

ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR

PASO A PASO

Aspectos prácticos sobre el concepto y atribución del hogar familiar

2.ª EDICIÓN 2021

Incluye formularios



ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR

Aspectos prácticos sobre el concepto
y atribución del hogar familiar

2.ª EDICIÓN 2021

**Obra realizada por el Departamento de
Documentación de Iberley**

Colaboradoras

Tania Folgueral Gutiérrez
Carmen Tamara Pérez Castro

COLEX 2021

Copyright © 2021

Queda prohibida, salvo excepción prevista en la ley, cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de esta obra sin contar con autorización de los titulares de propiedad intelectual. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (arts. 270 y sigs. del Código Penal). El Centro Español de Derechos Reprográficos (www.cedro.org) garantiza el respeto de los citados derechos.

Editorial Colex S.L. vela por la exactitud de los textos legales publicados. No obstante, advierte que la única normativa oficial se encuentra publicada en el BOE o Boletín Oficial correspondiente, siendo esta la única legalmente válida, y declinando cualquier responsabilidad por daños que puedan causarse debido a inexactitudes e incorrecciones en los mismos.

Editorial Colex S.L. habilitará a través de la web www.colex.es un servicio online para acceder a las eventuales correcciones de erratas de cualquier libro perteneciente a nuestra editorial, así como a las actualizaciones de los textos legislativos mientras que la edición adquirida esté a la venta y no exista una posterior.

© Editorial Colex, S.L.
Calle Costa Rica, número 5, 3.º B (local comercial)
A Coruña, 15004, A Coruña (Galicia)
info@colex.es
www.colex.es

I.S.B.N.: 978-84-1359-356-2
Depósito legal: C 1925-2021

SUMARIO

1. CONCEPTO DE VIVIENDA FAMILIAR	9
1.1. Características de la vivienda familiar: habitabilidad y habitualidad.	11
1.2. Casos especiales de vivienda familiar	15
1.3. El interés superior del menor en la atribución de la vivienda familiar.	20
2. LA VIVIENDA FAMILIAR DURANTE EL MATRIMONIO	23
3. LA VIVIENDA FAMILIAR DURANTE UNA UNIÓN DE HECHO	29
4. LA VIVIENDA FAMILIAR EN CASO DE SEPARACIÓN O DIVORCIO	31
4.1. La atribución de la vivienda familiar existiendo hijos menores	40
4.2. La atribución de la vivienda familiar existiendo hijos mayores e hijos en situación de discapacidad.	47
4.3. La atribución de la vivienda familiar sin hijos	53
4.4. La atribución de la vivienda familiar en los casos de violencia de género	54
5. MODIFICACIÓN DE LA ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LOS CASOS DE SEPARACIÓN, DIVORCIO O NULIDAD	59
6. LA REGULACIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR TRAS LA MUERTE DE UNO DE LOS CÓNYUGES	67
7. LOS GASTOS DE LA VIVIENDA FAMILIAR	73

ANEXO. FORMULARIOS

Convenio regulador de separación de mutuo acuerdo con liquidación de régimen y compensatoria, con hijos.	79
Demanda de separación contenciosa. Con hijos. Guarda y custodia exclusiva. Pensión compensatoria	85
Contestación a demanda de divorcio con hijos mayores y solicitud de vivienda.	93
Escrito solicitando medidas civiles en un proceso de violencia sobre la mujer.	97
Demanda de separación (o divorcio) con solicitud de ratificación de las medidas adoptadas por el Juez de Violencia (o de guardia) al amparo de lo dispuesto en el art. 544 ter de la LECr	101
Demanda de separación ante Juzgado de Violencia. Pensión compensatoria y medidas. No orden de protección civil	107

Demanda de desahucio por precario por padres de expareja	113
Demanda de modificación de medidas definitivas (uso y disfrute del domicilio familiar, nueva relación sentimental del excónyuge)	117
Carta a arrendador notificando voluntad de continuar en uso de vivienda tras nulidad, separación o divorcio.	121
Demanda de modificación de medidas por desaparición física de la vivienda con solicitud de medidas provisionales previas.	123
Contestación a la demanda solicitando extinción de uso por convivencia marital con tercera persona	127

1.

CONCEPTO DE VIVIENDA FAMILIAR

¿Qué entendemos por vivienda familiar?

En lo concerniente al domicilio de las personas casadas es preciso acudir, en primer lugar, a lo regulado en el **artículo 69 del Código Civil**, en el cual se presume que, salvo prueba en contrario, los cónyuges viven juntos.

A continuación, el **artículo 70 del Código Civil** considera que ambos cónyuges fijarán de común acuerdo el domicilio conyugal y, en caso de producirse algún tipo de discrepancia, corresponderá resolver al juez teniendo siempre en cuenta el interés de la familia.

