

# MÁSTER DE ACCESO A LA ABOGACÍA

## TRABAJO FIN DE MÁSTER

### *"LA ADJUDICACIÓN DE LA VIVIENDA EN LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES"*

Presentado por:

**ANA COCO VALCÁRCEL**

Tutelado por:

**FELIX CALVO VIDAL**

Valladolid, Febrero de 2023

*“Dedico mi Trabajo de Fin de Máster a mis padres por su trabajo, dedicación y confianza en mí y en mis estudios”.*

## INDICE

1. HECHOS.....	4
2. CUESTIONES QUE SE PLANTEAN.....	6
3. NORMATIVA APLICABLE.....	7
4. DICTAMEN.....	8
5. CONCLUSIONES.....	32
6. BIBLIOGRAFÍA.....	35
7. JURISPRUDENCIA.....	37

## 1. HECHOS

**PRIMERO.-** Dña. María Luis Pérez, profesora con un salario de 2.500€/n al mes contrajo matrimonio el día 18 de agosto de 2001 en régimen económico de gananciales con D. Jaime Rodríguez Manzano, ingeniero con un salario de 3.000€/n al mes.

**SEGUNDO.-** Ambos deciden al mes después de casarse, proceder a la construcción de una vivienda en la localidad de Coreses (Zamora). Dicha vivienda se construye sobre un terreno el cual es privativo de Dña. María.

**TERCERO.-** Con el objetivo de construir, solicitaron un préstamo hipotecario por un importe de 200.000€, dicho préstamo se suscribió en septiembre del año 2001 estando vigente en la actualidad. Quedando por amortizar 80.000€.  
El citado matrimonio paga 800€ al mes por el préstamo hipotecario.

**CUARTO.-** Fruto del matrimonio, el día 03 de diciembre de 2002 nació su primer hijo Mario, el cual estudia en el distrito que la Universidad de Salamanca tiene en Zamora.  
Dos años más tarde, nació su segunda y última hija Martina, la cual estudia en el instituto I.E.S Claudio Moyano de Zamora.

**QUINTO.-** Debido a las crisis continuas que estaba atravesando el matrimonio, Dña. María decide ponerle fin al matrimonio divorciándose el día 12 de septiembre de 2021.

**SEXTO.-** Como consecuencia de la disolución del matrimonio, se le adjudica el uso y disfrute de la vivienda a Dña. María, al igual que también la custodia de la hija menor.  
Mientras que el hijo mayor de edad convivirá dos semanas con cada progenitor.  
En lo que respecta al período vacacional de los hijos, dado que ambos hijos son estudiantes, lo pasarán por mitades con cada progenitor coincidiendo siempre ambos hijos.

**SÉPTIMO.-** Igualmente, se ha establecido la obligación del padre de prestarle la correspondiente pensión de alimentos a la hija menor por un importe de 400€. Mientras que, para el hijo mayor de edad, no se ha establecido pensión de alimentos alguna dado que este como hemos dicho anteriormente convivirá con ambos progenitores.

En lo que respecta a los gastos extraordinarios serán asumidos por mitades por ambos progenitores.

## 2. CUESTIONES QUE SE PLANTEAN

En relación con el caso anteriormente expuesto, Dña. María acude a nuestro despacho planteándose las siguientes cuestiones jurídicas con la finalidad de que se le asesore en forma de dictamen:

**PRIMERA:** ¿Qué carácter tiene la vivienda?

- ¿Influye el hecho de que esa vivienda fuera la vivienda familiar teniendo por ello una protección especial?
- ¿Es relevante que el terreno donde se construyó la vivienda sea un bien privativo de Dña. María?

**SEGUNDA:** ¿A quién corresponde la parte restante del pago del préstamo hipotecario de la vivienda?

- ¿Qué carácter tendrá esa cantidad pendiente?
- ¿A quién corresponden los gastos de la vivienda familiar antes de la liquidación de la sociedad de gananciales?
- ¿Y después de la liquidación de la sociedad de gananciales?

**TERCERA:** ¿Tiene alguna incidencia en la adjudicación de la vivienda la existencia de dos hijos siendo en la actualidad uno menor y otro mayor, pero ambos económicamente dependientes?

**CUARTA:** En el supuesto de que se adjudique la vivienda a Dña. María:

- ¿Habrá exceso de adjudicación y qué consecuencias fiscales tendría?
- ¿En caso de que hubiera exceso de adjudicación deberá Dña. María abonar algún importe a D. Jaime?

**QUINTA:** ¿Qué ocurrirá si ambos ex-cónyuges deciden vender el inmueble porque no llegan a un acuerdo y no tienen suficiente capacidad económica para adquirirlo?

- En el supuesto de que se decida venderlo en subasta pública, ¿puede verse alterado el derecho de uso concedido a uno de los ex-cónyuges? ¿Qué posibles soluciones habría?

### **3. NORMATIVA APLICABLE**

-Código Civil español de 1889.

--Decreto de 14 de febrero de 1947 por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario.

-Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.

-Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

-Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal.

-Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

-Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

## 4. DICTAMEN

### 1. Sobre la PRIMERA cuestión con relación a ¿qué carácter tiene la vivienda?

Para proceder a responder esta cuestión se debe tener en cuenta el artículo 1347 del Código Civil, el cual hace referencia a que se entienden por bienes gananciales disponiendo lo siguiente:

*“Son bienes gananciales:*

- 1. Los obtenidos por el trabajo o la industria de cualquiera de los cónyuges.*
- 2. Los frutos, rentas o intereses que produzcan tantos los bienes privativos como los gananciales.*
- 3. Los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos.*
- 4. Los adquiridos por derecho de retracto de carácter ganancial, aun cuando lo fueran con fondos privativos, en cuyo caso la sociedad será deudora del cónyuge por el valor satisfecho.*
- 5. Las empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad por uno cualquiera de los cónyuges a expensas de los bienes comunes. Si a la formación de la empresa o establecimiento concurren capital privativo y capital común, se aplicará lo dispuesto en el artículo 1354 del Código Civil”.*

Es decir, como la construcción de la vivienda se hace constante matrimonio y defecto de cualquier otro dato, se debe tomar en consideración que los fondos se obtienen de un préstamo hipotecario celebrado por ambos.

Por consiguiente, en un primer momento cabe pensar que la vivienda tiene un carácter ganancial, en virtud del precepto anteriormente citado, de que se ha adquirido con fondos comunes y de la presunción de ganancialidad la cual se encuentra prevista en el artículo 1361 del Código Civil que dispone:

*“Se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio mientras no se prueba que pertenecen privativamente a uno de los dos cónyuges”*

Dicha presunción <sup>1</sup>opera durante la vigencia de la sociedad de gananciales, aunque los cónyuges se hallen separados de hecho, así como en el momento de su liquidación; si en ésta

---

<sup>1</sup> SANCHEZ CALERO, FJ. *Curso de Derecho Civil IV. Derechos de familia y sucesiones*, Tirant lo Blanch. Valencia, 2019. Págs 189-190.

cualquiera de los cónyuges alega que determinado bien es privativo, deberá demostrar que lo adquirió antes del comienzo de la sociedad, a título gratuito, por subrogación o por accesión.

Esta presunción es *iuris tantum*, la cual puede destruirse mediante prueba en contrario, correspondiendo la carga de la prueba al que niegue el carácter ganancial de un determinado bien, aunque tal declaración sólo produce efectos entre los cónyuges y respecto a los herederos voluntarios del confesante, pero no respecto de sus legitimarios si con ella se perjudica a su legítima, ni respecto a sus acreedores, sean de la comunidad o de cada uno de los cónyuges. Haciendo referencia el artículo 1324 del Código Civil a lo anteriormente expuesto: *“Para probar entre cónyuges que determinados bienes son propios de uno de ellos, bastará la confesión del otro, pero tal confesión por sí sola no perjudicará a los herederos forzosos del confesante ni a los acreedores, sean de comunidad o de cada uno de los cónyuges”*.

En este sentido, se debe tener en cuenta la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 25 de mayo de 2000. N.º de recurso 712-C/1998, la cual dispone *“si se suscita contienda sobre la condición de algún bien la presunción legal arroja por entero la carga de la prueba sobre el que sostenga el carácter no ganancial”*.

