

En la presente obra, de autoría plural, se ofrece un estudio completo, y complejo, sobre el problema de la atribución de la vivienda familiar en los casos de crisis de pareja, que no solo atiende al Derecho común vigente, sino también a su progresivo desarrollo habido por obra de nuestra más reciente jurisprudencia, ante la parquedad del art. 96 CC. Pero también se contienen en esta obra propuestas *de lege ferenda*, de inminentes reformas que el art. 96 CC tal vez requiera, tan inspiradas, algunas de ellas, en leyes autonómicas que regulan la cuestión con más detalle, y que son también abordadas en la presente obra, con miras no solo a las rupturas matrimoniales, sino también a las de parejas no casadas, distinguiendo siempre según haya o no descendencia (y menores que proteger con prioridad), cuya previsión normativa en nuestro país sigue siendo tan dispar y descompensada.

Para la realización de esta obra se ha contado con verdaderos expertos en la materia, provenientes, unos, de la Universidad y, otros, de la práctica profesional (como abogados y mediadores, notarios y registradores), cuyas visiones, antes que antagónicas, se complementan en el tratamiento conjunto de idéntica cuestión.

**REUS**  
EDITORIAL

**Registradores**  
DE ANDALUCÍA OCCIDENTAL

ISBN: 978-84-290-1992-6  
  
9 788429 019926

**REUS**  
EDITORIAL

Menores y crisis de pareja:  
la atribución del uso de la vivienda familiar

Guillermo Cerdeira  
Bravo de Mansilla  
(Director)



Monografías

Colección **JURÍDICA GENERAL**



## Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar

GUILLERMO CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA  
(Director)

MANUEL GARCÍA MAYO  
(Coordinador)

Ana Laura Cabezuelo Arenas	Chantall Moll de Alba Lacuve
Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla	María Luisa Moreno Torres
María Dolores Cervilla Garzón	Isabel Medina Suárez
Javier Feás Costilla	Francisco Oliva Blázquez
Carmen Fernández-Villavicencio Álvarez-Ossorio	Eugenio Pizarro Moreno
Manuel García Mayo	Juan José Pretel Serrano
Carmen Hernández Ibáñez	Ana Moreno Sánchez-Moraleda
Aurora López Azcona	Lucía Vázquez-Pastor Jiménez

Prólogo  
GUILLERMO CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA

Monografías

El contrato de servicios en el nuevo Derecho contractual europeo, Paloma de Barrón Arniches (2011).

La reproducción asistida y su régimen jurídico, Francisco Javier Jiménez Muñoz (2012).

En torno a la sucesión en los títulos nobiliarios, Carlos Rogel Vide y Ernesto Díaz-Bastien (2012).

La ocupación explicada con ejemplos, José Luis Moreu Ballonga (2013).

Orígenes medievales del Derecho civil. El universo de las formas. Lo jurídico y lo metajurídico, Jesús Ignacio Fernández Domingo (2013).

Sociedad de gananciales y vivienda conyugal, Carmen Fernández Canales (2013).

El precio en la compraventa y su determinación, Carlos Rogel Vide (2013).

Formación del contrato de seguro y cobertura del riesgo, Miguel L. Lacruz Mantecón (2013).

Derecho de obligaciones y contratos, Carlos Rogel Vide (2ª edición, 2013).

Los medicamentos genéricos, entre la propiedad privada y la salud pública, Antonio Juberías Sánchez (2013).

Aceptación y contraoferta, Carlos Rogel Vide (2014).

Los contratos como fuentes de normas. Contratos marco, contratos normativos y contratos de colaboración, Olivier Soro Russell (2014).

Derecho financiero y tributario I, José Miguel Martínez-Carrasco Pignatelli (2014).

La reforma de los arrendamientos urbanos efectuada por la Ley 4/2013, Marta Blanco Carrasco (2014).

La mera tolerancia, Jesús Ignacio Fernández Domingo (2014).

Derecho de la Unión Europea, Carlos Francisco Molina del Pozo (2ª edición, 2015).

La nuda propiedad, Carlos Rogel Vide (2015).

Derecho financiero y tributario I, José Miguel Martínez-Carrasco Pignatelli (2ª edición, 2015).

Daños medioambientales y derecho al silencio, Luis Martínez Vázquez de Castro (2015).

Ética pública y participación ciudadana en el control de las cuentas públicas, Luis Vacas García-Alós (2015).

El contrato de sociedad civil: delimitación y régimen jurídico, Eduardo Serrano Gómez (2015).

Convivencia de padres e hijos mayores de edad, Miguel L. Lacruz Mantecón (2016).

Separaciones y divorcios ante notario, Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla (Dir.-Coord.) (2016).

El principio de la autonomía de la voluntad privada en la contratación: génesis y contenido actual, Olivier Soro Russell (2016).

Derecho de cosas, Carlos Rogel Vide (2ª edición, 2016).