Por consiguiente, la ruptura matrimonial deja sin efecto la convivencia y obliga a los progenitores a ponerse de acuerdo para el ejercicio de las facultades que traen causa de la patria potestad, entre otras, la de fijar un nuevo domicilio y, como consecuencia, el domicilio de los hijos. Tal y como señala el **Tribunal Supremo en su sentencia n.º 566/2017, de 19 de octubre, ECLI:ES:TS:2017:3724**, la elección del domicilio para los menores después de una ruptura matrimonial es una de las decisiones más importantes que pueden adoptarse en la vida del menor y de la propia familia, que deberá tener sustento en el acuerdo de los progenitores o en la decisión de uno de ellos consentida expresa o tácitamente por el otro y solo, en defecto de este acuerdo, corresponde al juez resolver lo que proceda, previa identificación de los bienes y derechos en conflicto a fin de poder calibrar de una forma ponderada la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada, sin condicionarla al propio conflicto que motiva la ruptura.

En cuanto al tratamiento de la vivienda familiar en los supuestos de separación, nulidad o divorcio, el Tribunal Supremo ha destacado su especial protección señalando que, «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».

CUESTIÓN

Una familia se traslada los meses de julio y agosto a un chalet que adquirieron vigente el matrimonio en un pueblo cercano a la ciudad donde residen el resto de los meses del año, ¿se puede encuadrar dicho chalet dentro del concepto de vivienda familiar?

No. La Audiencia Provincial de Madrid en su sentencia n.º 536/2009 de 14 de septiembre, ECLI:ES:APM:2009:13406, señala lo siguiente: «El concepto de vivienda familiar a que se refieren los artículos 90, 91, 96 y 103-2 del C.C. es la vivienda habitual de la familia, sin incluir dentro por tanto de su ámbito de aplicación las denominadas viviendas de temporada o segundas residencias usadas por la familia en periodos vacacionales o fines de semana, tampoco entran dentro del concepto de vivienda familiar, otras viviendas que los cónyuges pudieran poseer conjuntamente en proindivisión o en régimen de gananciales, pero en las que no resida la familia».

Sin embargo, esto no prohíbe que pueda trasladarse a ella el progenitor no custodio mientras no se proceda a la disolución de la sociedad de gananciales, bien de mutuo acuerdo, bien judicialmente.

Concepto de muebles de uso ordinario

Respecto a los **muebles de uso ordinario**, en principio y como primera aproximación a su definición, debemos entender por tales aquellos que se encuentren localizados en la vivienda familiar en cuanto a que son necesarios para ser utilizados de manera efectiva por los miembros que componen la unidad familiar en el sentido amplio de la misma.

Por lo tanto, se alude a los bienes que se localizan en la vivienda que habita la familia y que la misma los usa en su vida cotidiana. Esto nos permite identificarlos, entre otros, con el ajuar doméstico (vajillas, cristalerías, cuberterías, mantas, sábanas, edredones, etc.), e incluso con otra clase de muebles que también nos encontramos en la vivienda para su uso familiar, tales como aquellos que se utilizan para amueblar y decorar habitaciones, salones, pasillos, recibidores (por ejemplo, camas, armarios, mesas, sillas, cuadros, taquillas, taquillones, lámparas, alfombras y así una larga lista).

Caso especial: concepto de trasteros y garajes

Como se expone en la **sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres n.º 820/2020, de 14 de octubre, ECLI:ES:APCC:2020:1074**, respecto al recurso de apelación presentado ante la misma para su resolución:

«(...) estos espacios no pueden ser considerados como vivienda familiar, sin perjuicio de la posibilidad de ser atribuidos junto con el uso de la misma. Generalmente, cuando se adquiere una vivienda, bien ya edificada, bien sobre plano, suele adquirirse en el mismo edificio y al mismo constructor en una sola escritura y con un solo coeficiente de participación en la propiedad horizontal, formando lo que se denomina “unidad registral”. Así, cuando sucede lo expuesto anteriormente, nos encontramos con Audiencias Provinciales [SAP Valencia n.º 729/2009 de 26 de noviembre, ECLI:ES:APV:2009:4903, SAP Granada n.º 523/2009, de 6 de noviembre, ECLI:ES:APGR:2009:1904] partidarias de que, cuando se produce la ruptura familiar, es necesario determinar a quién se le atribuye el uso de los garajes y trasteros, aunque en puridad no aparezcan reflejados en el artículo 96 del Código Civil, ni encajen exactamente en la definición de vivienda familiar.