**a. ¿Influye el hecho de que esa vivienda fuera la vivienda familiar teniendo por ello una protección especial?**

La vivienda familiar debe ser definida por la utilización conjunta, permanente y habitual donde los miembros de una familia hacen de aquélla y donde priman los intereses de la familia, como entidad propia, frente a los particulares de los cónyuges.

Además, para que la vivienda tenga el carácter de familiar es necesario que cumpla una serie de requisitos que son los siguientes:

1- Ha de constituir el lugar donde habitualmente se desarrolla la convivencia familiar o destinar a servir como asiento del hogar familiar, o la residencia normal de la familiar, con una continuidad presumible, o, en fin, como espacio físico que satisface las necesidades cotidianas de alojamiento.

2- Debe ser un lugar habitable. Si bien, CÁRCABA FERNÁNDEZ<sup>2</sup> señala lo siguiente: “*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*”

3- Asimismo, ha de tener la vivienda la calificación de familiar, ha de estar ocupada efectivamente por la familia, y con carácter principal.

4- La vivienda ha de ser inmueble. No obstante, se admite la existencia como vivienda de muebles que reúnan las condiciones de habitabilidad y que constituyen el alojamiento principal de la familia como roulotte, casas-bote, remolques, tiendas de campaña o cualquier otro que haga las veces de un hogar habitual.

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 el presente caso y a tenor de lo expuesto, se deduce que la vivienda constituye el domicilio habitual tanto de D. Jaime como de Dña. María, por consiguiente, adquiere el carácter de vivienda familiar y teniendo por ello una protección especial refiriéndose a ella el Tribunal Supremo en la Sentencia de 31 de diciembre de 1994. N.º de recurso 20231/1994: “*como un bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o pluri-personal que en ella se asienta, quien quiera que sea el propietario*”, con independencia del régimen que rijan entre los cónyuges (que en este caso y reiterándonos rige el régimen económico de gananciales)

Ahora bien, sí influye el hecho de que la vivienda sea la familiar estando especialmente tutelada o protegida frente a los actos unilaterales de los cónyuges, ya sea durante el matrimonio o durante la separación, siendo necesario citar el artículo 96 del Código Civil en su párrafo tercero y el artículo 1320 respectivamente.

---

<sup>2</sup> CÁRCABA-FERNÁNDEZ, M. *La protección de la vivienda y el mobiliario familiar en el artículo 1320 del Código Civil*. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. Vol.63. Núm. 582. Págs. 1431-1462

Artículo 96 del Código Civil: *“3. Para disponer de todo o parte de la vivienda y bienes indicados cuyo uso haya sido atribuido conforme a los párrafos anteriores, se requería el consentimiento de ambos cónyuges o, en su defecto, autorización judicial. Esta restricción en la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar se hará constar en el Registro de la Propiedad. La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el uso de la vivienda familiar se hará constar en el Registro de la Propiedad. La manifestación errónea o falta del disponente sobre el uso de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe”*

Artículo 1320 del Código Civil: *“Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requería el consentimiento de ambos, o en su caso autorización judicial.*

*La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe”*

En este sentido, se pronuncia la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 31 de octubre. N.º de recurso 599/2007, la cual expone: *“(…) es necesaria la actuación conjunta de ambos cónyuges, para realizar, entre otros, los actos de disposición (Arts. 1375, 1377 y 1378),...no cabe que se contraigan obligaciones contra la sociedad de gananciales si no actúan los dos cónyuges, conjuntamente, o con representación o consentimiento del otro, y que serán anulables los actos de disposición, sean obligaciones o sean dispositivos, que hayan de tener cumplimiento directo sobre un bien ganancial específico (Arts. 1367, 1375 y 1301 del Código Civil)...”*

La jurisprudencia por su parte ha interpretado el artículo 1320 del Código Civil como una norma que lo que persigue es la protección familiar, existiendo por ello diferentes interpretaciones por parte de la doctrina.

Así, mientras una parte de la doctrina considera que el citado precepto, lo que persigue es la protección de la vivienda familiar, protegiendo a uno de los cónyuges contra las iniciativas unilaterales del otro.

Sin embargo, otra parte de la doctrina que el artículo 1320 del Código Civil hace referencia al principio de igualdad.

En palabras del Tribunal Supremo en la Sentencia de 8 de octubre de 2010. N.º de recurso 584/2010, señala que *“el consentimiento es una 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”*

Por último, y atendiendo a lo expuesto anteriormente para disponer de los derechos de la vivienda con naturaleza familiar, el consentimiento del cónyuge no titular de la vivienda se debe tener en cuenta junto con los presupuestos de validez contractual del artículo 1261 del Código Civil.

Artículo 1261 del Código Civil: *“No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:*

- 1. Consentimiento de los contratantes.*
- 2. Objeto cierto que sea materia del contrato.*
- 3. Causa de la obligación que se establezca”.*

Esta protección de la vivienda familiar constituye una garantía de gran fuerza, al establecer una limitación de carácter legal frente al principio general de libre disposición por parte del titular establecido en el artículo 348 del Código Civil. Pero, esa protección no es absoluta, sino que el artículo 1320 del Código Civil anteriormente citado establece una limitación a esta protección.

De tal modo que, si el titular disponente oculta voluntaria o erróneamente el carácter de vivienda familiar a un tercero de buena fe, este no resultara perjudicado en su adquisición. Todo ello siempre que la vivienda este registrada y no conste como familiar en virtud del artículo 34 de la Ley Hipotecaria el cual dispone:

*“El tercero que de buena fe adquiriera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de casos que no consten en el mismo Registro. La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que se conocía la inexactitud del Registro”.*

**b. ¿Es relevante que el terreno donde se construyó la vivienda sea un bien privativo de Dña. María?**

Ahora bien, resulta una cuestión relevante el hecho de que vigente la sociedad de gananciales la construcción de la vivienda fuera en un terreno privativo de Dña. María siendo necesario señalar lo siguiente:

Dado que, en el presente dictamen, la construcción de la vivienda<sup>3</sup> se llevó a cabo con posterioridad a la reforma operada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, en concreto en septiembre de 2001, hay que atender a lo dispuesto en el artículo 1359 del Código Civil el cual dispone lo siguiente:

*“Las edificaciones, plantaciones y cualesquiera otras mejoras que se realicen en los bienes gananciales y en los privativos tendrán el carácter correspondiente a los bienes a que afecten, sin perjuicio del reembolso del valor satisfecho. No obstante, si la mejora hecha en bienes privativos fuese debida a la invasión de fondos comunes o a la actividad de cualquiera de los cónyuges, la sociedad será acreedora del aumento del valor que los bienes tengan como consecuencia de la mejora, al tiempo de la disolución de la sociedad o de la enajenación del bien mejorado”*

Es decir, se establece la accesión de lo construido a favor de la propietaria que en este caso es Dña. María, de tal forma que, si se construye en terreno privativo, pero con dinero ganancial, el terreno y la construcción serán privativos, siendo necesario señalar que la sociedad de gananciales tendrá un crédito frente al cónyuge propietario del terreno.

De igual modo, se deben tener en cuenta una serie de sentencias. Por un lado, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 14 de octubre de 1982, sentencia nº404 (STS 1404/1982) la cual hace referencia a la regulación que existía con anterioridad y posterioridad a la Ley de 1981<sup>4</sup>:

*“...hay que partir de que la edificación con dinero ganancial en suelo propio de uno de los cónyuges era problema que venía resuelto por el artículo 1404 del Código Civil, párrafo segundo, precepto aplicable al caso litigioso, por tratarse de una situación creada con mucha anterioridad a la reforma de 13 de mayo de 1981, en el sentido de apartarse de las reglas de la accesión (sentencia de 6 de noviembre de 1973), y reputar ganancial el resultado de la obra, atrayendo lo edificado al terreno, a diferencia de lo establecido para el nuevo régimen económico matrimonial, pues el artículo 1359 del Código Civil párrafo primero, mantiene el principio ordinario de accesión al disponer que las edificaciones, plantaciones y cualesquiera otras mejoras que se realicen en los bienes gananciales y en los privativos tendrán el carácter correspondiente a los bienes que afecten; precepto aquel que, según había declarado la jurisprudencia, era aplicable también a la hipótesis de un nuevo edificio*

---

<sup>3</sup> SEBASTIAN CHENA, M.S *La liquidación de la sociedad de gananciales. Enfoque práctico de los aspectos sustantivos*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2016. Págs 196-197.

