares en la zona y, además indicaba que tal compensación podía ser computada en todo o en parte como contribución a los gastos ordinarios con el consentimiento de quien tiene derecho al uso de la vivienda o por decisión judicial; y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.<sup>a</sup>, 4 de febrero de 2013 (*JUR* 2013, 154939); de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 4.<sup>a</sup>, 26 de septiembre de 2013 (*JUR* 2013, 351309) compensación económica aplicando la normativa valenciana a partir de la vecindad civil de los hijos. Esta compensación tiene lugar por la pérdida de determinadas facultades inherentes a la propiedad y comprende no solo el uso personal, sino también el obtener un beneficio económico mediante venta o alquiler; y, de 10 de julio de 2014 (*JUR* 2015, 52617) compensación económica en 125 euros por pérdida de uso a favor del esposo.