Otras, en cambio, entienden que el artículo 96 Código Civil contempla exclusivamente la atribución de la vivienda familiar y los objetos de uso ordinario sin hacer mención a otras dependencias o locales que pueden ser objeto de uso y disfrute de la familia, aun cuando formen parte de aquella como elementos anexos.

Añade que la respuesta judicial no suele ofrecer duda en la hipótesis de que estos espacios (garajes, trasteros) estén calificados registralmente en una misma finca registral, como anejos o anexos a la vivienda cuyo uso se ha atribuido: generalmente se entiende que estos espacios forman parte de atribución de la vivienda familiar, de modo que si esta se constituye por un inmueble individual en el que va incluida formando un todo, como anexos, la plaza de aparcamiento y el trastero, estos elementos deben ser incluidos como objeto de la atribución».

CUESTIÓN

¿Qué sucede cuando la vivienda familiar se encuentra en un edificio y la plaza de garaje y el trastero en otro?

En este sentido, es interesante la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña n.º 140/2013, de 22 de marzo, ECLI:ES:2013:705, que reza como sigue: *«Debe considerarse correcto el criterio de la Juzgadora de instancia, cuando afirma que la vivienda familiar cuyo uso se atribuye debe considerarse como una unidad, con todos los anexos inherentes, como parte de los elementos que utilizaba la familia en la situación ordinaria de convivencia. Hacer distinciones sobre el uso de elementos anejos, cuando no hay un acuerdo entre las partes y la convivencia posterior discurre por unos cauces muy normalizados, supone alterar el concepto de domicilio familiar. Y, sobre todo, puede ser una fuente de permanentes conflictos»*.

1.1. Características de la vivienda familiar: habitabilidad y habitualidad

La habitabilidad

La vivienda de la familia, al igual que otra vivienda, debe cumplir unos requisitos básicos para la satisfacción de las necesidades primarias de la persona física, como así lo señaló nuestro alto tribunal en la **sentencia n.º 212/1998, de 10 de marzo, ECLI:ES:TS:1998:1600**:

«(...) la vivienda familiar es 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) (...)».

Los requisitos mínimos que una vivienda debe cumplir para que los seres humanos puedan vivir dignamente en ella, sin querer ser exhaustivos, son los siguientes:

- **Habitabilidad:**
 - Dependencias mínimas que debe tener cualquier vivienda.
 - Superficies o dimensiones mínimas.

- **Salubridad e higiene:**
 - Iluminación en viviendas.
 - Ventilación en viviendas.
- **Seguridad:**
 - Materiales de suelos, paredes y techos.
 - Instalaciones: eléctricas, de fontanería y de telecomunicaciones.

Exclusiones al concepto de vivienda familiar

Tras la definición expuesta de vivienda familiar por el Tribunal Supremo, resulta evidente que los supuestos sobre chozas, cabañas, casas ruinosas, locales de negocio, almacenes, a los que podemos unir solares, establos, fábricas, etc., no encajan en tal definición, incluso ni reúnen los requisitos ya mencionados que una vivienda debe cumplir para ser habitable.

En este sentido se pronuncia la **sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra n.º 88/2000, de 20 de marzo, ECLI:ES:APPO:2000:924**, que reza el tenor literal siguiente: «(...) Y así resulta la prueba practicada pues consta que fue siempre local de negocio, una tienda, sin que sea obstáculo para esta calificación el hecho reconocido de que hubo un titular del negocio que también dormía allí y que contaba con un retrete. Esto no puede ser suficiente para calificarlo de vivienda y respecto a su estado actual es ilustrativa la fotografía aportada como prueba que no ha sido impugnada y que refleja de forma expresiva que no puede ser una vivienda habitable por una familia».

La habitualidad

Como ya hemos visto, no todas las viviendas pueden ser consideradas familiares, pues deben reunir **requisitos como el de la habitualidad, siendo vivienda familiar aquella en la que la familia desarrolla la convivencia de forma habitual y continuada.**

Caso de la pluralidad de viviendas

El requisito de la habitualidad en la residencia es una característica esencial para que se pueda afirmar que el inmueble es vivienda familiar.

De hecho, una de las definiciones de vivienda familiar que nos ofrecen resoluciones judiciales como la de la **AP de Madrid en la sentencia n.º 536/2009, de 14 de septiembre, ECLI:ES:APM:2009:13406** señala lo siguiente: «El concepto de vivienda familiar a que se refieren los artículos 90, 91, 96 y 103-2 del C.C. es la vivienda habitual de la familia, sin incluir dentro por tanto de su ámbito de aplicación las denominadas viviendas de temporada o segundas residencias usadas por la familia en periodos vacacionales o fines de semana, tampoco entran dentro del concepto de vivienda familiar, otras viviendas que los cónyuges pudieran poseer conjuntamente en proindivisión o en régimen de gananciales, pero en las que no resida la familia».