<sup>4</sup> Ob. Cit. *“La liquidación de la sociedad de gananciales. Enfoque práctico de los aspectos sustantivos”*. Pág. 197.

*construido sobre solar privativo a costa del caudal común constante matrimonio, previo el derribo de una vieja edificación. Sentencia de 18 de diciembre de 1954)”*

Y, por otro lado, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería de 2 de marzo del 2000<sup>5</sup>. N.º de recurso 109/1999, la cual dispone lo siguiente: *“Tercero, el primer extremo que plantea el recurrente es referente al carácter privativo del solar donde se asienta la vivienda de la calle Hondillo de Bérchules (Granada); la demandada mantiene su carácter ganancial y la sentencia recurrida no resuelve expresamente el problema, aunque asigna una valoración al suelo y otra a la edificación. Es cierto que en escritura pública de venta de 26 de julio de 1968 el actor en estado de casado con la demandada adquiere la indicada vivienda, finca registral...para su sociedad de gananciales, pero también lo es que la prueba practicada en autos ha puesto de manifiesto que la referida finca la recibió el actor en estado de soltero y que sobre la construcción que había en dicho terreno, se realizó posteriormente, con dinero ganancial, otra nueva, por tanto, si bien es cierto que el artículo 1218 del Código Civil establece que harán prueba frente a los contratantes los documentos públicos en cuanto de las declaraciones que en ellos hubieren hecho aquéllos, no lo es menos que dicha prueba puede ser desvirtuada por otras que vengan a patentizar distinta cosa de lo afirmado en el documento público (SSTS 26 de diciembre de 1983 y 15 de julio de 1985).*

*En el caso presente frente a lo manifestado en aquella escritura consta acreditado por la prueba de confesión de la demandada que la vivienda de Bérchules (Granada) la recibió el actor de su padre, en estado de soltero, procediendo posteriormente los litigantes a derribarla y construir una nueva.*

*Para estos supuestos de edificación con dinero ganancial en suelo propio de uno de los cónyuges es de aplicación el artículo 1359 del Código Civil, según el cual las edificaciones, plantaciones y cualesquiera otras mejoras que se realicen en los bienes gananciales y en los privativos tendrán el carácter correspondiente a los bienes a que afecten, sin perjuicio del resultado del valor satisfecho. Por tanto, el precepto también es aplicable a la hipótesis de un nuevo edificio construido sobre solar privativo a costa del caudal común constante matrimonio, previo el derribo de una vieja edificación (STS 14 de octubre de 1982) anteriormente ya citada.*

*En consecuencia, el actor habrá de reembolsar a la sociedad de gananciales el valor satisfecho para la construcción de la nueva construcción, o en otro caso se podrá optar porque la sociedad de gananciales le abone el valor del terreno (artículo 361 del Código Civil), dada la desproporción existente con el valor de la construcción, opción que deberá ejercitar en ejecución de sentencia”.*

---

<sup>5</sup> MONTERO AROCA, J. *Disolución y liquidación de la sociedad de gananciales*. 4ª edición. Tirant lo Blanch. Valencia, 2014. Págs 382-383

A modo de conclusión, y haciendo hincapié en lo ya expuesto anteriormente, si influye que el terreno donde se construyó la vivienda fuera privativo de Dña. María, señalando el artículo 1359 del Código Civil ya citado, de forma que, si el suelo es privativo de Dña. María, la vivienda que se ha construido sobre dicho suelo durante el matrimonio y con dinero ganancial también lo será.

## **2. Sobre la SEGUNDA cuestión de ¿a quién corresponde la parte restante del pago del préstamo hipotecario?**

El pago de las cuotas correspondientes a la hipoteca<sup>6</sup>, contratada por ambos cónyuges para la adquisición de la propiedad del inmueble destinado a la vivienda familiar, constituye una deuda de la sociedad de gananciales derivada de la adquisición, tenencia y disfrute de los bienes comunes, y como tal queda incluida en el artículo 1362.2 del Código Civil y no constituye una carga del matrimonio a los efectos de lo dispuesto en los artículos 90 y 91 del Código Civil.

Artículo 1362.2 del Código Civil: *“Serán de cargo de la sociedad de gananciales los gastos que se originen por alguna de las siguientes causas:*

*2. La adquisición, tenencia y disfrute de los bienes comunes”*

En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencia de la Sala de lo Civil de 5 de noviembre de 2008 y de 28 de marzo de 2011), sostiene que 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 constituye una deuda de la sociedad de gananciales, al estar incluida dentro del supuesto previsto en el artículo 1362.2 del Código Civil.<sup>7</sup>

Igualmente, se pronuncia la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo en sentencia de 28 de marzo de 2011. N.º de recurso 2177/2007, la cual dispone: *“El bien adquirido y financiado con la hipoteca tiene naturaleza de bien ganancial y como tal corresponderá a ambos cónyuges por mitad. Por tanto, el pago de las cuotas hipotecarias afecta al contenido patrimonial de las relaciones entre los cónyuges, porque si el bien destinado a vivienda familiar se ha adquirido vigente la sociedad de gananciales,*

---

<sup>6</sup> Ob. Cit. *“La liquidación de la sociedad de gananciales. Enfoque práctico de los aspectos sustantivos”*. Pág. 124

<sup>7</sup> Ob. Cit. *“La liquidación de la sociedad de gananciales. Enfoque práctico de los aspectos sustantivos”*. Pág. 125

*deberá aplicarse el artículo 1347.3 del Código Civil que declara la ganancialidad de los bienes adquiridos a título oneroso a cosa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno de los esposos”. Por lo que será de la sociedad de gananciales, tal y como dispone el artículo 1362.2 del Código Civil, la adquisición, tenencia y disfrute de los bienes comunes”*

A la hora de resolver esta cuestión, se debe tener en cuenta que la hipoteca concertada tanto por D. Jaime como por Dña. María, durante el matrimonio a fin de adquirir el inmueble de titularidad común, vigente la sociedad de gananciales constituye, una carga de la misma, según se desprende del precepto anteriormente citado 1362.2 del Código Civil, que deberá ser asumida por ambos cónyuges por mitad y manteniendo su vigencia tras la disociación del matrimonio y consiguiente disolución de dicho régimen económico.

Por consiguiente, el pago de la hipoteca ha de hacerse conforme a lo convenido en la escritura de su constitución.

No obstante, Dña. María si se adjudicase la vivienda, podría hacer uso de la figura de la novación prevista en el artículo 1205 del Código Civil, el cual dispone: *“La novación, que consiste en sustituirse un nuevo deudor en lugar del primitivo, puede hacerse sin el consentimiento de éste, pero no sin el consentimiento del acreedor.”*

Aplicando al caso concreto, para el caso de que Dña. María se adjudicase la vivienda, a efectos de la liquidación, sucedería lo siguiente: dado que la cantidad inicial del préstamo corresponde a 200.000€ quedando por amortizar 80.000€, es decir, se habría amortizado ya la cantidad de 120.000€, Dña. María tendría que abonarle 60.000€ a D. Jaime, en compensación de su mitad de los 120.000€ ya abonados, con la finalidad de hacer uso de la novación hipotecaria, quedando D. Jaime liberado del préstamo y produciéndose así la novación del préstamo, asumiendo Dña. María no solamente la vivienda familiar, sino que también asumiría los 80.000€ pendientes de amortizar, siendo Dña. María la única titular de dicho préstamo novatorio.

