

COLECCIÓN FRANCIS
LEFEBVRE

DERECHO DE FAMILIA

**Vivienda Familiar y
Cargas del
Matrimonio**

Fecha de edición: 1 de diciembre de 2019



Esta obra ha sido realizada
a iniciativa y bajo la coordinación
de la Redacción de
Francis Lefebvre

© Francis Lefebvre
Lefebvre-El Derecho, S. A.
Monasterios de Suso y Yuso, 34. 28049 Madrid. Teléfono: (91) 210 80 00. Fax: (91) 210 80 01
www.efl.es
Precio: 35,36 € (IVA incluido)
ISBN: 978-84-17985-51-6
Depósito legal: M-40153-2019
Impreso en España
por Printing'94
C/ Orense, 4 (2ª planta) – 28020 Madrid

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

Plan general

	<u>Página</u>
Capítulo I. Vivienda familiar	9
Capítulo II. Cargas del matrimonio	87

Abreviaturas

AP	Audiencia Provincial
Art.	Artículo
CC	Código Civil
CCCat	Código Civil de Cataluña
CDFA	Código de Derecho Foral de Aragón
CE	Constitución Española
CF	Código de Familia (de Cataluña de 1998)
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
IBI	Impuesto de Bienes Inmuebles
LAJG	Ley de Asistencia Jurídica Gratuita
LAU	Ley de Arrendamientos Urbanos
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LJV	Ley de la Jurisdicción Voluntaria
SAP	Sentencia de Audiencia Provincial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TRLAU	Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia

CAPÍTULO I

Vivienda familiar

- A. Concepto
- B. Disposición
- C. Derecho del cónyuge no titular
- D. Desacuerdo conyugal sobre la vivienda habitual
- E. Adquirente de la vivienda
- F. Uso de la vivienda familiar y del ajuar doméstico

A. Concepto

- Durante la convivencia conyugal o de pareja
- Tras separación de hecho
- Tras separación judicial

Por vivienda familiar se puede entender aquella que constituye la **residencia normal de la familia**, donde de manera estable y permanente han venido habitando los esposos e hijos, cualquiera que fuera el título jurídico por el que se hubiera ocupado esa vivienda, o aquella que constituye el ámbito habitual de desarrollo de las relaciones conyugales y de filiación; el lugar donde se desarrolla la convivencia familiar o el lugar donde residen los cónyuges y sus hijos con habitualidad, en suma que se trate de una vivienda afecta a cubrir las necesidades de todos los miembros de la familia y no solo de uno de ellos (AP Barcelona 18-9-98).

El **Tribunal Supremo** ha destacado su especial protección al conceptuarla como bien familiar, no patrimonial (lo que debemos entender en el sentido de subordinar su valor o utilidad económica a la satisfacción de las necesidades familiares), al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, quien quiera que sea el propietario (TS 31-12-94). Las viviendas que así se ocupan rebasan el mero uso, goce o disfrute de espacios que sirven de morada humana, pues sin perder estos destinos, han de configurarse como medio patrimonial que cumple la continuidad de la vida familiar aunque fragmentada, pero con predominio tutelador de los intereses de los hijos matrimoniales, como muy directamente afectados (TS 18-10-94, AP Cádiz 17-1-12).

Estas sentencias clásicas del Tribunal Supremo han servido de pauta para alcanzar un concepto asumible de vivienda familiar, según la cual 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 su convivencia**, donde se desarrollan habitualmente los quehaceres cotidianos más íntimos. Puede tener diferente forma, (vivienda unifamiliar, piso que forma parte de un edificio, dependencias dentro de una casa, etc.), puede situarse en un 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 encarna uno de los aspectos de la vida más apreciados por el ser humano, cual es el de su intimidad personal y familiar (AP Las Palmas 17-11-05).

El Tribunal Supremo la define 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 (TS 16-12-96, AP Valencia 5-4-01, AP Baleares 17-7-02 y AP La Coruña 8-11-10).

También el **Tribunal Constitucional** respecto de la protección de la vivienda familiar establecida en los art.96 y 1320 CC, señala que ambas normas responden a la

moderna tónica legal de protección del **interés común familiar**, que viene a configurar a la familia como sujeto colectivo, como titular comunitario (TCO 135/1986).

Asimismo, se ha planteado en la **jurisprudencia menor** la posibilidad de ampliar el concepto de vivienda familiar de manera que pueda entenderse comprendido dentro de dicha noción, por ejemplo, las plazas de garaje o los trasteros, ya que puede entenderse que éstas forman parte de la vivienda conyugal en cuanto que satisfacen necesidades inherentes a la familia y, por consiguiente, someterlas al mismo régimen jurídico.