El principio general que rige en nuestro ordenamiento y en la jurisprudencia mayoritaria de nuestro Tribunal Supremo y Audiencias Provinciales al respecto es que, **en caso de pluralidad de viviendas por parte del grupo familiar, el juez únicamente puede, una vez surgido el conflicto familiar y a falta de acuerdo entre las partes, atribuir a la parte o partes más dignas de protección la que haya sido la última vivienda familiar antes de haberse producido la quiebra familiar.**

En este sentido, la **sentencia del Tribunal Supremo n.º 129/2016, de 3 de marzo, ECLI:ES:TS:2016:800** dispone que:

«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 o, lo que es lo mismo, sin acuerdo».

El abandono de la vivienda

No son pocas las ocasiones en las que, cuando se produce el conflicto de la pareja o de la familia, una de las partes decide abandonar la vivienda familiar, a veces sola y otras, si existen menores, en compañía de estos. Algunas veces se abandona previamente a la judicialización del conflicto y otras posteriormente, incluso una vez adjudicada. La pregunta que surge en estos casos es obvia: **¿qué incidencia tiene esta decisión a la hora de la atribución de la vivienda?**

Como en otras ocasiones, necesitamos hacer un estudio jurisprudencial para encontrar la solución. Así vemos que la jurisprudencia tiene en cuenta dos criterios para determinar si quien, en principio, sería el titular del interés más digno de protección cumple o no los susodichos criterios a la hora de la atribución de la vivienda. Suelen tenerse en cuenta:

- Plazo de tiempo desde el abandono de la vivienda.
- Motivos del abandono de la vivienda.

De esta forma, en supuestos de abandono previo voluntario con un gran período de tiempo desde el mismo, puede, en efecto, llegar a entenderse que el inmueble ha perdido su carácter de vivienda familiar. A título de ejemplo, en la **sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona n.º 547/2010 de 28 de septiembre, ECLI:ES:APB:2010:7102**, en donde se enfatiza que el dejar de residir en la vivienda que fue en su día familiar determina que ese domicilio quede desafectado de tal naturaleza de vivienda familiar, sin que vuelva a adquirirla por el hecho de que la madre manifieste que tiene intención de volver a ocuparlo.

Por el contrario, si el periodo del **previo abandono es corto** (sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia n.º 281/2004, de 5 de octubre, ECLI:ES:AP-MU:2004:2096), si se trata de un abandono pasajero o transitorio (sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona n.º 455/2009, de 30 de junio, ECLI:ES:APB:2009:6591) o motivado por una tensión insostenible (sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas n.º 441/2003, de 16 de julio, ECLI:ES:AP-GC:2003:1662), debe entenderse que no por ello existe desafección del carácter de vivienda familiar ni previa renuncia al derecho a su uso.

Cuando el abandono es posterior a la atribución judicial, numerosas resoluciones entienden también que su no utilización como alojamiento permanente puede incluso dar lugar al cambio de atribución del uso de dicha vivienda a favor del progenitor no custodio.

En este sentido, la Audiencia Provincial en su **sentencia n.º 284/2010, de 18 de mayo, ECLI:ES:APB:2010:5486** otorga el uso de la vivienda a favor del padre dado

que, concedido el uso a la madre y al hijo en el anterior procedimiento, estos no han utilizado la vivienda familiar como alojamiento permanente, lo cual resulta probado en lo actuado no solo por las lecturas de los suministros, sino por su propia declaración en el acto del juicio. En la resolución se pone de manifiesto que lo que subyace en la presente controversia, es que la madre pese a que no ha habitado de forma permanente en la vivienda familiar, quizás debido ello al desahogo que encuentra en el domicilio de sus progenitores, no desea desprenderse del uso de la misma. Por demás, la menor permanece escolarizada en un centro ubicado justo enfrente del domicilio de los abuelos maternos, los padres de la recurrente.

Sobre este particular, es importante tener en cuenta que **no es lo mismo el abandono de hogar familiar y el abandono de familia**.

El **abandono de hogar familiar** es el abandono del lugar físico donde reside habitualmente la familia aún vigente el matrimonio sin dejar de atender a sus obligaciones, y el **abandono de familia** conlleva, además del abandono del hogar familiar, la ruptura de los lazos afectivos con la familia dejando de cumplir sus obligaciones familiares.

Asimismo, de acuerdo con el **artículo 105 del Código Civil**: «No incumple el deber de convivencia con el cónyuge que sale del domicilio conyugal por una causa razonable y en el plazo de treinta días presenta la demanda o solicitud a que se refieren los artículos anteriores».