Siendo necesario que, en el caso que Dña. María asuma por entero el pago de la parte restante del préstamo, previa compensación en su haber, que, en el documento de liquidación de la sociedad de ganancial, como estipulación final se haga constar lo siguiente<sup>8</sup>:

---

<sup>8</sup> Ob. Cit. *“La liquidación de la sociedad de gananciales. Enfoque práctico de los aspectos sustantivos”*.Pág.151

*“En cuanto al pasivo asumido por Doña..., asume no sólo la parte de la deuda que le corresponde satisfacer a D. .... sino también la parte de la deuda que le venía correspondiente satisfacer a su cónyuge por razón de la ganancialidad de tal deuda, de manera que el préstamo que inicialmente estaba configurado como préstamo a ambos, se configura a partir del día de hoy como préstamo únicamente de Dña....., asumiendo esta exclusivamente por su cuenta y a su cargo el pago total de la deuda y el cumplimiento íntegro de todas las obligaciones derivadas del préstamo-que declara conocer- con el carácter de novación modificativa y no extintiva”.*

Ahora bien, para proceder a la modificación subjetiva de la hipoteca, será requisito indispensable la autorización del banco, siendo frecuente encontrar en las escrituras notariales de liquidación la siguiente advertencia:

*“En relación con la novación que el correspondiente adjudicatario efectúa en la íntegra posición deudora, yo, Notario, advierto a los comparecientes que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1205 del Código Civil, la eficacia de tal asunción de deuda exigirá el consentimiento de la entidad acreedora, ya que, sin dicho consentimiento, ambos comparecientes continuarán respondiendo frente a tal entidad, en los términos inicialmente pactados, sin perjuicio de la eficacia entre ellos de sus pactos internos”.*

Igualmente, también el banco al permitir la salida de una de las garantías que tenía para asegurarse el cobro de la deuda exigirá a Dña. María una garantía adicional al ser la única deudora que se queda como titular del préstamo siendo tales un aumento del tipo de interés o la suscripción de un nuevo aval.

**a. ¿Qué carácter tiene esa cantidad pendiente?**

La cantidad pendiente tendrá un carácter ganancial por lo que hemos venido desarrollando. No obstante, en el supuesto de que Dña. María decida novar el préstamo hipotecario, esa cantidad pendiente tendrá un carácter privativo, pasando a ser en ese supuesto de novación Dña. María deudora del banco.

**b. ¿A quién corresponden los gastos de la vivienda familiar antes de la liquidación de la sociedad de gananciales?**

Desde la disolución hasta la liquidación hay un lapso temporal de tiempo en el que los bienes generan una serie de gastos, ese tiempo comprendido entre la disolución del vínculo de los cónyuges y la liquidación de la sociedad de gananciales se denomina comunidad postganancial.<sup>9</sup>

Ahora bien, surgen dudas en relación con los gastos ocasionados por la vivienda y más especialmente cuando ese uso y disfrute se ha atribuido a uno sólo de los cónyuges a pesar de que la propiedad siga perteneciendo a ambos.<sup>10</sup>

-Gastos de suministros (luz, agua, gas, teléfono etc.): Tomando como referencia la jurisprudencia de nuestros Tribunales, los gastos ordinarios de comunidad y luz corresponden al cónyuge que este disfrutando de la vivienda con carácter exclusivo, desde el momento en que dicho derecho de uso se ha hecho efectivo de hecho o de derecho.

Es decir, en el presente supuesto práctico dado que la atribución del uso y disfrute la tiene Dña. María, esta sería la responsable de los citados gastos de suministro.

-Impuesto sobre Bienes Inmuebles (IBI): El pago de este tributo se considera como un gasto inherente a la propiedad, el cual debe ser asumido por los cotitulares en proporción a sus cuotas, es decir, este gasto deberá ser asumido tanto por D. Jaime como por Dña. María a partes iguales.

A la vista de lo expuesto anteriormente, se debe tomar en consideración, por un lado, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, Sentencia de 1 de junio de 2006. N.º de recurso 4097/1999<sup>11</sup>: *“En cuanto al pago del impuesto sobre bienes inmuebles es un impuesto que recae sobre el derecho de propiedad, no sobre la posesión. El piso, garaje y trastero pertenecían, en dominio, a la comunidad de gananciales y tras la disolución de ésta por la sentencia de separación conyugal, a la comunidad postganancial, romana proindiviso contemplada en los artículos 392 y siguientes del Código Civil que, por*

---

<sup>9</sup> Ob. Cit. “Curso de Derecho Civil IV. Derechos de familia y sucesiones”. Pág. 215

<sup>10</sup> Ob. Cit. “Disolución y liquidación de la sociedad de gananciales” Págs. 307-308 y 309.

<sup>11</sup> Ob. Cit. “La liquidación de la sociedad de gananciales. Enfoque práctico de los aspectos sustantivos. Pág. 126-127.

*ello, corresponde en propiedad, por mitad, a ambos cónyuges. Por tanto, si los has pagado ella, la cantidad abonada integra el pasivo en la liquidación de la comunidad”*

Y, por otro lado, en este mismo sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de mayo de 2015. N.º de recurso 526/2015, la cual expresa: *“En cuanto a los gastos extraordinarios de derrama, IBI y demás gastos de propiedad, seguros etc. deberán ser afrontados al 50% entre ambos cónyuges, independientemente del derecho de uso de la vivienda a favor de uno u otro, y hasta la efectiva liquidación de la sociedad de gananciales, lo cual se determinará en la ulterior fase”*.

-Tasa de recogida de basuras: Este concepto es similar al de suministros, por consiguiente, debe recaer en la persona que disfruta de la vivienda, es decir, en Dña. María, ya que estos gastos son provocados por servicios de los que sólo se beneficia el ocupante del inmueble. Dado que, *“el sujeto pasivo que esta Ley considera en concepto de contribuyentes son las personas físicas o jurídicas que disfruten, utilicen o aprovechen especialmente el dominio público local en beneficio particular”* (Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, N.º de recurso 1038/2011).

-Comunidad de propietarios: En la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2005<sup>12</sup>, Sala Primera. N.º de recurso 3698/1998 estableció el criterio de que la contribución al pago de los gastos generales de comunidad constituye una obligación impuesta no a los usuarios de un inmueble, sino a sus propietarios y en consecuencia debe ser asumida por ambos cónyuges propietarios y no sólo por el ocupante de la vivienda. Estableciendo en el Fundamento de Derecho segundo lo siguiente: *“El motivo primero del recurso-al amparo del artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento civil por inaplicación del artículo 1396.2 del Código Civil, por cuanto que, según acusa, la sentencia impugnada ha excluido del pasivo del inventario la partida correspondiente al crédito de la esposa por los pagos hechos a la Comunidad de Propietarios a la que pertenece la vivienda conyugal, con base en que la recurrente “es la única que viene usado y disfrutando de la citada vivienda y de sus servicios y suministros”, sin embargo esta explicación carece de apoyo legal, pues, según el artículo 9.5 de la Ley de Propiedad Horizontal, la contribución al pago de los gastos generales constituye una obligación impuesta no a los usuarios de un inmueble, sino a sus propietarios y, además, su cumplimiento incumbe a éstos no sólo por la utilización de sus servicios, sino también para la atención de su adecuado sostenimiento-se estima porque la participación en tiempo y forma en los gastos comunes, en bien del comunero, y los desembolsos derivados de la conservación de los bienes y servicios comunes no susceptibles de individualización repercuten a todos los condóminos, sin distinción entre los comunes por naturaleza y por destino, que sean*

---

<sup>12</sup> Ob. Cit. *“La liquidación de la sociedad de gananciales. Enfoque práctico de los aspectos sustantivos”*. Pág. 128

*necesarios para el adecuado sostenimiento del inmueble, de manera que la no utilización de un elemento común no exime del pago de los gastos generados en su mantenimiento, salvo acuerdo de la Junta, determinación en el Título constitutivo o en los propios Estatutos”.*

Por consiguiente y reiterándonos en la doctrina del Tribunal Supremo, el pago de las cuotas de la comunidad de propietarios corresponderá tanto a D. Jaime como a Dña. María.

-Seguro de la vivienda: Es criterio del Tribunal Supremo que corresponde a ambos cónyuges el pago de tal gasto vinculado a la vivienda.