Al respecto cabe decir que no existe unanimidad en las resoluciones de las audiencias provinciales. Se aborda esta cuestión en un supuesto de desahucio por precario respecto de una **plaza de garaje** propiedad del ex esposo por entender este que la sentencia de divorcio únicamente alude a la vivienda familiar en la que no puede entenderse integrada la plaza de garaje, que es un inmueble físico y registralmente independiente de la vivienda familiar, adquiridos también en contratos diferentes. Finalmente, se acoge la pretensión del demandante al considerar que la plaza de garaje no puede entenderse incluido dentro del concepto de vivienda familiar, como dependencia de la misma (AP Pontevedra 13-3-12).

Por el contrario, en un caso de atribución del uso de la vivienda familiar a la ex esposa y al hijo menor, se hace extensible dicho uso también al **trastero** y a la plaza del garaje, por cuanto consta que son elementos anejos a la vivienda y están situados en el mismo inmueble (AP Palencia 21-5-12).

Por último, en cuanto al concepto de vivienda familiar, se han de diferenciar tres **circunstancias**:

- Mientras se mantiene la convivencia conyugal o de pareja
- Separación de hecho
- Separación judicial

Durante la convivencia conyugal o de pareja Constante la relación familiar, en cuanto a la capacidad de disposición de los derechos sobre la vivienda familiar, se ha de destacar que el art.1320 CC es una norma destinada a la protección de la familia, pero dentro del sistema del CC por su ubicación no protege a todas las familias, únicamente a aquellas familias que se basen en el **matrimonio**.

Consagrado como principio fundamental en los apartados primero y segundo del art.39.1 CE, el de la protección de la familia que abarca su protección social, económica y jurídica, la Ley 30/1981, de 7 julio, recogiendo este principio contempla la vivienda familiar como un bien adscrito, no a uno de los componentes de la familia, sino un **bien al servicio del conjunto familiar**, que en los casos de quiebra de la convivencia matrimonial, deberá adscribirse a uno u otro de los esposos, concepto de bien familiar que se observa en el redactado de los art.90.c), 91, 96 y 103.2 CC y que merece la protección específica que le concede el art.1320 pues como ha señalado el Tribunal Supremo (TS 31-12-94), se trata de un bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, quien quiera que sea el propietario (AP Barcelona 13-1-00).

Ha de recordarse igualmente que el principio constitucional (art.39 CE) de protección social, económica y jurídica de la familia, así como el derecho a una vivienda digna y adecuada, son inspiradores del Código Civil en materia de familia y, en particular, del art.96 CC, y se refleja en la normativa vigente el intento de armonizar el derecho privado de cada uno de los cónyuges sobre la vivienda con el derecho de la familia a la vivienda (AP Málaga 2-7-11).

En este sentido, hay que señalar que el derecho a la vivienda familiar no es un derecho independiente del que se extraen consecuencias jurídicas, cuando de lo que se trata es de lo contrario: es la constitución de una familia y en su caso el vínculo matrimonial, la que genera una pluralidad de **derechos y deberes** de los que se derivan, recíprocamente, ciertas expectativas jurídicas, tanto sobre la propia vivienda como sobre los objetos enseres, menaje y muebles que se encuentran en ella y que, por un lado, el art.606 LEC los protege calificándolos de inembargables y, por otro, el art.1321 CC los califica de ajuar doméstico e incluso se atribuye un derecho preferencial del cónyuge viudo.

Se configura como un patrimonio no al servicio de uno de los esposos (cualquiera que sea la titularidad que ostente) sino al servicio de la familia como colectividad y que, por tanto, trasciende de los propios cónyuges (AP Córdoba 2-4-03).

Frente a la anterior nota, ha de compararse su protección con la que brinda el art.12 LAU, que protege a grupos humanos que sí merecen la consideración de familia, pero que se encuentran excluidos de la protección que brinda el art.1320 CC.

Para que exista la vivienda familiar a la que se refiere el art.1320 CC (en general, aun cuando no existiera un derecho sobre la misma que perteneciera a alguno de los cónyuges), ambos cónyuges tienen que ponerse de **acuerdo** en que el inmueble, sobre el que uno de ellos tiene un derecho de carácter privativo, se convierta en la vivienda familiar habitual.

Sin acuerdo no puede existir la vivienda conyugal (salvo el supuesto en el que hubiera sido el órgano judicial quien la hubiera designado, precisamente a falta de acuerdo entre los cónyuges), puesto que ninguno de los dos cónyuges tiene la dirección de la vida familiar, siendo esta dirección bicéfala. Y en clara correspondencia, sin acuerdo, a excepción de los supuestos en los que se conceda la autorización judicial supletoria por el órgano judicial correspondiente, no puede dejar de existir la vivienda familiar, claro está, sin perjuicio de los terceros que hubieran adquirido algún tipo de derecho sobre la vivienda del matrimonio.