La perfección del contrato –últimas tendencias–, Ignacio de Cuevillas Matozzi y Rocco Favale (2016).

Derecho de obligaciones y contratos, Carlos Rogel Vide (3ª edición, 2016).

Los gastos del pago, Verónica de Priego Fernández (2016).

Manual de la jurisdicción contencioso-administrativa, Antonio Mozo Seoane (2017).

Préstamo para compra de vivienda y vinculación de ambos contratos, Miguel Ángel Tenas Alós (2017).

La sucesión legal del Estado, Miguel L. Lacruz Mantecón (2017).

Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar, Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla (Dir.) y Manuel García Mayo (Coord.) (2017).

COLECCIÓN JURÍDICA GENERAL  
*Monografías*

Director: CARLOS ROGEL VIDE  
Catedrático de Derecho Civil  
Universidad Complutense de Madrid

# MENORES Y CRISIS DE PAREJA: LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla  
(Director)  
Manuel García Mayo  
(Coordinador)

Ana Laura Cabezuelo Arenas	Chantall Moll de Alba Lacuve
Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla	María Luisa Moreno Torres
María Dolores Cervilla Garzón	Isabel Medina Suárez
Javier Feás Costilla	Francisco Oliva Blázquez
Carmen Fernández-Villavicencio Álvarez-Ossorio	Eugenio Pizarro Moreno
Manuel García Mayo	Juan José Pretel Serrano
Carmen Hernández Ibáñez	Ana Moreno Sánchez-Moraleda
Aurora López Azcona	Lucía Vázquez-Pastor Jiménez

Prólogo  
Guillermo Cerdeira Bravo De Mansilla



**Registadores**  
DE ANDALUCÍA OCCIDENTAL

Madrid, 2017

# ANÁLISIS CRÍTICO DE LA REGULACIÓN DE LA EXTINCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN EL CÓDIGO CIVIL CATALÁN Y REFORMA DEL ART. 96 CC

CHANTAL MOLL DE ALBA LACUVE  
*Profesora Agregada de Derecho Civil  
Universidad de Barcelona*

SUMARIO: I. LA CAUSA DE EXTINCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN EL CCC DEPENDE DE CUÁL FUE EL CRITERIO DE ATRIBUCIÓN DEL USO.- II. OTRAS CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL DERECHO DE USO QUE NO APARECEN COMO TAL EN EL CCC.- III. LA «EXCLUSIÓN» DE LA ATRIBUCIÓN DEL USO.- IV. LA EXTINCIÓN DE LA ATRIBUCIÓN DEL DERECHO DE USO EN LA PAREJA DE HECHO EN EL CC.- V. ASPECTOS POSITIVOS DE LA REGULACIÓN CATALANA.- VI. ASPECTOS MEJORABLES DE LA REGULACIÓN CATALANA.

El Código civil catalán (en adelante CCC), en su Libro Segundo, ofrece una regulación detallada de la atribución del uso de la vivienda familiar como efecto de la crisis matrimonial<sup>1</sup>, así como de la ruptura de la pareja de hecho<sup>2</sup>. Han transcurrido más de seis años desde su entrada en vigor y este régimen jurídico ha sido aplicado por Jueces y Tribunales. Por otra parte, a nivel estatal, en julio de 2013 se publicó un Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad separación

<sup>1</sup> Arts. 233-20 a 233-25 CCC.

<sup>2</sup> Art. 234-8 CCC.

o divorcio en el que se planteaba la posible reforma del art. 96 CC que es el que actualmente regula esta materia<sup>3</sup>. Resulta por lo tanto interesante,

<sup>3</sup> Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación o divorcio de 19 de julio de 2013 [http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292411095335?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=Medios&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DAnteproyecto\\_de\\_Ley-\\_\\_Custodia\\_Compartida\\_CM\\_19-7-13.pdf&blobheadervalue2=1288781716675](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292411095335?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=Medios&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DAnteproyecto_de_Ley-__Custodia_Compartida_CM_19-7-13.pdf&blobheadervalue2=1288781716675).