Sin embargo, algunas Audiencias como la de Madrid, la cual señala que dicho gasto debe ser asumido por quien ocupa la vivienda ya que quien no la ocupa no puede generar con su conducta un daño a tercero de los que están cubiertos con tal seguro.

(Sentencia de 23 de julio de 2009, Audiencia Provincial de Madrid. N.º de recurso 380/2009<sup>13</sup>).

Dicha sentencia expone lo siguiente: *“Ello hace que deba prosperar el recurso en cuanto a los gastos de comunidad de propietarios, que ciertamente vienen impuestos a los titulares de la vivienda, pero que han de recaer directamente sobre quien disfruta de la vivienda, así como los gastos de seguro, consecuencia de la ocupación de la vivienda, sin que quepa extenderlos a quien ni la ocupa ni cabe que con su conducta pueda derivar un daño a tercero del que comporte riesgo o daño para tercero. No ocurre lo mismo con el impuesto del IBI o con la hipoteca, que son directa consecuencia de la propiedad que ambas partes ostentan”*).

No obstante, y siguiendo igualmente el criterio del Tribunal Supremo, el gasto correspondiente a los gastos de la vivienda deberá ser abonados por ambos cónyuges, es decir, por D. Jaime y por Dña. María.

A modo de síntesis, y en consonancia con el Tribunal Supremo solamente serán soportados por D. Jaime y Dña. María los gastos que recaen directamente sobre la propiedad, esto es, IBI, derramas extraordinarias de la comunidad de propietarios, cuotas de la hipoteca, seguros obligatorios concertados por razón de la hipoteca, contribuciones especiales pero en ningún caso deberán soportarse por ambos aquellos gastos que solamente sean disfrutados por uno de los copropietarios como son los gastos de suministros y los gastos correspondientes a la tasa de recogida de basuras.

---

<sup>13</sup> Ob. Cit. *“La liquidación de la sociedad de gananciales. Enfoque práctico de los aspectos sustantivos”*. Pág. 127

**c. ¿A quién corresponden los gastos después de la liquidación de la sociedad de gananciales?**

Una vez que se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales y se decida acerca de la titularidad de la vivienda, el cónyuge a quien se le adjudique será el que responda frente a terceros.

**3. Sobre la TERCERA cuestión, ¿tiene alguna incidencia en la atribución del uso de la vivienda la existencia de dos hijos, siendo una menor de edad y otro mayor pero económicamente dependiente?**

La problemática de la adjudicación se encuentra cuando esa vivienda conyugal es un bien ganancial como es en el caso de Dña. María y D. Jaime, es decir, se ha adquirido la vivienda con posterioridad al matrimonio y la misma pertenece a ambos cónyuges por haber sido pagada con dinero ganancial.

Ahora bien, para proceder a adjudicar la vivienda conyugal, el primer paso que se debe dar es disolver y liquidar la sociedad de gananciales, lo cual se lleva a cabo mediante el correspondiente inventario de la totalidad de los bienes, obligaciones y derechos que forman parte de la sociedad de gananciales para finalmente proceder a su reparto equitativo de forma que la propiedad de éstos pase a ser individual de Dña. María y de D. Jaime y no del matrimonio en su conjunto.

Refiriéndonos de nuevo a la pregunta, la vivienda conyugal, se trata del bien con mayor valor de la sociedad, por consiguiente, una vez que se haya hecho la valoración y a la hora de hacer el correspondiente reparto, se debe tomar en consideración que la adjudicación a uno de los cónyuges puede suponer una gran injusticia para el otro, produciéndose un exceso de adjudicación al cual hacemos mención en el presente dictamen.

Es preciso señalar que influye el hecho de que la atribución del uso de la vivienda familiar se haya hecho a Dña. María teniendo en cuenta que esta tiene la custodia de la hija menor mencionando en este sentido el artículo 96 del Código Civil:

*“1. En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobados por la autoridad judicial, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de ella corresponderá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden, hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad. Si entre los hijos menores hubiera alguno en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar después de su mayoría de edad, la autoridad judicial determinará el plazo de duración de ese derecho, en función de las circunstancias concurrentes.*

*A los efectos del párrafo anterior, los hijos comunes mayores de edad que al tiempo de la nulidad, separación o divorcio estuvieran en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, se equiparan a los hijos menores que se hallen en similar situación.*

*Extinguido el uso previsto en el párrafo anterior, las necesidades de vivienda de los que carezcan de independencia económica se atenderán según lo previsto en el Título VI de este Libro, relativo a los alimentos entre parientes.*

*Cuando alguno de los hijos quede en la compañía de uno de los cónyuges y los restantes en la del otro, la autoridad judicial resolverá lo procedente.*

*2. No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes corresponda al cónyuge no titular por el tiempo que prudencialmente se fije siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.*

*3. Para disponer de todo o parte de la vivienda y bienes indicados cuyo uso haya sido atribuido conforme a los párrafos anteriores, se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges o, en su defecto, autorización judicial. Esta restricción en la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar se hará constar en el Registro de la Propiedad. La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el uso de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe.”*

Reiterándonos en lo ya expuesto, en el dictamen que venimos desarrollando, como la custodia de la hija menor ha sido atribuida a Dña. María a tenor del precepto anteriormente citado, sí influye en la atribución del uso de la vivienda la existencia de un hijo menor, ya que, al no existir acuerdo entre los cónyuges, la atribución de la vivienda corresponde al hijo menor y a el cónyuge en cuya compañía queden.

Siendo la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores 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.

Por otro lado, en lo que respecta al hijo mayor edad, la atribución de la vivienda familiar solo procederá de conformidad al artículo 142 del Código Civil el cual señala lo siguiente: “ *Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no sea imputable. Entre los alimentos se incluirán los casos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo*”.

Por consiguiente, el hijo pese a que es mayor de edad se encuentra en una situación objetiva de necesidad que no es imputable a él, lo cual justifica que los padres deben prestarle alimentos entre los que se encuentra la habitación, haciendo el uso de la vivienda familiar junto con el progenitor que convivan y siempre por un tiempo determinado.

En conclusión, influye el hecho de que a Dña. María se le haya atribuido el uso de la vivienda ganancial, siendo una línea de decisión adjudicar la vivienda familiar al mismo cónyuge que tenía el uso, lo que ha llevado a que se solucione la cuestión sin que se planteará los problemas relativos a la influencia de la atribución del uso en la valoración, dado que se parte que la valoración de la vivienda es la normal en el mercado, pero se atribuye en la adjudicación la propiedad de la misma a Dña. María que es quien tiene la custodia de la hija menor.

#### **4. Sobre la CUARTA cuestión en relación con la adjudicación de la vivienda a Dña.**

**María**

##### **a. ¿Habría exceso de adjudicación y qué consecuencias fiscales tendría?**

El exceso de adjudicación se entiende que se produce cuando en el momento de reparto de los bienes y derechos uno de los cónyuges obtenga un lote de mayor valor económico que otro, denominándose en lenguaje jurídico exceso de adjudicación.

El caso más frecuente de excesos de adjudicación se produce cuando el principal bien que integra la sociedad conyugal es un bien inmueble el cual será adjudicado a uno de los

cónyuges recibiendo el otro como compensación una cantidad en metálico, así como los restantes bienes de menor entidad.

En opinión de la Dirección General de Tributos(en adelante, DGT) los excesos de adjudicación están sujetos a impuestos como puede ser el Impuesto de la Renta de las Personas Físicas (en adelante, IRPF) o el Impuesto de Donaciones puesto que se produce una alteración patrimonial. En este sentido diferencian en función de si existe compensación o si de lo contrario no existe tal compensación.

-Si no existe compensación, el cónyuge que percibe menos bienes de los que le corresponderían según su cuota, estaría realización una transmisión a título lucrativo produciendo en su patrimonio una ganancia o pérdida cuantificada en la diferencia entre lo que debía haber perdido (su cuota) y lo realmente adquirido; por el contrario el cónyuge perceptor deberá tributar en el Impuesto de Sucesiones y Donaciones, en concepto de donación, cuantificando dicho exceso por las normas generales de este impuesto.