Por su parte, el **abandono de familia es un delito tipificado en el artículo 226 del Código Penal**, donde se dispone lo siguiente: «1. El que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela o guarda o acogimiento familiar o de prestar asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses».

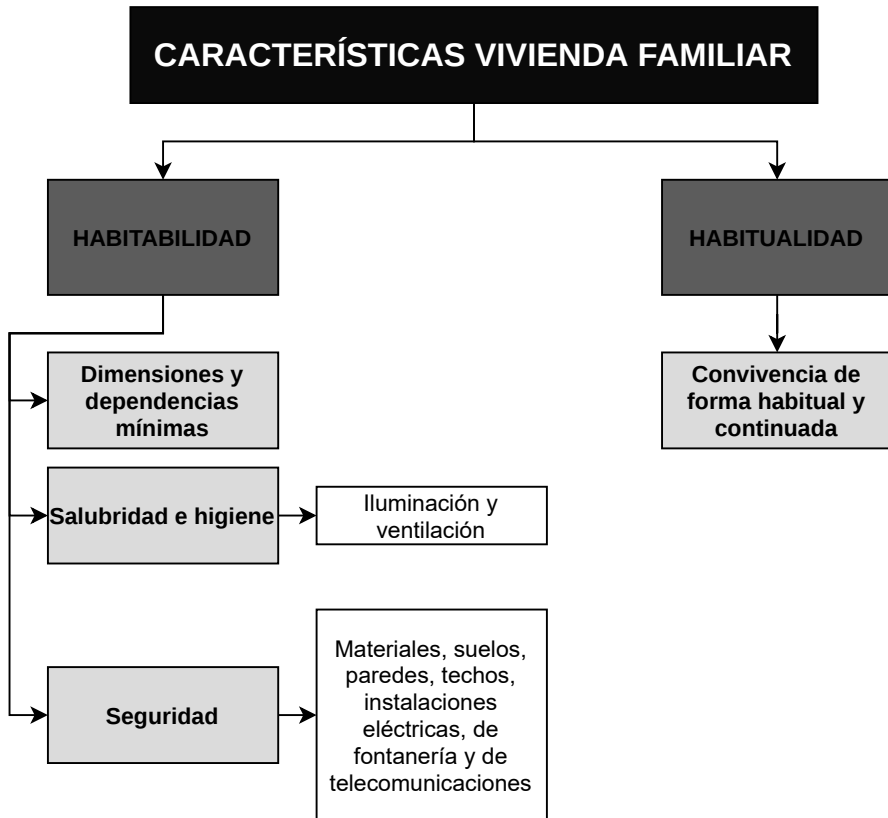
Viviendas en construcción

Una vivienda en construcción, por definición, es una **vivienda inacabada que carece de la documentación necesaria para entrar a vivir en la misma** (como pueden ser el certificado de fin de obra, el certificado de habitabilidad y la licencia de primera ocupación).

Si confrontamos esta definición con la de vivienda familiar descrita en párrafos anteriores, salta a la vista una clara discordancia entre ambas, por tanto, **nunca puede tener el carácter de vivienda familiar una vivienda en construcción en la cual la unidad familiar no ha residido nunca ni ha desarrollado vida familiar en la misma, pues carece del elemento de la habitualidad**.

En este sentido se pronuncia la **sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria n.º 10/2011, de 12 de enero, ECLI:ES:APS:2011:353**:

«(...) debe recordarse que la vivienda a que se refiere el art. 96 CC y a la que la ley dota de un estatuto jurídico especial con vistas a la protección de la familia es la vivienda familiar, esto es, la vivienda en la que la familia reside de forma efectiva, la que es su residencia habitual al tiempo de la crisis matrimonial y en la que la familia constituye su hogar, **cualidades que no concurren en la vivienda en construcción a que se refiere la parte, que por no haber sido nunca la vivienda familiar no debe quedar tampoco sujeta el estricto régimen que impone el art. 96 CC**. El recurso, por tanto, debe ser desestimado en este punto (...)



1.2. Casos especiales de vivienda familiar

La vivienda familiar según sus circunstancias

Destacaremos como casos especiales de viviendas familiares los siguientes según las circunstancias de cada caso:

- La vivienda familiar hipotecada.
- La vivienda familiar embargada.
- La vivienda familiar arrendada.
- Vivienda cedida gratuitamente.
- Vivienda de protección oficial.