*Art.1 del Anteproyecto: Ocho.— Se modifica el artículo 96, que pasa a quedar redactado de la siguiente manera: «1. El Juez podrá aprobar, si lo considera conveniente para la protección del interés superior de los menores, las medidas que pacten los progenitores sobre el lugar o lugares de residencia de los hijos menores o con la capacidad judicialmente completada que dependan de ellos, o acordará aquéllas que considere procedentes en congruencia con las medidas acordadas sobre la guarda y custodia de los hijos, debiendo quedar, en todo caso, garantizado adecuadamente su derecho a una vivienda digna. Igualmente deberá determinarse un domicilio de los menores a efectos de empadronamiento. 2. Cuando no se hubiera podido dar un destino definitivo a la vivienda familiar, enseres y ajuar existentes en el mismo, la atribución de su uso se hará por el Juez en función de lo que sea más conveniente para los intereses de los hijos. Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente. En todo caso, siempre que no fuera atribuido su uso por periodos alternos a ambos progenitores, y fuera compatible con los intereses de los hijos, se atribuirá al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda, si el régimen de guarda y custodia de los hijos fuera compartida entre los progenitores o si los cónyuges no tuvieran hijos o éstos fueran mayores de edad. Excepcionalmente, aunque existieran hijos menores o con la capacidad judicialmente completada dependientes de los progenitores, el Juez puede atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge que no tiene su guarda y custodia si es el más necesitado y el progenitor a quien corresponde la guarda y custodia tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos. 3. En el caso de atribuirse el uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores por otorgarle la guarda y custodia de los hijos y ésta fuera privativa del otro progenitor o común de ambos, lo será hasta que tenga la obligación de prestarles alimentos o se liquide la vivienda. En los demás supuestos, lo será por un tiempo máximo de dos años, mientras se procede a la liquidación del inmueble en los términos indicados. De continuar teniendo dificultades para encontrar vivienda, o en el supuesto de no haber podido realizar su liquidación en este tiempo, con carácter excepcional, podrá solicitarse, con tres meses de antelación, una prórroga por un año, debiendo tramitarse por el procedimiento establecido para la modificación de medidas definitivas. 4. La atribución a uno solo de los progenitores del uso de la vivienda se tendrá en cuenta al fijar la cuantía de la pensión de alimentos y de la prestación compensatoria que eventualmente tenga que abonar el otro cónyuge. 5. Mientras se mantiene la atribución de uso, los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación de la vivienda, incluidos los de comunidad y suministros, y las tasas corren a cargo del cónyuge beneficiario del derecho de uso, siendo los extraordinarios y el pago de los impuestos a cargo del propietario o propietarios conforme a lo dispuesto en el título. Excepcionalmente, atendiendo a la capacidad económica de los cónyuges y sus necesidades, el Juez podrá acordar que sea el cónyuge a quien no se le haya atribuido el uso de la vivienda quien se haga cargo de todos o parte de los gastos ordinarios. En el supuesto de vivienda con carga hipotecaria o con obligaciones contraídas por razón de su adquisición o mejora, incluidos los seguros vinculados a esta finalidad, deben satisfacerse por los cónyuges de acuerdo con lo dispuesto en el título de constitución. 6. Para disponer de la vivienda*

realizar un análisis crítico de la experiencia catalana, de sus aciertos y de sus deficiencias, de cara a la posible reforma del Código civil estatal en los próximos años.

## I. LA CAUSA DE EXTINCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN EL CCC DEPENDE DE CUÁL FUE EL CRITERIO DE ATRIBUCIÓN DEL USO

La causa de extinción de la atribución del uso en el CCC depende de cuál fue la causa por la que se atribuyó dicho uso en el momento de la crisis matrimonial<sup>4</sup>. En el derecho civil catalán el uso se puede atribuir o bien por pacto entre las partes o bien por decisión judicial<sup>5</sup>. En el primer caso, el uso se extingue por las causas pactadas. Si por el contrario la atribución del uso se hizo por decisión judicial, hay que analizar si el Juez atribuyó el uso por el criterio de la guarda de los menores o bien por el criterio de la mayor necesidad de uno de los cónyuges.

Si el uso se atribuyó por el criterio de la guarda de los menores, entonces el uso de la vivienda se extingue por la finalización de la guarda. Dicha guarda, y, por lo tanto, dicho uso, puede finalizar o bien porque los hijos alcanzan la mayoría de edad (18 años), o bien porque el otro cónyuge ha interpuesto un procedimiento de modificación de medidas y —ya sea de mutuo acuerdo, o de forma contenciosa— se establece que la guarda pasa a ser compartida o a favor del progenitor actor. Es importante destacar que, aunque la regla general es que el fin de la guarda implica el fin de la atribución del uso, es posible que, excepcionalmente, pese a que la guarda haya

cuyo uso haya sido atribuido a los hijos menores cuya guarda y custodia sea ejercitada por un progenitor, ya fuera privativa del otro o común, se precisará el consentimiento de ambos, debiendo poner en conocimiento del Juzgado el cambio de residencia de los menores o, en su defecto, la autorización judicial. 7. Si los cónyuges poseyeran la vivienda en virtud de un título diferente al de propiedad, los efectos de la atribución judicial de su uso quedarán limitados a lo dispuesto por el título, de acuerdo con la ley. Cuando los cónyuges detentaran la vivienda familiar por tolerancia de un tercero, los efectos de la atribución judicial de su uso acabarán cuando éste le reclame su restitución, debiendo preverse, para tal caso, la adecuación de las pertinentes prestaciones alimentarias o pensión compensatoria, en su caso, a la nueva situación. 26 8. El derecho de uso de la vivienda familiar atribuido a un cónyuge se podrá inscribir o, si se ha atribuido como medida provisional, anotar preventivamente en el Registro de la Propiedad».