-Si se produce compensación, se produce una alteración en el patrimonio del cónyuge que la percibe (una incorporación dineraria) lo que dará lugar a una ganancia de patrimonio. En el supuesto de que a uno de los cónyuges se le adjudique la vivienda habitual de carácter ganancial, la compensación que tendrá que satisfacer al otro cónyuge tendrá para el primero la consideración de inversión en vivienda habitual con todos los beneficios fiscales aplicables. Para el cónyuge perceptor de la compensación, la misma tendría el carácter de ganancia o pérdida patrimonial según lo que resulte de calcular la diferencia entre la compensación y el valor actualizado del 50% de la vivienda, en caso de ganancia patrimonial podrá acogerse a la exención por reinversión en vivienda habitual. En definitiva, para la DGT es como si se hubiera efectuado una venta.

En relación al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (en adelante, IAJD), el artículo 45.1 B) del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (en adelante, LITP) señala que estarán sujetas pero exentas en la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas, las adjudicaciones de bienes a los cónyuges en los casos de disolución de la sociedad de gananciales como pago de su aportación a la sociedad conyugal así como las transmisiones que, en pago de sus haberes comunes, se realicen a los cónyuges.

El legislador, teniendo en cuenta que es un supuesto frecuente aquel en el que el matrimonio dispone exclusivamente de la vivienda habitual, ha establecido que no están sujetos a tributación los excesos de adjudicación resultantes de la adjudicación de la vivienda habitual a uno de los cónyuges en los supuestos de disolución del matrimonio. Igualmente, en cuanto al Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados, es la propia DGT la que considera que debe aplicarse también la exención prevista en el artículo 45.1. B) 3 de la LITP el cual dispone: *“Estarán exentas las aportaciones de bienes y derechos verificados por los cónyuges a la sociedad conyugal, las adjudicaciones que a su favor y en pago de las mismas se verifiquen a su disolución y las transmisiones que por tal causa se hagan a los cónyuges en pago de su haber de gananciales”*.

En lo que respecta al Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, establece la no sujeción en los supuestos de transmisiones de bienes inmuebles entre cónyuges o a favor de los hijos, como consecuencia del cumplimiento de sentencia en los casos de nulidad, separación o divorcio matrimonial, sea cual sea el régimen económico matrimonial.

Por tanto, no se considera sujeto a este impuesto el exceso de adjudicación que se produzca como consecuencia de la liquidación de la sociedad de gananciales al adjudicarse un bien indivisible a uno de los cónyuges existiendo la preceptiva consideración. Además, si la Dirección General de Tributos considera que no hay transmisión a los efectos del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y no se produce ningún incremento que pueda quedar gravado, de hecho, al ser un supuesto de no sujeción se conservan los valores y la antigüedad del momento de adquisición por la sociedad conyugal.

Por último, en lo que se refiere al Impuesto sobre Bienes Inmuebles, dado que el devengo del impuesto se produce el 1 de enero de cada año, será el titular a dicha fecha el que deberá soportar el impuesto, no afectando las variaciones que se produzcan durante el año.

En virtud de lo expuesto anteriormente, en el caso concreto resulta evidente que nos encontramos con un exceso de adjudicación, al haberse adjudicado la vivienda a Dña. María.

Por su parte, Dña. María estaría exenta de tributar por el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, señalando el legislador en este caso y

reiterándonos en lo ya expuesto que no están sujetos a tributación los excesos de adjudicación de la vivienda habitual a uno de los cónyuges en el supuesto de la disolución del matrimonio. Igualmente, Dña. María estaría exenta del Impuesto del Incremento de los Terrenos de Naturaleza Urbana, tratándose la transmisión de bienes entre los cónyuges de un supuesto de no sujeción.

Por último, Dña. María al ser la cónyuge adjudicataria de la vivienda habitual, debería declarar el Impuesto sobre Bienes Inmuebles al ser aquélla su titular a fecha de 1 de enero.

**b. ¿En caso de que hubiera exceso de adjudicación deberá Dña. María abonar algún importe a D. Jaime?**

A tenor de lo ya expuesto, al adjudicarse la vivienda a Dña. María se produce un desequilibrio el cual requiere de compensación, siendo lo habitual que la misma se produzca mediante el pago en metálico al cónyuge perjudicado que es D. Jaime.

En términos prácticos, sucedería del siguiente modo:

**INVENTARIO Y VALORACIÓN (AVALUO):** Se hacen dos listas por separado, una con los bienes y derechos, los cuales integran el activo, y otra con las obligaciones, las cuales integran el pasivo de la sociedad de gananciales.

**ACTIVO**

-Casa familiar (200.000€)  
-Mobiliario y enseres (3.000€)

**PASIVO**

-Préstamo hipotecario pendiente de pago (80.000€)

**LIQUIDACIÓN:** Se procede a restar el activo-pasivo de la sociedad de gananciales para obtener el neto de dicha sociedad.

NETO: ACTIVO (203.000€) -PASIVO (80.000€)= 123.000€

Ahora bien, con la finalidad de calcular la cuota que legalmente corresponde a cada cónyuge, se tiene que dividir por la mitad el neto de la sociedad de gananciales

CUOTA NETO:  $123.000/2= 61.500€$

Es decir, para realizar la liquidación, habría que repartir tanto los elementos del activo como del pasivo de forma que, tanto a D. Jaime como a Dña. María le corresponda una cuota de 61.500€.

**ADJUDICACIÓN:** Como en el presente caso se parte de la base de que se le adjudica la vivienda a Dña. María, se produce un desequilibrio al recibir un neto superior al que le corresponde, siendo lo que hemos venido definiendo como exceso de adjudicación.

<u>Cónyuge Dña. María</u>	<u>Cónyuge D. Jaime</u>
<b>ACTIVO</b>	<b>ACTIVO</b>
-Casa familiar (200.000€)	-50% del mobiliario y enseres (1.500€)
-50% del mobiliario y enseres (1.500€)	
<b>PASIVO</b>	<b>PASIVO</b>
-Préstamo hipotecario pendiente de pago (-80.000€)	-No se le adjudica nada
<b>NETO Dña. María:</b> $200.000€ + 1500€ - 80.000€ = 121.500€$ .	<b>NETO D. JAIME:</b> 1.500€

Dña. María, recibirá un exceso de adjudicación de 60.000€ debido a que tendría que haber recibido una cuota de 61.500€ y en cambio ha recibido 121.500€.

En lo que respecta al cónyuge D. Jaime, le faltan 60.000€ dado que se le han adjudicado bienes por valor neto de 1.500€ cuando debería de haber recibido la cantidad de 61.500€.

De este modo, Dña. María al quedarse con la totalidad de la casa tiene que proceder a equilibrar el balance y dar una compensación a D. Jaime, pagándole de su bolsillo la cantidad de 60.000€.

Quedando el reparto del siguiente modo: para Dña. María se le adjudicaría la vivienda y la mitad del mobiliario y enseres, mientras que para D. Jaime se le adjudicaría la otra mitad del mobiliario y enseres. Y se le compensaría con 60.000€ en metálico que le tiene que entregar Dña. María.

**5. Sobre la QUINTA cuestión, ¿qué ocurrirá si ambos ex-cónyuges deciden vender el inmueble porque no llegan a un acuerdo y no tienen suficiente capacidad económica para adquirirlo?**

Se pueden plantear diversas vías, en el supuesto de que no exista acuerdo entre los ex-cónyuges.

En primer lugar, un acto de conciliación previo a una demanda judicial. Es decir, al no llegar a un acuerdo D. Jaime y Dña. María podrían ofrecer uno de los dos la oportunidad de llegar a una conciliación, siendo necesario presentar una papeleta de conciliación ante el Juzgado de Primera Instancia del domicilio, que en este caso sería el Juzgado de Zamora, solicitando llegar a un acuerdo sobre la venta.

Tanto D. Jaime como Dña. María pueden llegar en el Juzgado a un acuerdo el cual se documentará mediante acta judicial que es susceptible de ejecución en vía judicial.