El fundamento del precepto, subyace, no solo en la protección familiar prevista en la CE, sino en que el legislador ha consagrado el principio de unidad familiar como uno de los pilares de la institución del matrimonio y, como consecuencia de ello, ha querido proteger la conservación de la vivienda como lugar físico en el que se desarrolla la convivencia familiar. Se trata de salvar el alojamiento del matrimonio de la **arbitrariedad o mala voluntad** del cónyuge que puede disponer de él (AP Toledo 21-7-97).

En cualquier caso, el acuerdo entre los cónyuges no es materia correspondiente a la protección de la vivienda familiar, sino que es materia correspondiente a la obligación que tienen los cónyuges, de contribuir con sus bienes a satisfacer las cargas del matrimonio, puesto que la necesidad de vivienda es una evidente carga del matrimonio.

Por ello, si alguno de los cónyuges no quisiera que un bien suyo se convirtiera en la vivienda conyugal, la negativa no se debe tratar a través del art.1320 CC, sino a través del sistema de contribución a las **cargas del matrimonio**, en primer lugar del régimen correspondiente y en segundo término a través del sistema establecido en el art.1318 CC.

Una vez que los cónyuges se han puesto de acuerdo en que un determinado bien se convierta en la vivienda familiar lo normal será la ocupación de la misma. No obstante, en determinadas ocasiones, bastará la intención de ambos cónyuges de ocuparla.

Las **condiciones físicas de la vivienda familiar** no son requisito para que ésta exista. Lo contrario significaría excluir a algún grupo familiar de la protección que brinda el ordenamiento en función de su capacidad económica.

Al igual que para que exista la vivienda ha de ser mediante el acuerdo de los cónyuges, para que deje de haber vivienda familiar tendrán que ser los dos cónyuges los que se pongan de acuerdo en que el inmueble deje de cumplir la función de vivienda familiar.

Tras separación de hecho En los supuestos de separación de hecho, la noción de vivienda familiar deberá continuar dependiendo del **cónyuge que abandone** el hogar familiar y de los **motivos del abandono**.

Si el que abandona la vivienda es el titular de los derechos sobre la misma, el cónyuge que permanece merece protección, por lo que no desaparece la noción de vivienda familiar.

Si el que provoca la **ruptura** y abandona el hogar familiar, es el cónyuge no titular, se deben diferenciar dos situaciones:

1º. Ruptura provocada a consecuencia de una **insostenible situación familiar**. En este supuesto, debe permanecer el carácter de vivienda familiar, si bien para ello, el cónyuge no titular, deberá manifestar su voluntad de querer volver a dicha vivienda.

2º. Ruptura provocada **sin motivación**. En este supuesto se debe entender que se produce una situación que rompe el acuerdo por el que se estableció la vivienda familiar, por lo que debe desaparecer como noción.

Tras separación judicial En los supuestos de separación acordada judicialmente, se ha de atender, de cara a la atribución del uso y disfrute del domicilio conyugal, en los términos expresados en el art.96 CC, a dos conceptos:

- Carácter habitual de la vivienda
- Interés más digno de protección

Carácter habitual de la vivienda En tal sentido, se considera procedente dejar sin efecto la atribución de la vivienda a la madre, porque resulta probado que la misma y el hijo del matrimonio, **residen en otro domicilio** con la pareja actual de la demandante y con el hijo de los litigantes; constando que sus necesidades de vivienda están perfectamente atendidas, por lo que no se aprecian circunstancias que justifiquen gravar la vivienda con un derecho de uso que en la práctica impediría la efectiva venta de la vivienda pactada (AP Burgos 3-12-09).

Asimismo, en cuanto a la atribución de uso de la vivienda familiar, ha quedado constatado que el que la misma pretende es una **segunda vivienda** y no el domicilio familiar (AP Ciudad Real 2-10-09).

Sobre la determinación de la vivienda familiar, el Alto Tribunal ha fijado como **doctrina jurisprudencial expresa** que «*en los procedimientos matrimoniales seguidos sin consenso de los cónyuges, no pueden atribuirse viviendas o locales distintos de aquel que constituye la vivienda familiar*» (TS 9-5-12 y 31-5-12). Es la forma en que se ha venido interpretando la noción de vivienda familiar, que es un concepto no definido en el Código Civil, pero que debe integrarse con lo establecido en el art.70 CC, en relación al domicilio de los cónyuges.