<sup>4</sup> Art. 233-24 CCC

<sup>5</sup> Art. 233-20 CCC

finalizado, no se extinga la atribución del uso si el cónyuge beneficiario del uso demuestra que tiene mayor necesidad que el otro<sup>6</sup>.

Si el Juez atribuyó el uso de la vivienda por el criterio de la mayor necesidad entonces el uso de la vivienda familiar se extingue en los siguientes supuestos:

- a) Por mejora de la situación económica del cónyuge beneficiario del uso
- b) Por empeoramiento de la situación económica del otro cónyuge
- c) Por matrimonio o por convivencia marital del cónyuge beneficiario del uso con otra persona.
- d) Por el fallecimiento del cónyuge beneficiario del uso.
- e) Por el vencimiento del plazo por el que se estableció o, en su caso, de su prórroga.
- f) De común acuerdo entre los cónyuges o por renuncia del cónyuge beneficiario<sup>7</sup>.

En mi opinión todos estos supuestos de extinción que el CCC sólo contempla para el caso en el que el Juez hubiera otorgado el uso por razón de la mayor necesidad, habrían de establecerse con carácter general, incluso si se atribuyó el uso por razón de la guarda de los menores. Actualmente, la vivienda suele ser el principal y único activo de las familias y a menudo implica un pasivo por la carga hipotecaria. Es muy probable que el cónyuge que ha cedido el uso se encuentre en una situación habitacional delicada, viviendo en casa de familiares y teniendo que pagar la cuota hipotecaria de un piso que no puede disfrutar. Si la situación económica del beneficiario del uso mejora, o si empeora la del otro cónyuge, o si aparece una pareja sentimental que vive «gratis» en la vivienda familiar, es totalmente justo que se permita la solicitud de la extinción del uso. El Código civil catalán ha sido demasiado restrictivo al considerar que estos supuestos de hecho tan comunes, sólo provocan la extinción del uso si éste se hubiese atribuido

<sup>6</sup> Si la guarda finaliza por alcanzarse la mayoría de edad, entonces el cónyuge beneficiario del uso puede alegar el criterio de la necesidad en un procedimiento de modificación de medidas seis meses antes de que se cumpla la mayoría de edad. Si la guarda finaliza como consecuencia de un procedimiento de modificación de medidas, en el que se ha decretado la guarda a favor del otro progenitor o la guarda compartida, será en el ámbito de este procedimiento que el beneficiario del uso habrá de solicitar que se mantenga el uso alegando el criterio de mayor necesidad.

<sup>7</sup> Esta última causa de extinción ha sido añadida por la Ley catalana 3/2017, de 15 de febrero, del Libro sexto del Código civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos, y de modificación de los libros primero, segundo, tercero, cuarto y quinto y que entrará en vigor el 1 de enero de 2018.

por la mayor necesidad de uno de los cónyuges, circunstancia que, en la práctica, es un muy excepcional.

## II. OTRAS CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL DERECHO DE USO QUE NO APARECEN COMO TAL EN EL CCC

Aunque el Código civil catalán no las relaciona como causas de extinción expresamente, el uso de la vivienda familiar también se puede extinguir por otros motivos.

Según el art. 233-21.2 CCC, si los cónyuges poseen la vivienda en virtud de un título diferente al de propiedad, los efectos de la atribución judicial de su uso quedan limitados por lo dispuesto por el título, de acuerdo con la ley. Los títulos por los que los cónyuges podrían detentar la vivienda pueden ser, tanto contratos que impliquen el goce y disfrute del bien inmueble — tales como un contrato de arrendamiento o de comodato — como títulos por los que se constituyen derechos reales poseíbles, como, por ejemplo, un derecho de usufructo sobre la vivienda familiar, un derecho de superficie, un derecho de uso y habitación o incluso un derecho de anticresis.

En estos casos en los que los cónyuges poseen la vivienda familiar en virtud de un título distinto al de propiedad; la atribución judicial del uso tiene los límites que establezca el título en cuanto régimen jurídico, duración, extinción, etc.

Si los cónyuges detentan la vivienda familiar por tolerancia de un tercero, los efectos de la atribución judicial de su uso acaban cuando este reclama su restitución. Este caso es muy frecuente en la práctica y se da cuando por ejemplo los padres de uno de los cónyuges son propietarios de varios inmuebles y «dejan»; «toleran» que su hijo y su pareja ocupen una de esas viviendas. No hay contrato, no hay título que fundamente esa posesión. La posesión del bien inmueble por parte de los cónyuges es «en precario» pero no por ello la vivienda deja de tener el carácter de «vivienda familiar» de la pareja y sus posibles hijos.