En segundo lugar, nos encontramos con el caso de la subasta, supuesto que se da si ninguna parte quiere adjudicarse el bien y compensar a la otra en metálico, estableciendo el Tribunal Supremo que, en ese supuesto, se puede forzar la venta del bien inmueble en pública subasta y el reparto de lo obtenido según corresponda. Ambos ex-cónyuges podrán acudir al Juzgado para solicitar la subasta voluntaria de una vivienda común existiendo dos tipos de subastas.

Estas subastas, serán acordadas por el Juez, en el caso de que no exista acuerdo entre los ex-cónyuges para adjudicarse la vivienda, ordenando su venta, bien en subasta pública, bien mediante terceros, en la que el precio por el que se venderá el inmueble siempre será menor que el precio de mercado

Por un lado, se encuentra la subasta voluntaria judicial, siendo necesario que el cónyuge interesado en iniciar esta vía presente un escrito ante el Juzgado, acreditando su poder de disposición sobre la vivienda, acompañando un pliego de condiciones particulares con arreglo a las cuales haya de celebrarse la subasta y la valoración del inmueble.

Acordada la procedencia de la subasta, esta se llevará a cabo de forma electrónica en el Portal de Subastas de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, bajo la responsabilidad del Letrado de la Administración de Justicia.

Y, por otro lado, la subasta notarial, dicha subasta será electrónica y se llevará a cabo en el Portal de Subastas de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

La subasta se convocará por el Notario/a, a requerimiento de persona legitimada para instar la venta de la vivienda, previo examen de la solicitud.

En tercer lugar, como posible vía encontramos la acción judicial de extinción de condominio o acción de división de la cosa común, la cual puede instarse judicialmente un procedimiento de extinción de condominio si los copropietarios no se ponen de acuerdo sobre quien se quiere quedar la vivienda compensando al otro con otros bienes o con dinero.

**a. En el supuesto de que se decida venderlo en subasta pública, ¿puede verse alterado el derecho de uso concedido a uno de los ex-cónyuges? ¿Qué posibles soluciones habría?**

En el supuesto de que decidiera venderse el inmueble en subasta pública, no se vería alterado el derecho de uso concedido a uno de los cónyuges<sup>14</sup>, en este caso a Dña. María. Siendo el derecho de uso de la vivienda a favor de uno de los cónyuges acordado en resolución judicial, oponible a los terceros que hayan adquirido la vivienda en subasta consiguiente a la acción de división de la cosa común.

Siendo necesario hay que señalar que Dña. María tiene un título que puede oponer a los terceros adquirentes mientras subsista la situación que dio lugar a la atribución de dicho uso.

Hay que tomar en consideración en este caso la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, Sentencia de 27 de noviembre de 2007. N.º de recurso 4615/2000, la cual expone lo siguiente: *“Esta Sala ha afirmado reiteradamente que la venta en pública subasta no puede alterar el derecho de uso concedido a uno de los cónyuges en sentencia de separación o de divorcio. La jurisprudencia ha venido proclamando la compatibilidad entre la división y la cesación de la comunidad y el derecho de uso, consecuencia de la existencia de una situación jurídica tutelada legalmente y así ya la sentencia de 14 de julio de 1994 decía que subsistiendo la situación producida por el divorcio que determinó la atribución del derecho*

---

<sup>14</sup> Ob. Cit. *“La liquidación de la sociedad de gananciales. Enfoque práctico de los aspectos sustantivos”*. Pág. 177-178

*de uso de la vivienda conyugal a la esposa, debía mantenerse la “indemnidad de la ocupación de la vivienda en tanto dure la temporalidad del disfrute”.*

Sin embargo, sí que se podrá ejercer la acción judicial de división de la vivienda familiar y según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, las viviendas familiares que son copropiedad de ambos cónyuges y cuyo uso ha sido atribuido a uno de ellos, pueden ser objeto de la división a la que se refiere el artículo 400 del Código Civil: *“Ningún copropietario estará obligado a permanecer en la comunidad. Cada uno de ellos podrá pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa común.*

*Esto, no obstante, será válido el pacto de conservar la cosa indivisa por tiempo determinado, que no exceda de diez años. Este plazo podrá prorrogarse por nueva convención.”*

Todo ello garantizando y respetando la atribución judicial de la vivienda. Esto supone que quienes tienen atribuido judicialmente el derecho de uso de la vivienda familiar, no pueden ser desalojados hasta que se modifique la resolución judicial que les favoreció.

Señalando al respecto numerosas sentencias, en primer lugar, la Sentencia del Tribunal Supremo Sala Primera, Sentencia de 27 de febrero de 2012. N.º de recurso 2258/2008: *“El cónyuge titular del derecho de propiedad de la vivienda puede venderla o cederla a un tercero una vez dictada la sentencia en el procedimiento matrimonial. Puede ocurrir también que se trate de una vivienda en copropiedad de ambos cónyuges y que uno de ellos ejerza la acción de división.*

*En estos casos, esta Sala ha venido sosteniendo que el derecho del cónyuge titular es oponible a los terceros, que hayan adquirido directamente del propietario único, o en subasta consiguiente a la acción de división (verse SSTs de 27 de diciembre de 1999, 4 de diciembre de 2000, 28 de marzo de 2003 y 8 de mayo de 2006, entre otras). Las razones se encuentran en la protección de la familia y de la vivienda, y se basan en la buena fe en las relaciones entre cónyuges o ex-cónyuges”.*

En segundo lugar, la Sentencia de la Audiencia Provincial de León, Sección 2ª, Sentencia de 5 de marzo de 2014. N.º 26/2014 de recurso, la cual expone: *“La existencia de la comunidad no afecta a la subsistencia del derecho de uso, y el contador no tenía necesidad de hacer pronunciamiento alguno al respecto, pues es lo cierto, como señala la STS de 27 de junio de 2007, con cita de la sentencia de 27 de diciembre de 1999, que aún en el supuesto de ejercicio de la acción de división de la comunidad “el derecho de uso se mantiene indemne (...) y una eventual venta de la cosa en subasta pública debe garantizar la*

*subsistencia de aquella medida, que sólo puede ser modificada por la voluntad de los interesados, o por decisión judicial adoptada por el órgano jurisdiccional competente en relación con el proceso matrimonial en que se acordó”.*

Por último, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12ª, Sentencia del 11 de febrero de 2010. N.º de recurso 240/2009: *“En conclusión, debe desestimarse esta alegación y estimarse parcialmente el motivo en el sentido de respetar el derecho de habitación de la madre de la apelante, razón por la que debe estimarse parcialmente el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia de 17 de noviembre de 2008, dictada por el Ilmo. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 45 de Barcelona, revocándose parcialmente la misma en el sentido de que la división de la cosa común deberá respetar el derecho de habitación que sobre la vivienda tiene Doña Adoración, así como el derecho de uso que se concede a la demandada, precisándose que el derecho de uso sólo y exclusivamente a la madre mientras las hijas estén bajo su guarda y custodia. Se desestima la impugnación formulada por el actor”.*

En conclusión, Dña. María no vería alterado su derecho de uso, siendo este derecho como hemos señalado, oponible a terceros adquirentes de la vivienda en subasta pública.

Como posible solución, si se podría ejercer la acción de división de la vivienda familiar, con la condición que se garantice y respete la atribución judicial de la vivienda a Dña. María.

## 5. CONCLUSIONES

**PRIMERA.-** La vivienda de D. Jaime y de Dña. María tiene un carácter ganancial perteneciendo a ambos cónyuges.

Teniendo una especial protección dicha vivienda al constituir esta la vivienda familiar, ya que en ella residían ambos cónyuges con sus respectivos hijos hasta el momento de la disolución del matrimonio.

Esa situación deriva de estar especialmente protegida y tutelada frente a los actos unilaterales de los cónyuges señalándose en este sentido los artículos 96 y 1320 del Código Civil.

No obstante, pese a que esa vivienda tiene carácter ganancial, influye el hecho de que se construyera en un terreno privativo de Dña. María, estableciéndose la accesión de lo construido a favor de la propietaria que es Dña. María, siendo el terreno y la vivienda privativos de Dña. María.