De acuerdo con el TS, a los efectos de aplicar el art.96 CC, se exige que la vivienda constituya la residencia habitual de la unidad familiar, en el sentido de que debe formar **el lugar en que la familia haya convivido como tal**, con una voluntad de permanencia. En otras palabras, cuando se trata de una pareja que convive sin haber contraído matrimonio, la atribución del domicilio familiar se rige por las mismas reglas que en la ruptura matrimonial. Por ello, el juez no puede atribuir a los hijos o a un cónyuge o conviviente un inmueble al que los convivientes no hayan reconocido como domicilio familiar. La vivienda familiar es aquella que es ocupada por los cónyuges y por los hijos en el momento en que se produce la ruptura de la convivencia (AP Baleares 7-1-14).

El TS formuló la anterior doctrina a los efectos de unificar la de las audiencias provinciales, con base en las siguientes consideraciones: «Desde la entrada en vigor de la Ley 30/1981, de 7 julio, que introdujo el divorcio como forma de disolución del matrimonio y sus efectos, se ha discutido acerca de la posibilidad de atribuir las denominadas segundas residencias en el curso del procedimiento matrimonial» (AP Burgos 19-7-12).

El art.91 CC solo permite al juez, en defecto de acuerdo, o de no aprobación del acuerdo presentado, atribuir el uso de la vivienda familiar, siguiendo los criterios que establece el art.96 CC. El art.774.4 LEC repite la misma regla. De donde debemos deducir que el uso de los **segundos domicilios u otro tipo de locales** que no constituyen vivienda familiar, no puede ser efectuado por el juez en el procedimiento matrimonial seguido con oposición de las partes. Lo que pretende, por tanto, el art.96 CC al atribuir la vivienda al progenitor con quien los hijos conviven es evitar que a la separación de los padres que amenaza su bienestar se sume la pérdida de la vivienda en la que han convivido hasta el momento de la ruptura de sus padres con evidente repercusión en su crecimiento, desarrollo y nivel de relaciones.

Ahora bien, hay dos factores que eliminan el rigor de la norma 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. 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, de acuerdo con lo establecido por el Tribunal Supremo (TS 17-6-13, 17-10-13 y 19-11-13).

Lo que pueda disponerse en **medidas provisionales** no hace que la vivienda familiar pierda su carácter. Así, por ejemplo, que los menores lleven tiempo residiendo con el progenitor a quien se le atribuye su guarda y custodia en otra residencia arrendada porque el auto de medidas provisionales estableció la guarda y custodia compartida y el uso de la vivienda para el otro cónyuge, en atención a que era el interés más necesitado de protección, no significa que la vivienda haya perdido su carácter familiar, porque la salida de la misma por parte del primero no fue un abandono derivado de su propio deseo (TS 5-12-16).

Interés más digno de protección En este sentido, se considera ajustado a derecho la atribución de uso de la vivienda familiar a la actora teniendo en cuenta que su interés es más digno de protección, entre otros, por tener menor **disponibilidad económica** que el demandado y haber sido víctima de violencia familiar (AP Burgos 14-9-09).

B. Disposición

- | |
|--|
| <ol style="list-style-type: none"> 1. Concepto <ul style="list-style-type: none"> - Durante la convivencia familiar - Tras separación de hecho - Tras separación judicial 2. Actos de disposición <ul style="list-style-type: none"> - Vivienda en propiedad - Vivienda arrendada |
|--|

1. Concepto

El acto de disposición es el negocio jurídico encaminado a producir el **efecto traslativo**, sea de carácter real u obligacional, como el arrendamiento, que comprometa el uso, y ya sea tal efecto de presente, o de futuro, cuando este se configure como elemento propio y directo del objeto mismo del negocio, como sucede con la hipoteca en que la eventual pérdida del bien se vincula al efecto del impago (AP Barcelona 28-5-10).

Se ha de distinguir según el **momento en el que se produce el acto** de disposición sobre la vivienda familiar:

- Durante la relación de convivencia familiar
- Tras la separación de hecho
- Tras la separación judicial

Durante la convivencia familiar El art.1320 CC cumple una función de protección de una de las cargas familiares, el goce pacífico de la vivienda familiar. Esta función permite determinar cuando un acto de disposición llevado a cabo por el cónyuge titular de los derechos sobre aquella deberá ser considerado como acto de disposición necesitado del **asentimiento del cónyuge no titular**, puesto que no todo acto de disposición que realice el cónyuge titular tiene cabida en el ámbito del citado precepto.

El criterio para determinar que un determinado acto tiene carácter dispositivo, es que ese acto conlleve un **perjuicio para el uso pacífico del bien** como vivienda familiar.

El perjuicio puede consistir en la privación total o parcial de elementos imprescindibles, en la disposición de aquellas facultades que sirven al goce del bien, en provocar situaciones que pongan al derecho en riesgo de ser perdido, así como en la realización de negocios que faciliten la inmisión de terceros de forma que pueda quebrarse la intimidad de la vida familiar. Todos estos actos deberán ser realizados contando con el asentimiento del cónyuge no titular del derecho.