La vivienda familiar hipotecada

Una de las cuestiones más controvertidas es el pago de las cuotas de la hipoteca tras una separación o divorcio cuando la vivienda se ha atribuido a los hijos y a uno solo de los cónyuges. A este respecto, podemos plantearnos diversos escenarios:

1. **La vivienda familiar es un bien ganancial:** de acuerdo con la **sentencia del Tribunal Supremo n.º 188/2011, de 28 de marzo, ECLI:ES:TS:2011:1659**, las cuotas de una hipoteca no se consideran como cargas del matrimonio porque se trata de una deuda de la sociedad de gananciales, por lo que la distribución de las cuotas relativas al pago de la hipoteca que grava la vivienda familiar, deberán ser pagadas por mitad entre los cónyuges propietarios mientras no se haya procedido a la liquidación de la sociedad de gananciales.
2. **Régimen económico de separación de bienes: la vivienda familiar es un bien privativo de uno de los cónyuges.** En este caso, deberá satisfacer las cuotas de la hipoteca el cónyuge titular del bien, independientemente de si tiene el uso del inmueble o no. Si bien puede ocurrir que la vivienda sea privativa pero la hipoteca se suscribió por ambos cónyuges y los dos están obligados frente al banco, por lo que ambos deberán satisfacer las cuotas hipotecarias de la vivienda familiar (**sentencia del Tribunal Supremo n.º 72/2014, de 17 de febrero, ECLI:ES:TS:2014:494**).

En conclusión, el pago de la hipoteca es una obligación de ambos cónyuges o de uno de ellos con la entidad bancaria y que por el mero hecho de separarse o divorciarse tal obligación no cambiará.

CUESTIÓN

«A» y «B» han adquirido la vivienda familiar y para hacer frente al pago de la misma han suscrito un préstamo hipotecario del que ambos son titulares. «A» y «B» se divorcian y en el convenio regulador, aprobado por sentencia de divorcio, han acordado que únicamente se hará cargo del pago del préstamo hipotecario «B». En el caso de que «B» no atienda a la obligación de hacer frente a las cuotas de la hipoteca, ¿puede la entidad bancaria reclamar a «A» el pago de las cuotas impagadas por «B»?

Sí, pues a las entidades bancarias no les vinculan los acuerdos privados a los que hayan llegado las partes sobre el pago de las cuotas hipotecarias, únicamente será vinculante el contrato de préstamo hipotecario suscrito por ambos cónyuges. Es por ello que, frente a la entidad bancaria, ambos cónyuges son deudores independientemente del acuerdo sobre el pago al que hayan llegado.

La vivienda familiar embargada

De acuerdo con el artículo 144.5 del Reglamento Hipotecario (RH):

«Cuando la ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, y este carácter constare en el Registro, será necesario para la anotación del embargo de la vivienda perteneciente a uno solo de los cónyuges que del mandamiento resulte que la vivienda no tiene aquel carácter o que el embargo ha sido notificado al cónyuge del titular embargado».

Los **artículos 96.3 y 1320 del Código Civil** se refieren a los actos dispositivos de la vivienda habitual realizados de forma unilateral y voluntaria por uno de los cónyuges, pero **no prohíben en modo alguno que la referida vivienda habitual pueda**

ser embargada por los acreedores en virtud de deudas contraídas por los dos o, incluso, por uno de los cónyuges, inembargabilidad que tampoco aparece por ningún otro precepto sustantivo o procesal, bastando, para realizar dicho embargo (cuando la vivienda habitual o una parte indivisa de la misma pertenece a uno de los cónyuges), con que se notifique la demanda y el embargo al otro cónyuge (**sentencia del Tribunal Supremo n.º 101/1995, de 18 de febrero, ECLI:ES:TS:1995:886**).

El **artículo 1911 del Código Civil** establece el principio de responsabilidad patrimonial universal al señalar: «Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros».

Por su parte, el **artículo 1367 del Código Civil** indica que «Los bienes gananciales responderán en todo caso de las obligaciones contraídas por los dos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el consentimiento expreso del otro».

El **artículo 144.5 del RH** establece lo siguiente: «Cuando la Ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, y este carácter constare en el Registro, será necesario para la anotación del embargo de vivienda perteneciente a uno solo de los cónyuges que del mandamiento resulte que la vivienda no tiene aquel carácter o que el embargo ha sido notificado al cónyuge del titular embargado».

Con esta previsión se establece que el registrador de la propiedad puede rechazar la práctica de la anotación preventiva de embargo cuando conste que se trata de la vivienda familiar y el cónyuge del deudor haya tenido conocimiento del embargo, pero fuera de estos supuestos, por ejemplo, si la vivienda no consta en el Registro o constando no se ha inscrito como la vivienda habitual, el Registrador no tiene posibilidad de hacer nada.