**SEGUNDA.-** Las cuotas restantes del pago del préstamo hipotecario constituyen una deuda de la sociedad de gananciales, por consiguiente, deberán ser asumidas tanto por D. Jaime como por Dña. María, teniendo esa cantidad pendiente carácter ganancial.

Ahora bien, Dña. María, podría hacer uso de la novación hipotecaria, con el fin de adjudicarse la vivienda y la parte pendiente de amortizar del préstamo hipotecario. Igualmente, mediante esta novación podrá liberar del préstamo hipotecario a D. Jaime previa compensación a este con la cantidad de 60.000€ . Dicha suma se obtiene de dividir entre ambos la cuantía ya amortizada del préstamo que ascendía 120.000€.

Esa cantidad pendiente en el caso de que se produzca la novación del préstamo pasará a tener carácter privativo de Dña. María.

**TERCERA.-** Los gastos de la vivienda familiar hay que distinguirlos en función de si se ha liquidado o no la sociedad de gananciales.

Si no se ha liquidado la sociedad de gananciales, los gastos de la vivienda familiar deberán ser soportados por ambos cónyuges gastos relativos al Impuesto sobre Bienes Inmuebles,

derramas extraordinarias de la comunidad de propietarios, cuotas de la hipoteca, seguros, así como contribuciones especiales.

Sin embargo, los gastos relativos al suministro y tasas de recogida de basuras serán soportados por quien esté haciendo uso de la vivienda que en este caso es Dña. María.

Una vez que se liquide la sociedad de gananciales, todos los gastos anteriormente citados serán soportados por el cónyuge a quien se adjudique la vivienda.

**CUARTA.-** El hecho de que se haya atribuido a Dña. María el uso de la vivienda familiar, al tener la custodia de la hija menor, influye en que también se le adjudique la vivienda en propiedad, dado que ha sido una línea seguida por el Tribunal Supremo adjudicar la vivienda familiar al mismo cónyuge que tenía atribuido el uso inicialmente.

**QUINTA.-** Al adjudicarse la vivienda Dña. María, resulta evidente que habría exceso de adjudicación debiendo existir una compensación en metálico a D. Jaime de 60.000€, junto con la mitad del mobiliario y enseres de la vivienda familiar.

Además, fiscalmente hablando la adjudicación de la vivienda en favor de Dña. María, estaría exenta de tributar por el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, no estando sujetos a tributación los excesos de adjudicación de la vivienda habitual a uno de los cónyuges en los supuestos de disolución del matrimonio.

Del mismo modo, también estaría exenta del Impuesto del Incremento de los Terrenos de Naturaleza Urbana.

Si que debería Dña. María declarar, el Impuesto sobre los Bienes Inmuebles, al ser la titular a fecha 1 de enero.

**SEXTA.-** En el supuesto de que no se llegue a un acuerdo entre los cónyuges y ninguno de los dos tenga capacidad económica para adquirir el inmueble, podrán plantearse diferentes vías, en primer lugar, podría plantearse un acto de conciliación, en segundo lugar, venderlo en pública subasta. Y, por último, ejercer la acción de división de la cosa común.

He de señalar, que en el supuesto de que decida venderse la vivienda familiar en pública subasta, en ningún caso se vería alterado el derecho de uso concedido a Dña. María, siendo este derecho de uso oponible a terceros que hayan adquirido la vivienda en pública subasta.

Sin embargo, sí que podrá ejercerse la acción de división de cosa común, pero garantizando y respetando la atribución judicial de la vivienda, no pudiendo Dña. María ser desalojada hasta que se modifique la resolución judicial que la favoreció.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

### 6.1 Libros

- GONZALEZ GARCÍA, J, *Curso de Derecho Civil IV: Derecho de familia y sucesiones*, 9ª edición, Valencia 2019, Tirant lo Blanch.
  
- HOLGADO ,E, *Recientes modificaciones legislativas para abogados de familia: modificaciones fiscales, el síndrome de alienación parental y previsiones capitulares*, Madrid 2008, Dykinson.
  
- MARTÍN MELÉNDEZ, M<sup>a</sup> T, *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (Art. 96, P.I, 2 y 3 CC)*. Madrid, Civitas.
  
- MARTÍN MELÉNDEZ, M<sup>a</sup>T, *La liquidación de la sociedad de gananciales*, Madrid 1995, Mc Gray Hill.
  
- MONTERO AROCA, J, *Disolución y liquidación de la sociedad de gananciales* 4ª edición, Valencia 2014, Tirant lo Blanch.
  
- SALAS CARCELLER, A, *Atribución de la vivienda familiar. Análisis práctico de todos los supuestos de atribución del hogar familiar en caso de separación o divorcio de la pareja*. 1ª edición, 2019, Colex.
  
- SEBASTIÁN CHENA, M.S, *La liquidación de la sociedad de gananciales. Enfoque práctico de los aspectos sustantivos*, 1ª edición, Valencia 2016, Tirant lo Blanch.

### 6.2 Artículos de revista

- CÁRCABA FERNÁNDEZ, M. *La protección de la vivienda y el mobiliario familiar en el artículo 1320 del Código Civil*. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. Vol.63. Núm. 582.

### 6.3 Sitios web

<https://www.iberley.es/temas/regulacion-vivienda-familiar-durante-matrimonio-62940>

<http://www.juntadeandalucia.es/iamindex.php/2013-08-08-10-31-21/guia-juridica-sobre-violencia-de-genero-y-derechos-de-las-mujeres/que-gastos-deben-abonarse-con-el-patrimonio-ganancial-tras-la-disolucion-de-la-sociedad>

<https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-civil/civil/quien-corre-con-los-gastos-de-la-comunidad-de-gananciales-no-disuelta-2017-04-28/>

<https://www.mundojuridico.info/atribucion-del-uso-de-la-vivienda-familiar-a-los-hijos-menores/>

## 7. JURISPRUDENCIA

### -Sentencias del Tribunal Supremo

-Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de 14 de octubre de 1982. Sentencia nº404. STS 1404/1982-ECLI:ES:TS:1982:1404.

-Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1994, Sección Primera. STS 20231/1994- ECLI:ES:TS:1994:20231.

-Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2005, Sala Primera. N.º de recurso 3698/1998. STS 3382/2005-ECLI:ES:TS:2005:3382.

-Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de 1 de junio de 2006. N.º de recurso 4097/1999. STS 3326/2006-ECLI:ES:TS:2006:3326.

-Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de 27 de noviembre de 2007. N.º de recurso 4615/2000. STS 7758/2007-ECLI:ES:TS:2007:7758.

-Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre. N.º de recurso 584/2010. STS 5062/2010-ECLI:ES:TS:2010:5062.

-Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de 28 de marzo de 2011. N.º de recurso 2177/2007. STS 1659/2011-ECLI:ES:TS:2011:1659.

-Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2012, Sala Primera. N.º de recurso 2258/2008. STS 1082/2012-ECLI:ES:TS:2012:1082.

### -Sentencias de la Audiencia Provincial

-Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería de 2 de marzo del 2000. N.º de recurso 109/1999. SAP AL 302/2000-ECLI:ES:APAL:2000:302.

-Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 25 de mayo del 2000. N.º de recurso 712-C/1998. SAP A 2597/2000-ECLI:ES:APA:2000:2597.

-Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 31 de octubre de 2007. N.º de recurso 599/2007. SAP V 2434/2007-ECLI:ES:APV:2007:2434.

-Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 23 de julio de 2009. N.º de recurso 380/2009. SAP M 9540/2009-ECLI:ES:APM: 2009:9540.

-Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12ª, Sentencia de 11 de febrero de 2010. N.º de recurso 240/2009. STS B 1669/2010-ECLI:ES:APB: 2010:1669.

-Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid. N.º de recurso 1038/2011.  
SAP M 8641/2012-ECLI:ES:APM: 2012:8641.

-Sentencia de la Audiencia Provincial de León, Sección Segunda, Sentencia de 5 de marzo de 2014. N.º de recurso 26/2014. SAP LE 207/2014-ECLI:ES:APLE:2014:207.

-Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de mayo de 2015. N.º de recurso 526/2015. SAP M 446/2016-ECLI:ES:APM:2016:446.