Es interesante destacar que, en estos supuestos de vivienda familiar detentada por tolerancia de un tercero, el legislador no ha excluido la atribución de la vivienda. Es posible que el Juez atribuya esa vivienda a uno de los cónyuges siguiendo los criterios del art. 233-20 CCC: atribución al progenitor custodio o atribución al cónyuge más necesitado. Lo que dice la ley es que, en estos casos de vivienda familiar detentada por tolerancia de un tercero, la atribución judicial del uso es «claudicante» puesto que cesará de forma automática en cuanto el titular del bien inmueble reclame

su sustitución. El cónyuge beneficiario del uso estará por lo tanto con la «espada de Damocles» y cualquier día podrá ver su derecho extinguido ante la reclamación de los titulares del bien inmueble.

Por ello, la ley señala que en caso de extinción del derecho de uso por reclamación del titular la sentencia puede ordenar la adecuación de las pertinentes prestaciones alimentarias o compensatorias para así cubrir la necesidad de vivienda del cónyuge que fue beneficiario del uso y de los hijos.

Otro supuesto no regulado expresamente por el CCC y muy frecuente en la práctica, es la extinción del uso de la vivienda familiar por la dación en pago a la entidad acreedora del préstamo hipotecario o bien como consecuencia del procedimiento de ejecución hipotecaria por parte de dicha entidad como consecuencia del impago de cuotas hipotecarias.

### III. LA «EXCLUSIÓN» DE LA ATRIBUCIÓN DEL USO

En el art. 233-21 del CCC aparece un concepto distinto a la «extinción del derecho de uso» que es la «exclusión de la atribución del derecho de uso». Lo cierto es que resulta muy difícil distinguir la figura de la «exclusión» de la «extinción» puesto que en la práctica tienen la misma consecuencia: no hay un uso atribuido a uno de los cónyuges.

La diferencia podría parecer que es de índole cronológica. La «exclusión» sería una pretensión de carácter negativo o excluyente previa a la atribución. Operaría como una suerte de *exceptio*: ante la solicitud de un cónyuge de la atribución del uso; se opone la *exceptio* de exclusión del derecho de uso<sup>8</sup>. Por el contrario, la extinción operaría cuando ha habido una atribución previa del uso. Sin embargo, esta distinción no resulta muy acorde con la práctica, puesto que nada impide que se solicite la «exclusión» del derecho de uso como una pretensión en una demanda de modificación de medidas para precisamente extinguir el derecho de uso ya atribuido. Así pues, considero que sería preferible regular como supuestos de «extinción» del uso, lo que el legislador catalán llama supuestos de «exclusión» del uso.

Según el CCC, la autoridad judicial, a instancia de uno de los cónyuges, nunca de oficio, puede excluir la atribución del uso de la vivienda familiar en dos supuestos.

El primero es cuando el progenitor custodio tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos. Según la regla general;

<sup>8</sup> También cabe solicitar la exclusión del derecho de uso en la propia demanda de separación o divorcio, siempre y cuando se acrediten las circunstancias que exige la ley.

el progenitor custodio sería beneficiario del uso por razón de la guarda de los hijos, sin embargo, se solicita la exclusión del uso por considerar que tiene «medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos». Este caso podría darse por ejemplo cuando el progenitor custodio es titular de otros bienes inmuebles<sup>9</sup>; o tiene unas rentas inmobiliarias, mobiliarias, por actividades económicas o por razón del trabajo que le permiten adquirir o arrendar otra vivienda. También se daría este supuesto cuando, siendo la vivienda familiar un bien común; el progenitor custodio tuviere medios suficientes para adquirir la cuota parte de la vivienda perteneciente al otro cónyuge, ya sea con el capital de sus depósitos bancarios; ya sea mediante un préstamo hipotecario. Por último, cabe destacar que este supuesto de «exclusión» se puede utilizar para lograr la extinción del uso cuando el progenitor custodio convive con una pareja. Si ha formado una nueva unidad familiar con esa nueva pareja y ésta tiene recursos económicos, entonces los recursos de la nueva unidad han aumentado, procede la «exclusión» y por lo tanto la «extinción» del derecho de uso atribuido<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Este criterio también lo encontramos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así la STS 191/2011, de 29 de marzo de 2011 dice que «cuando el hijo no precisa de la vivienda familiar, por encontrarse satisfechas sus necesidades de habitación a través de otros medios, como ocurre en el caso presente, en que la madre ha adquirido una nueva vivienda que ostenta en copropiedad con la nueva pareja con quien convive, no puede pretenderse una especie de reserva de la que fue vivienda familiar durante el matrimonio para poder usarla en el hipotético caso en que no fuera posible el uso de la vivienda en la cual ahora el hijo convive con la titular de su guarda y custodia. Como se ha dicho antes, la atribución del uso del que fue hasta el momento de la separación el domicilio familiar constituye una forma de contribuir al deber de alimentos de los hijos, aspecto que en el presente caso, se encuentra perfectamente cubierto por la aportación de la madre que no ha de olvidarse, tiene también el deber de prestarlos a su hijo menor. La atribución del uso al menor y al progenitor se produce para salvaguardar los derechos de este, pero no es una expropiación del propietario y decidir en el sentido propuesto por la recurrente sería tanto como consagrar un auténtico abuso del derecho, que no queda amparado ni en el art. 96, ni en el art. 7 CC».