Pero, respecto a las **deudas privativas**, es decir, las contraídas por uno de los cónyuges antes o después del matrimonio, el **artículo 1373 del Código Civil** señala que, de estas, **responden los bienes privativos del cónyuge que las contraiga y, subsidiariamente, los bienes gananciales hasta que se produce la separación o divorcio, momento en que se la sociedad queda disuelta y los bienes adquiridos posteriormente por el cónyuge no deudor no responden**. Por lo que el referido artículo se refiere exclusivamente al supuesto de deudas propias de uno de los cónyuges, de las que responde con sus bienes privativos y si, por no ser estos suficientes, se embargasen bienes gananciales, **habrá de notificarse el embargo inmediatamente al otro cónyuge para que el mismo pueda hacer uso de las facultades que dicho precepto le concede**, en este sentido se pronuncia la **sentencia del Tribunal Supremo n.º 1125/1995, de 22 de diciembre, ECLI:ES:TS:1995:6624**.

En este caso, el **artículo 541 de la LEC** establece un **mecanismo de protección respecto a los bienes gananciales**. Este mecanismo consiste (como ya hemos visto más arriba en lo referente a los bienes registrados) en que el cónyuge no deudor debe ser notificado fehacientemente del embargo de los bienes gananciales y le permite que solicite del juez encargado, la solicitud de liquidación de la sociedad de gananciales. Ante esto, **el juez paralizará el procedimiento de ejecución hasta que sean adjudicados los bienes que corresponden a cada uno de los cónyuges, para continuar con la ejecución y cobrar la deuda con los adjudicados al cónyuge deudor únicamente**, y no tener que hacer frente a la deuda ese cónyuge no deudor con la parte de los bienes que le corresponde de la liquidación de la sociedad de gananciales.

La vivienda familiar arrendada

Nuestro alto tribunal expuso en la sentencia n.º 861/2009, de 18 de enero, ECLI:ES:TS:2010:776 lo siguiente:

«La falta de calificación jurídica del derecho de uso establecido en el artículo 96 del CC empezó a generar problemas interpretativos cuando el titular del arrendamiento era el cónyuge que había perdido la posesión, por lo que después de algunas sentencias del Tribunal Constitucional (STC n.º 135/1986, STC n.º 159/1989, de 6 de octubre y STC n.º 126/1989, de 12 de julio), el artículo 15.2 de la LAU (Ley 29/1994, de 24 noviembre) estableció que, en el caso de atribución del uso al cónyuge en virtud de lo dispuesto en el artículo 96 CC, este debe notificarlo al arrendador a efectos de la subrogación».

Y continúa exponiendo que:

«2ª Puede ocurrir que el tercero sea el propietario y haya cedido el uso de la vivienda a uno de los cónyuges mediante un contrato, que puede ser anterior al matrimonio o durante el mismo. En este caso, atribuida la vivienda al cónyuge no contratante, este no se subroga en la misma relación que ligaba al cónyuge contratante con el propietario, porque el juez no puede crear un título que altere las relaciones contractuales existentes entre las partes (art. 96 CC).

La relación contractual no continúa con el cónyuge no contratante, con lo que se confirma de esta manera la doctrina sentada en nuestra sentencia de 3 de abril 2009 (recurso 1200/2004). Por ello matizando nuestra anterior jurisprudencia, (contenida en las sentencias de 2 diciembre 1992 y 17 de julio 1994 y 14 de abril 2009 entre otras), debe señalarse que, aunque el título que permitió al cónyuge el uso de la vivienda perteneciente al tercero tenga naturaleza contractual, no se mantiene esta relación con el otro cónyuge, que sea atributivo del uso por sentencia dictada en pleito matrimonial. El ejemplo del contrato de arrendamiento es significativo, puesto que el artículo 15LAU y el art. 16LAU permiten que se produzca subrogación siempre que se cumplan los requisitos establecidos en los mencionados artículos».

Vivienda cedida gratuitamente

El contrato de precario no se encuentra regulado en nuestro Código Civil, si bien se menciona en el artículo 1750 en el marco de la regulación legal del contrato de comodato, lo cierto es que ha sido una figura que se ha construido por la jurisprudencia.

Dicho lo anterior, se define como aquella situación que se produce cuando un tercero ocupa un bien ajeno, sin tener título válido para ello, ya sea por carecer de él o por haber dejado de estar en vigor el que tenía, y sin pagar ninguna renta o merced, debido a una mera tolerancia del propietario, que puede, en cualquier momento, proceder a reclamar su devolución. SAP de Málaga n.º 317/2020, de 30 de junio, ECLI:ES:APMA:2020:798.