Lo que se prohíbe, es el ejercicio de todo derecho que suponga atentar, bajo cualquier forma, contra el goce pacífico del alojamiento familiar (TS 8-6-93). En este sentido se, señala que el art.1320 CC prohíbe atentar bajo cualquier forma el pacífico goce de alojamiento por la familia, concepto más amplio que el del mero interés del otro cónyuge. Este precepto, como el art.96.4 CC, limitan las **facultades de disposición**, y ciertamente por ello deben interpretarse restrictivamente, pero sin que ello suponga excluir actos que, aunque no sean rigurosamente dispositivos, como el arrendamiento o la hipoteca, sí suponen un peligro para la utilización de la vivienda y pueden disminuir las posibilidades de ocupación por parte del grupo familiar, teniendo en cuenta que la *ratio* del precepto es la de salvaguardar tal alojamiento familiar (AP Granada 17-7-09).

A tenor de lo dispuesto en el art.1320 CC, el cónyuge que ostente la titularidad jurídica de la vivienda familiar, a título de propietario, no podrá **enajenarla**, ni **arrendarla** a un tercero, ni constituir sobre ella derechos reales limitados (derechos de usufructo, habitación, hipoteca, etc.) que priven a la familia del uso y disfrute de la vivienda o que, de algún modo, pueda comprometerlo o ponerlo en peligro (AP Madrid 29-3-12).

El **resto de los actos** no tendrán la consideración de actos dispositivos a los efectos del art.1320 CC, aun cuando, y respecto del patrimonio del cónyuge titular, lo pudieran ser si su principal característica es no poner en riesgo el goce del bien como vivienda familiar, pudiendo ser realizados por el cónyuge titular sin el asentimiento del cónyuge no titular puesto que, al tratarse de un precepto de carácter limitativo, exige una interpretación restrictiva.

La **finalidad** que persigue el art.1320 CC 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, tengan el no disponente o los componentes de la familia que abandonar una vivienda para cuya ocupación existía título jurídico suficiente (DGRN Resol 27-6-94).

Desde un **punto de vista registral**, el art.1320 CC no establece que para que una persona casada pueda disponer de una vivienda privativa deba justificar que no es la habitual de su familia, ni siquiera le impone que al tiempo de la disposición niegue tal carácter de la vivienda que transmite si no concurre su consorte. Establece únicamente que si la vivienda es efectivamente la habitual del disponente y su familia, esa enajenación por el titular sin contar con el consorte y sin formular aquella manifestación, será ineficaz (DGRN Resol 13-7-98).

Tras separación de hecho En los supuestos de separación de hecho, la noción de vivienda familiar deberá continuar en función de cuál de los cónyuges sea el que abandone el hogar familiar y de los **motivos del abandono**.

Si el que abandona la vivienda es el titular de los derechos sobre la misma, el cónyuge que permanece merece protección, por lo que no desaparece la noción de vivienda familiar.

Si el que provoca la ruptura y abandona el hogar familiar, es el cónyuge no titular, se deben diferenciar dos situaciones:

1ª. Ruptura provocada a consecuencia de una **insostenible situación familiar**. En este supuesto debe permanecer el carácter de vivienda familiar, si bien para ello, el cónyuge no titular, deberá manifestar su voluntad de querer volver a dicha vivienda.

2ª. **Ruptura provocada sin motivación**. En este supuesto se debe entender que se produce una situación que rompe el acuerdo por el que se estableció la vivienda familiar, por lo que debe desaparecer como noción.

Tras separación judicial En los supuestos de separación acordada judicialmente, se ha de atender, de cara a la **atribución del uso** y disfrute del domicilio conyugal, en los términos expresados en el art.96 CC, a dos conceptos:

- Carácter habitual de la vivienda
- Interés más digno de protección

Carácter habitual de la vivienda Uso que se hace de ella por el grupo familiar destinándola a satisfacer las **necesidades de alojamiento** del mismo, de modo de modo que las limitaciones dispositivas que introducen los art.1320 y 1321 CC solo afectan a la vivienda que sirva de residencia habitual de la familia (AP Las Palmas 25-6-13).

No procede cuando queda constatado que el que la misma pretende es una segunda vivienda y no el domicilio familiar (AP Ciudad Real 2-10-09).