La SAP Barcelona 926/2016, de 28 de noviembre de 2016, excluye el uso atribuido en proceso anterior porque la beneficiaria ha mejorado sustancialmente su situación económica lo que permite aplicar el art. 233-21.1.a CCCat.

<sup>10</sup> Este supuesto lo contempla la SAP Barcelona 476/2013, de 25 de junio de 2013: «La madre vive con una nueva pareja, con quien ha tenido un nuevo hijo. Esto significa, como alega el apelante, que su capacidad para procurarse una vivienda ha aumentado, pues el nuevo compañero tiene la obligación de contribuir a satisfacer la necesidad de vivienda familiar, según el artículo 231-6 CCC». De los datos señalados se desprende que la madre, a corto plazo, continúa siendo la más necesitada, pero no tanto como para atribuirle el uso hasta el cese de la guarda del niño. Procede la limitación a dos años, para poder acomodarse, ya sea cesando en la indivisión ya sea vendiendo la vivienda y procurarse un domicilio con lo obtenido, excluyendo en este momento la atribución (artículo 233-21.1.a CCC)».

También cabe citar STJ Catalunya 8/2014, de 3 de febrero de 2014 que declara que «nada impide que la disponibilidad de esos «medios» venga determinada por la constitución de una nueva

El segundo caso de exclusión del derecho de uso corresponde se da cuando el cónyuge que debería ceder el uso puede pagar prestaciones económicas que cubran los gastos de vivienda del otro cónyuge y de los hijos. Estaríamos ante el caso en el que el cónyuge que, según la aplicación de las reglas del art. 233-20 CCC, debería ceder el uso de la vivienda familiar al otro cónyuge (por ser el progenitor custodio o por ser el cónyuge más necesitado) solicita que no se declare la atribución del uso porque él puede asumir y garantizar suficientemente el pago de las pensiones de alimentos de los hijos y, si procede, de la prestación compensatoria del otro cónyuge en una cuantía que cubra suficientemente las necesidades de vivienda de éstos. Este caso se daría por ejemplo si la pensión de alimentos incluyera el gasto de alquiler de una nueva vivienda para el cónyuge custodio y los hijos; o si la prestación compensatoria pagada al otro cónyuge es suficiente para que éste pueda adquirir una nueva vivienda.

#### IV. LA EXTINCIÓN DE LA ATRIBUCIÓN DEL DERECHO DE USO EN LA PAREJA DE HECHO EN EL CC

En cuanto a la extinción de la atribución del derecho de uso en caso de ruptura de una pareja de hecho, el CCC remite a lo establecido en los arts. 233-21 («exclusión del derecho de uso») y art. 233-25 (extinción) para las parejas casadas y que hemos comentado anteriormente.

La única diferencia entre la ruptura de parejas casadas o de hecho, es que, a falta de pacto entre las partes, en las parejas de hecho, el Juez sólo puede atribuir el uso a uno de los miembros de la pareja si hay hijos comunes, en cambio si la pareja está casada puede atribuir uso de la vivienda familiar al más necesitado aunque no haya hijos.

Otra diferencia es que, si hay hijos menores en la pareja de hecho y la guarda corresponde a uno sólo de los progenitores, entonces necesariamente la vivienda se ha de atribuir al progenitor custodio, mientras que en las parejas casadas, puede llegar a atribuirse al progenitor no custodio.

---

*unidad familiar formada a partir del matrimonio o la convivencia marital del progenitor custodio con otra persona, debiéndose tomar en consideración entonces los «medios» que pueda aportar esta para subvenir a las necesidades de vivienda del nuevo núcleo familiar, sin que pueda admitirse como indicio de lo contrario el que, a la hora de regular las causas de extinción, el legislador haya definido por separado esta circunstancia (art. 233-24.2.b CCCat) y la de la mejora de la situación económica de aquel (art. 233-24.2.a CCCat), porque con ello solo se quiere significar que aquella, en el supuesto en que sea aplicable —en las atribuciones por razón de necesidad— no precisa de ninguna mejora económica del ex cónyuge, pero tampoco la excluye».*

Por último, en las parejas de hecho, si la guarda de los menores es compartida, entonces se atribuye el uso al que tiene mayor necesidad.

#### V. ASPECTOS POSITIVOS DE LA REGULACIÓN CATALANA

La regulación catalana que entró en vigor en enero de 2011 tiene numerosos aspectos positivos. En primer lugar, permite tener un régimen legal completo a la atribución del uso de la vivienda familiar y encontrar una solución concreta a las distintas cuestiones que han tenido que ir siendo resueltas por la Jurisprudencia respecto al exiguo art. 96 CC.