En los casos en los que una tercera persona es la dueña de la vivienda y la ha cedido de forma gratuita a otra persona, la cual vive en la misma en compañía de su familia, en el momento en el que se produce la quiebra familiar y judicialmente se atribuye el uso de inmueble a la parte que no ostenta ningún vínculo con el tercer propietario (familiaridad, amistad), es el tercer propietario quien tiene en su poder la posibilidad de ejercitar la acción de desahucio por precario, puesto

que el uso de la vivienda deja de ser tolerado y surge la característica esencial que lo define, es decir, la ocupación de un inmueble ajeno sin pagar renta o merced y sin título que lo ampare en la ocupación y uso del inmueble, únicamente por mera tolerancia del titular dominical, por lo que puede ejercerse la acción de desahucio. (STS n.º 1022/2005, de 26 diciembre, ECLI:ES:TS:2005:7530).

Lo importante, por tanto, es que haya pruebas de la existencia de un contrato entre el miembro de la pareja que tiene que abandonar la vivienda y el propietario. En tal caso, existe título y, el miembro de la familia al que se le ha atribuido el uso puede subrogarse y seguir usando el inmueble; de lo contrario, el uso es en precario, y el tercer propietario puede recuperar en inmueble en cualquier momento, incluso sin que haya crisis familiar.

CUESTIÓN

Un matrimonio, propietarios de una vivienda, ceden su uso y disfrute a título gratuito al hijo común para que establezca en ella el domicilio familiar. El hijo del matrimonio, «R», su mujer y sus hijos conviven en la referida vivienda. Posteriormente, mediante sentencia se declara la disolución del matrimonio formado por «R» y su esposa. En el convenio regulador y en la sentencia de divorcio se atribuye el uso y disfrute de la vivienda a la esposa de «R» y sus hijos. Los propietarios ejercitan acción de desahucio por precario contra la que fuera esposa de su hijo. ¿Podrá constituir título jurídico hábil para justificar la posesión, la atribución del uso de la vivienda en la sentencia de divorcio?

No. En el caso de que no exista negocio jurídico alguno que justifique la ocupación, la atribución del uso de la vivienda por sentencia dictada en el ámbito de un procedimiento de familia, no puede constituir un título jurídico válido para justificar la posesión que resulte oponible a terceros ajenos a las relaciones surgidas por el matrimonio y por el procedimiento matrimonial, ni permite reconocer al beneficiario una posición jurídica y una protección posesoria en vigor jurídico superior al que la situación de precario proporciona a la familia, pues ello entrañaría subvenir necesidades familiares, desde luego muy dignas de protección, con cargo a extraños al vínculo matrimonial y titulares de un derecho que posibilita la cesión del uso de la vivienda. (STS n.º 443/2010, de 14 de julio, ECLI:ES:TS:2010:3886 y STS n.º 279/2016, de 28 de abril, ECLI:ES:TS:2016:1890).

Vivienda de protección oficial

Este tipo de viviendas tienen su origen en el mandato constitucional recogido en el artículo 47 de la CE respecto del derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada.

Una vivienda de protección oficial (VPO) o de protección pública (VPP) es aquella que se encuentra regulada por normas de la Administración pública, sobre todo municipal y autonómica (en ocasiones por el Estado), en la que se construye, cumpliendo una serie de requisitos en cuanto a dimensiones máximas y precio (para venta o alquiler). A cambio, el promotor recibe de la Administración una serie de ayudas (subvenciones, etc.) que le compensan por esa limitación del precio de venta o alquiler.

Para tener acceso a estas viviendas hay que cumplir una serie de requisitos, como el de que su destino sea el de vivienda habitual y permanente de la familia, el de encontrarse por debajo del umbral de una cantidad determinada de renta (para ciertas viviendas protegidas), etc. Además, no podrán enajenarse (hasta pasado un tiempo) y su uso estará regulado durante el tiempo que dure la protección.

En lo que se refiere a la atribución de la vivienda familiar (vivienda protegida) cuando surge una situación de crisis, en primer lugar, se estará a lo que pacten las

ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR PASO A PASO

La *atribución de la vivienda familiar* paso a paso aborda las cuestiones fundamentales sobre el concepto de vivienda familiar y su atribución.

Con un enfoque eminentemente práctico, la presente guía pretende dotar al lector de una visión global respecto del concepto y atribución de la vivienda familiar, desgranándose la posición jurisprudencial más reciente al respecto.

El propósito de esta guía es el estudio de todos los supuestos que puedan surgir en torno a la atribución de la vivienda familiar en el día a día, principalmente cuando una pareja se separa o divorcia, de una manera clara y útil.

Como viene siendo costumbre en nuestra colección Paso a paso, con el fin de ofrecer una exposición práctica, la guía incluye resolución directa de preguntas frecuentes, esquemas, análisis jurisprudenciales y una selección de formularios de interés.



www.colex.es



PVP 20,00 €

ISBN: 978-84-1359-356-2