Sobre la determinación de la vivienda familiar, el Alto Tribunal ha fijado como **doctrina jurisprudencial expresa** que «*en los procedimientos matrimoniales seguidos sin consenso de los cónyuges, no pueden atribuirse viviendas o locales distintos de aquel que constituye la vivienda familiar*» (TS 9-5-12 y 31-5-12). En este sentido, el Tribunal Supremo formuló la anterior doctrina a los efectos de unificar la de las audiencias provinciales, con base a considerar que desde la entrada en vigor de la Ley 30/1981, de 7 julio, que introdujo el divorcio como forma de disolución del matrimonio y sus efectos, se ha discutido acerca de la posibilidad de atribuir las denominadas segundas residencias en el curso del procedimiento matrimonial. El art.91 CC solo permite al juez, **en defecto de acuerdo**, o de no aprobación del acuerdo presentado, atribuir el uso de la vivienda familiar, siguiendo los criterios que establece el art.96 CC. El art.774.4 LEC repite la misma regla. De donde debemos deducir que el uso de los segundos domicilios u otro tipo de locales que no constituyan vivienda familiar, no puede ser efectuado por el juez en el procedimiento matrimonial seguido con oposición de las partes (AP Burgos 19-7-12).

En territorio de derecho común no se puede resolver por el juez sobre el uso de **segundas viviendas** si no hay acuerdo, salvo la administración. No es el caso, por ejemplo de Cataluña, ex art.230-20.6 CCCat.

Por otro lado, una cosa es el uso que se hace de la vivienda 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 (TS 19-11-13 y 31-5-12).

Interés más digno de protección Se trata de una situación en la que uno de los cohabitantes en el mismo domicilio es preferido al otro por razones que el ordenamiento jurídico considera protegibles (AP Castellón 1-3-12).

Ello con independencia del título que ostente el titular de la vivienda, ya sea arrendamiento, exclusivo dominio del titular o copropiedad con el cónyuge usuario

El art.96 CC distingue varios supuestos según haya **hijos menores o incapacitados** o no. Establece los criterios a tener en cuenta para tal atribución a falta de acuerdo, atendiendo principalmente al principio inspirador de garantizar los intereses familiares más necesitados y dignos de protección, lo que habría de valorarse en cada supuesto concreto.

El art.96 CC 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. 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 (TS 14-4-11, AP Alicante 9-9-11, AP Asturias 13-7-12 y AP Granada 11-4-14).

En ausencia de hijos menores o incapacitados, es una facultad del juzgador (AP Las Palmas 25-6-13). Además, se trata de un **derecho esencialmente temporal** (art.96.3 CC), que habrá de fijarse inexcusablemente en función del interés que trata de pro-

teger la atribución del uso atendiendo a las **circunstancias personales y económicas** de los cónyuges (AP Jaén 9-4-14, AP Castellón 21-3-14 y AP Salamanca 24-6-14). Y así no realizar una total desprotección de los legítimos derechos que al otro cónyuge le pueden corresponder, sea de titularidad privativa, ganancial o común (AP Murcia 8-4-14).

En este sentido, se considera ajustado a derecho la atribución de uso de la vivienda familiar a la actora teniendo en cuenta que su interés es más digno de protección, entre otros, por tener menor disponibilidad económica que el demandado y haber sido víctima de **violencia familiar** (AP Burgos 14-9-09).

En ningún caso, el excónyuge que disfrute de la vivienda, conforme a los anteriores criterios de atribución, tendría derecho a disponer de ella. La facultad de uso, ex art.96 CC, no legitima la **cesión onerosa** temporal de la facultad de uso a personas ajenas al cónyuge custodio y a sus hijos, mediante precio; es decir, no ampara el **arriendo de la vivienda** (AP Navarra 10-4-02).

Naturalmente, esa facultad sí la ostentaría el titular de la propiedad del inmueble, entendido como **titular registral**, en cuyo caso, al no existir relación conyugal y no existir régimen económico matrimonial, no resultaría de aplicación lo dispuesto en el referido art.1320 CC.

Se delimita el **ámbito de aplicación** de los dos preceptos anteriormente mencionados (AP Cádiz 18-5-10). Así, mientras que el art.96 CC opera en una «*situación de crisis*», y tiende a proteger esencialmente los derechos de ambos cónyuges, evitando 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 una vivienda, el art.1320 CC se refiere, por su parte, al derecho del cónyuge no titular en caso de disposición de la vivienda por el titular, pues de lo que se trata es de proteger el derecho de ocupación del cónyuge por atribución judicial del uso de la vivienda (AP Sevilla 19-3-14).

2. Actos de disposición

Vivienda en propiedad En este supuesto, hay que tener en cuenta:

1º. Tendrán la consideración de actos dispositivos, los siguientes **negocios onerosos**: asunción de la obligación de vender la vivienda, la transmisión efectiva del derecho de propiedad, ya lo fuera de forma pura o sometida, tanto a término inicial o final o bajo condición, ya lo sea suspensiva o resolutoria, igualmente si ha sido transferido el derecho con retracto convencional o con reserva de dominio.