El régimen catalán ha intentado quebrar el automatismo de la regla según la cual quien tiene la custodia de los menores, tiene el uso de la vivienda familiar. Para ello ha introducido la posibilidad de atribuir el uso de la vivienda al cónyuge más necesitado en determinados supuestos. A la vista del Anteproyecto de ley estatal parece que también se podría introducir este criterio en una próxima reforma del art. 96 CC que incluso hace mención a que «se atribuirá al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda, si el régimen de guarda y custodia de los hijos fuera compartida entre los progenitores o si los cónyuges no tuvieran hijos o éstos fueran mayores de edad».

Otra bondad del CCC es tratar de limitar temporalmente la atribución del uso de la vivienda. Sin embargo, el legislador catalán no llega a ser tan concreto como el texto del Anteproyecto estatal que prevé la extinción al cabo de dos años, cuando no se haya atribuido el uso por razón de la guarda. Aunque se trata de lograr que la atribución sea temporal, lo cierto es que esta limitación temporal del uso de la vivienda puede ser evitada a través de prórrogas o alegando situación de necesidad. Esta posibilidad, genera a nuestro entender litigiosidad e inseguridad jurídica.

Es loable la regulación expresa de la extinción de la atribución del uso en el caso que la vivienda familiar sea propiedad de un tercero, solucionándose así la problemática de las viviendas prestadas a la pareja por familiares.

De la regulación catalana se desprende la voluntad de establecer un régimen más igualitario entre los cónyuges, y también de equiparar casi al cien por cien las parejas casadas a las parejas de hecho. Soluciona el problema de las viviendas prestadas por «abuelos».

## VI. ASPECTOS MEJORABLES DE LA REGULACIÓN CATALANA

Pese a sus bondades, la regulación catalana resulta quizás demasiado compleja y confusa. En mi opinión se podría mejorar la sistemática de los preceptos, de manera que su lectura fuera más fácil.

En mi opinión, el defecto más grave de la regulación del CCC es que se olvida de regular lo que habría de ser la solución más extendida: la no atribución del uso a ninguno de los miembros de la pareja y por lo tanto la posible liquidación del bien. Curiosamente, no existe ningún precepto sobre esta cuestión. Los Juzgados catalanes lo están aplicando, pero careciendo de un precepto legal en el que fundamentarse.

Otra mejora, tal y como hemos señalado en este estudio, es que se habría de eliminar la categoría «exclusión» del uso de la vivienda y considerar esos supuestos de «exclusión» como causas de extinción del uso. También se tendría que modificar la extinción del uso por matrimonio o convivencia marital del beneficiario del uso de manera que no sólo se permita en el caso que se haya atribuido el uso por razón de necesidad, sino también en los casos de atribución por guarda.

Finalmente, para concluir, me permito animar, por un lado, al legislador estatal a adoptar aquellos aspectos de la regulación catalana que son positivos y, por otro lado, aconsejo al legislador catalán que revise algunos puntos de la regulación vigente, intentando armonizarse, en lo posible, con el futuro texto estatal, así como con la legislación procesal civil, pues a veces se aprecian contradicciones entre el texto sustantivo catalán y el procesal estatal.

## VIVIENDA FAMILIAR Y DIVORCIO NOTARIAL\*

JAVIER FEÁS COSTILLA

Notario de Sevilla

Asistente Honorario de Derecho Civil (Universidad de Sevilla)

SUMARIO: I. EL NOTARIO Y SU DISTANCIAMIENTO DE LOS ARTÍCULOS 90 Y 96 DEL CÓDIGO ANTES DE LA LEY 15/2015: 1. El convenio regulador sin notario.– 2. El convenio regulador con juez y notario.– 3. La propuesta de convenio regulador en escritura.– 4. Los convenios en prevención de la crisis matrimonial.– II. SEPARACIÓN Y DIVORCIO DE MUTUO ACUERDO TRAS LA LEY 15/2015. LA RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO DE 7 DE JUNIO DE 2016: 1. El juez y su distanciamiento de las crisis matrimoniales: separación y divorcio consensuales sin juez.– 2. Hijos discapacitados fuera de la vivienda familiar.– 3. Hijos independientes en la vivienda familiar.– 4. La vivienda familiar y el triple control notarial de competencia, legalidad e inocuidad: 4.1. La vivienda familiar como criterio de competencia territorial del notario.– 4.2. Vivienda familiar y control de legalidad.– 4.3. Vivienda familiar y control de inocuidad.– 5. El reencuentro del notario con el artículo 90.– 6. El desencuentro definitivo del notario con el artículo 96.– 7. Eficacia ejecutiva de la escritura de separación o divorcio para la entrega de la vivienda.– III. CONCLUSIONES.

### I. EL NOTARIO Y SU DISTANCIAMIENTO DE LOS ARTÍCULOS 90 Y 96 DEL CÓDIGO ANTES DE LA LEY 15/2015

La Ley de la Jurisdicción Voluntaria 15/2015 (de 2 de julio) supone un antes y un después en muchos aspectos de la función notarial. Uno de ellos es su relación con la vivienda familiar de un matrimonio en crisis.