También tendrá tal consideración la realización de un contrato de opción de compra y la celebración de una permuta sobre la vivienda, dado que aunque se fuera a obtener otra vivienda, lo que se produce es la falta de colaboración entre los cónyuges y la imposición de uno de ellos en decidir cuál es o no vivienda familiar.

No tendrá, en cambio, la consideración de acto de disposición la transmisión del derecho de propiedad, siempre y cuando el cónyuge titular asegure el uso de la vivienda familiar para que ésta la siga disfrutando de forma pacífica, por ejemplo sustituyendo su derecho de propiedad por un usufructo, sin necesidad de que este sea vitalicio a favor del cónyuge no titular, bastando que lo fuera vitalicio a favor del titular, y sin necesidad tampoco de que sea sucesivo para el cónyuge no titular.

2º. A **título gratuito** tendrá la consideración de actos de disposición, la donación, tanto pura como sometida, ya sea a condición o a término.

No tendrán la consideración de actos de disposición, ni la donación del derecho de propiedad para después de la muerte, sin necesidad de entender que nos encontremos ante una donación *mortis causa*, ni la donación modal, siempre que la carga impuesta fuera la de respetar el derecho a usar la vivienda, ni la disposición del derecho de propiedad, pero conservando el uso por un derecho diferente y que garantice su disfrute de forma pacífica.

3º. La **constitución de derechos reales limitados** tendrá la consideración de acto dispositivo en los siguientes casos: constitución de hipoteca pura y simple (AP Sevilla 19-3-14), pero no tendrá esta consideración si en el negocio constitutivo, se acuerda

que el acreedor hipotecario, en caso de necesidad de ejecutar su garantía, no lo llevará a cabo hasta que el bien deje de cubrir la necesidad de vivienda familiar. No tendrá tal consideración la ejecución de una hipoteca que se hubiera constituido con anterioridad a haberse contraído matrimonio o con anterioridad a haberse destinado el inmueble privativo a cubrir esa necesidad de vivienda familiar.

Otros derechos reales, cuya constitución deberá ser considerada como acto de disposición, lo serán el derecho de uso, de habitación o de usufructo, no así la constitución de servidumbres, aunque en este caso, deberá analizarse cada supuesto concreto, bajo el criterio por el que se determina que un acto sea dispositivo o no a la luz del art.1320 CC.

4º. El **ejercicio de la acción de división** sobre la vivienda tendrá la consideración de acto de disposición, cuando la comunidad se encuentre formada por el cónyuge titular y un tercero, cuando a través de la división, se pierda para la familia la posibilidad de seguir usando la vivienda (por ejemplo, cuando se cambie el derecho que se tenía en la indivisión por dinero) o de hacerlo en unas condiciones completamente diferentes a las mantenidas durante la indivisión (por ejemplo, se acepta una división, *in natura* del bien, donde no se respetan sustancialmente los metros cuadrados a los que antes tenía derecho a usar la familia).

No obstante lo anterior, se entendió que cualquiera de los comuneros puede obligar, por la vía de la acción de división, a extinguir la comunidad por medio de la venta de la vivienda, al ser ésta indivisible. Esta forma de extinguir la comunidad no puede verse condicionada al **consentimiento** de los cónyuges de los otros titulares, ni a la autorización judicial supletoria, pues ello supondría introducir un condicionamiento o limitación a la acción de división que es de orden público, favorecida y estimulada por el legislador (DGRN Resol 27-6-94).

Cuando el *proindiviso* se tenga entre ambos cónyuges, habrá que coordinar el derecho al hogar que adquirieron los cónyuges, al acordar que el bien se convirtiera en vivienda familiar, con el **derecho de todo comunero a no permanecer en la indivisión**. En este sentido, habría que respetar este último y no negar el derecho a ejercitar la acción de división, pero al mismo tiempo, habrá de respetarse, al igual que sucede en el ejercicio de la acción de división, tras la atribución del uso en situaciones de crisis matrimonial, el derecho al hogar.

En este sentido, ante la *actio communi dividundo* ejercitada por el apelante sobre la vivienda copropiedad de ambas partes por mitades indivisas y cuyo uso exclusivo pertenece a la demandada en virtud de sentencia de divorcio, se estima la demanda y declara que debe procederse a la partición judicial, mediante **venta en pública subasta** para proceder acto seguido al reparto del precio obtenido; si bien ordenando que en los edictos para proceder a la venta en pública subasta, se haga constar la existencia de la sentencia firme que atribuye dicho derecho uso y disfrute de la vivienda en cuestión (AP Barcelona 23-5-06, AP Madrid 8-1-14).

En la práctica, sin embargo, se considera que la posibilidad de que exista un tercer adquirente interesado en el inmueble con esa carga es bastante dudosa y, de existir, lo cierto también es que lo sería con un notable **abaratamiento del precio** de licitación de la subasta.

En cualquier caso, si tendrán la consideración de actos dispositivos, aquellos negocios que lleve a cabo el cónyuge titular, sobre su cuota en la comunidad y que hayan sido calificados ya como actos dispositivos, ya la indivisión se tuviera con un tercero o se tuviera con su cónyuge.

5º. También tendrá la consideración de acto de disposición, la **aportación del inmueble a persona jurídica**.

6º. Si tendrá la consideración de acto de disposición, el **arrendamiento** de la vivienda, ya lo sea para un día como si es para más tiempo, o incluso si se trata de dar una habitación de la vivienda como pensión.

No tendrá la consideración de acto de disposición sobre la vivienda, ni su tratamiento debe realizarse a través del art.1320 CC la realización de obras en la vivienda que mengüen su habitabilidad, el cambio de destino del inmueble, actos de expulsión de miembros de la familia o actos tabulares.

7º. No tendrá la consideración de actos de disposición, la **disposición testamentaria** realizada por el cónyuge titular de la vivienda familiar, ya lo fuera a favor de algún legitimario, o a través de legados a favor de terceros ajenos al núcleo familiar. Esto es así, en primer lugar, puesto que dado el carácter personalísimo del testamento, no tendría cabida la intervención del cónyuge no titular y en segundo lugar, puesto que la disposición testamentaria, solo sería eficaz en un momento en el que el concepto del vivienda familiar ya desaparecido al haber desaparecido el matrimonio. Se entendió que la valoración económica de la vivienda habitual del matrimonio no debía ser su valor de mercado sino el de su adquisición actualizado conforme al IPC [AP Girona 24-10-11].

Vivienda arrendada En este caso, tendrán la consideración de actos de disposición y ello con independencia de la solución que aporta el art.12 LAU puesto que si bien se ha querido proteger al cónyuge no arrendatario, existen actos que puede llevar a cabo el cónyuge arrendatario que no tienen cobertura en el precepto mencionado:

1º. Aquellos actos, que incidan sobre el **derecho de prórroga forzosa**, determinando que se pierda ese derecho [AP Pontevedra 15-1-96].

2º. Aquellos actos que supongan la realización de un **subarriendo**, tanto contra la prescripción de las normas, como sin contar con el asentimiento del cónyuge no titular.

3º. Aquellos actos que supongan la **cesión del contrato de arrendamiento o el traspasado** de la vivienda-negocio.

4º. Tendrán tal calificación, la no **renovación y el desistimiento**, que aparecen configurados como tales en el art.12 LAU. No obstante, en algún supuesto no se apreció la existencia de abandono del cónyuge titular formal del arrendamiento [AP Las Palmas 3-4-98].

En el mismo sentido, cabría de calificar de actos de disposición los referidos en los casos de cotitularidad del contrato de arrendamiento, y ello con independencia de la titularidad formal del mismo [AP Barcelona 20-1-09].

C. Derecho del cónyuge no titular

Los actos que tienen la consideración de **dispositivos** en el sentido que se debe entender el negocio dispositivo en el art.1320 CC, deben ser asentidos por el cónyuge no titular o bien ser autorizados por el órgano judicial.

Este **asentimiento** dota al acto dispositivo de plena eficacia, puesto que ya en ningún supuesto el cónyuge no titular podrá atacar *a posteriori* dicho negocio, salvo en el caso que esa manifestación de voluntad hubiese sido formulada o formada con un vicio del consentimiento. Por lo tanto, la adquisición realizada por el adquirente del derecho sobre la vivienda familiar es eficaz, al existir el asentimiento del cónyuge no titular.

Este asentimiento se podrá formular **antes, de forma coetánea o después de realizarse el acto dispositivo**, aunque cuando se hubiese otorgado con anterioridad al acto, este tendrá que haberse formulado en algún momento que realmente tenga relación con el negocio, y no con tanta anterioridad que permita entender que no guarda relación con el mismo.

El asentimiento deberá ser específico para el negocio que se trata de realizar por el cónyuge titular, y puede ser formulado tanto de forma expresa como de forma tácita [AP Murcia 5-10-04].

La necesidad de que el cónyuge no titular preste su asentimiento, no deriva únicamente de que el acto sea dispositivo, sino que a través de ese acto se está vulnerando un derecho propio del cónyuge no titular.

Este derecho, que no suele exteriorizarse durante las fases de normalidad del matrimonio, y del que el art.1320 CC es una manifestación, es el que aparece tras una **crisis matrimonial**, mediante la adjudicación del uso de la vivienda familiar, puesto que la sentencia de separación o divorcio no determina el nacimiento de un derecho ex