\* Este trabajo reproduce, con algunos retoques, mi parte de la ponencia conjunta en el Congreso a la que dieron por nombre «La atribución del uso de la vivienda familiar y la intervención notarial».

VI. Inconvenientes de la doctrina jurisprudencial.....	151
VII. Dificultades para proponer una nueva solución .....	152
VIII. Nueva propuesta.....	154

#### CAPÍTULO CUARTO

##### MENORES Y DESAHUCIO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

<b>EL INTERÉS DEL MENOR DE EDAD ANTE EL DESAHUCIO DE SU VIVIENDA HABITUAL, por Lucía Vázquez-Pastor Jiménez.....</b>	<b>159</b>
I. Introducción.....	159
II. El interés superior del menor .....	160
1. Derecho sustantivo .....	161
2. Principio general de carácter interpretativo.....	162
3. Norma de procedimiento .....	167
III. Desahucio de una familia con un hijo menor de su vivienda habitual .....	169
1. Consideraciones previas.....	169
2. El interés del menor en el proceso de ejecución hipotecaria. Sobre la suspensión temporal del desalojo.....	170
3. El interés del menor en el juicio de desahucio arrendaticio. Sobre el Auto que suspende el lanzamiento hasta que los menores afectados finalicen el curso escolar.....	174
4. Otro problema añadido a la ausencia de normas que contemplen la presencia del menor en el desalojo: la falta de actuación coordinada entre el Poder Judicial y la Administración Pública	178
IV. CONCLUSIONES .....	181
<b>MENORES Y DESAHUCIO: UN SUPUESTO DESREGULADO DE INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR, por Eugenio Pizarro Moreno.....</b>	<b>185</b>
I. Breve descripción de la línea de investigación. Anexo: mapa cronológico y jurídico de la desprotección y del principio de interés superior del menor como criterio jurídico corrector en los desahucios.....	185
II. Situación jurídica del deudor vulnerable y la protección de los menores .....	187
III. Confusión normativa derivada de la hiperactividad del legislador. ....	191
1. El complejo panorama legislativo.....	191
2. Nuevos conceptos; conceptos clave.....	193
IV. Propuestas dogmáticas y <i>de lege ferenda</i> para una auténtica protección jurídica de los menores ante situaciones de lanzamiento o desahucio.....	196

#### CAPÍTULO QUINTO

##### OTRAS CUESTIONES DE IMPORTANCIA SOBRE LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

<b>ANÁLISIS CRÍTICO DE LA REGULACIÓN DE LA EXTINCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN EL CÓDIGO CIVIL CATALÁN Y REFORMA DEL ART. 96 CC, por Chantal Moll de Alba Lacuve...</b>	<b>203</b>
I. LA CAUSA DE EXTINCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN EL CCC DEPENDE DE CUÁL FUE EL CRITERIO DE ATRIBUCIÓN DEL USO.....	205
II. OTRAS CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL DERECHO DE USO QUE NO APARECEN COMO TAL EN EL CCC.....	207
III. LA «EXCLUSIÓN» DE LA ATRIBUCIÓN DEL USO .....	208
IV. LA EXTINCIÓN DE LA ATRIBUCIÓN DEL DERECHO DE USO EN LA PAREJA DE HECHO EN EL CC .....	210
V. ASPECTOS POSITIVOS DE LA REGULACIÓN CATALANA .....	211
VI. ASPECTOS MEJORABLES DE LA REGULACIÓN CATALANA..	212
<b>VIVIENDA FAMILIAR Y DIVORCIO NOTARIAL, por Javier Feás Costilla .....</b>	<b>213</b>
I. El notario y su distanciamiento de los artículos 90 y 96 del código antes de la Ley 15/2015 .....	213
1. El convenio regulador sin notario .....	215
2. El convenio regulador con juez y notario.....	216
3. La propuesta de convenio regulador en escritura .....	217
4. Los convenios en prevención de la crisis matrimonial .....	218
II. Separación y divorcio de mutuo acuerdo tras la Ley 15/2015. La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de junio de 2016.....	219
1. El juez y su distanciamiento de las crisis matrimoniales: separación y divorcio consensuales sin juez.....	221
2. Hijos discapacitados fuera de la vivienda familiar.....	223
3. Hijos independientes en la vivienda familiar .....	224
4. La vivienda familiar y el triple control notarial de competencia, legalidad e inocuidad.....	227
4.1. La vivienda familiar como criterio de competencia territorial del notario .....	228
4.2. Vivienda familiar y control de legalidad.....	229
4.3. Vivienda familiar y control de inocuidad .....	229
5. El reencuentro del notario con el artículo 90 .....	232
6. El desencuentro definitivo del notario con el artículo 96 .....	233
7. Eficacia ejecutiva de la escritura de separación o divorcio para la entrega de la vivienda .....	236
III. Conclusiones.....	237