

LA CONVIVENCIA MARITAL COMO CAUSA DE EXTINCIÓN
DEL DERECHO DE ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA
FAMILIAR

*MARITAL COEXISTENCE AS A CAUSE FOR TERMINATION OF THE
RIGHT TO ATTRIBUTE THE USE OF THE FAMILY HOME*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 2036-2063

David AVIÑÓ
BELENGUER

ARTÍCULO RECIBIDO: 6 de octubre de 2022

ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: La convivencia de un tercero en la vivienda familiar atribuida a uno de los cónyuges no se contempla en el Código Civil español como causa de extinción del uso de dicha vivienda. No obstante, a raíz de la Sentencia núm. 641/2018, de 20 noviembre, se reconoce dicha causa de extinción, si bien existen muchos intereses a proteger, entre los cuales se encuentran el interés superior del menor, y, por otro lado, la libertad del cónyuge que podría quedar comprometida. Por otro lado, el cónyuge no atribuido, frecuentemente no custodia y propietario o copropietario de la vivienda, ve que tiene que seguir sufragando las cuotas del préstamo u otros gastos mientras que el tercero incluso está lucrándose del precio del alquiler de su propia vivienda, al no necesitarla.

PALABRAS CLAVE: Interés superior del menor; vivienda familiar; atribución del uso, convivencia marital.

ABSTRACT: *The coexistence of a third party in the family home attributed to one of the spouses is not contemplated in the Spanish Civil Code as a cause for termination of the use of said home. However, as a result of Judgment no. 641/2018, of November 20, this cause of extinction is recognized, there are many interests to protect, among which are the best interests of the minor, and, on the other hand, the freedom of the spouse that could be compromised. On the other hand, the non-attributed spouse, often a non-custodian and owner or co-owner of the home, sees that they have to continue paying the loan installments or other expenses, while the third is even profiting from the rental price of his own home, by not needing it.*

KEY WORDS: *Child's best interest; family housing; attribution of use, marital cohabitation.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.-
I. Intereses jurídicos protegibles.- 2. Una breve aproximación a la atribución de la vivienda familiar.- A) En casos de custodia exclusiva.- B) En casos de custodia compartida.- 3. Problemática suscitada y relación con la razón de la atribución.- A) En caso de existencia de convenio regulador.- B) No existiendo hijos menores de edad.- C) En caso de que el uso se haya atribuido a los menores.- D) En caso de custodia compartida.- 4. Extinción del derecho de atribución del uso de la vivienda por el hecho de contraer matrimonio o por convivir maritalmente con un tercero.- A) Falta de previsión legal como causa de extinción.- B) Efectos en la rebaja de pensión de alimentos.- III. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL USO POR CONVIVENCIA CON UNA NUEVA PAREJA.- I. Causas ‘tradicionales’ de extinción del uso de la vivienda familiar.- A) Cuando la presencia del conviviente es perjudicial para los hijos menores.- B) Cuando cese la necesidad de vivienda por abandono de la misma.- C) Cuando se acredite la producción de un enriquecimiento injusto.- D) Cuando se produce un abuso del derecho y/o un fraude de ley.- 2. Análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2018 y posteriores. La convivencia marital como causa de extinción ¿automática?.- A) Causas ‘novedosas’ de extinción automática de la atribución del uso.- a) El domicilio familiar dejó de servir a los fines que determinaron la atribución del uso en el momento de la ruptura familiar.- b) Posibilidad de que el derecho de habitación del menor sea satisfecho a través de otros medios distintos de la atribución del uso de la vivienda familiar.- B) Consecuencias de la extinción del uso.- a) Modificación de las circunstancias y liquidación del inmueble, en su caso.- b) Consecuencias en materia de alimentos o compensación económica.- c) La posible limitación temporal del uso hasta su extinción definitiva.

I. INTRODUCCIÓN.

Según jurisprudencia, la “vivienda habitual” constituye la base física habitable y permanente¹ necesaria para la convivencia de la familia, el desarrollo de la personalidad y una vida digna, y lugar de residencia habitual². Se trata de un concepto no definido en el Código Civil (en adelante CC), pero que debe integrarse con lo establecido en el art. 70 CC, en relación al domicilio de los cónyuges. Así, dicho concepto se puede extraer³ del contenido de los arts. 40, 68, 70, 1320 y 1406.4º CC. El Código Civil prescinde de aportar una noción de vivienda familiar pese a aludir a la misma en diferentes preceptos (así, a título de ejemplo, en los arts. 90.I.b, 91, 96 o 103 CC), aunque también se encuentran menciones a conceptos tales como “domicilio familiar” (art. 93.2 CC), “domicilio conyugal” (arts. 70 y 105 CC), “vivienda habitual” (art. 1320 CC), “la vivienda donde tuviese la residencia habitual” (art. 1406 CC), etc.

Con frecuencia, producida la nulidad, separación, divorcio o ruptura de una pareja de hecho y atribuido el uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges en

1 Salvo excepciones, no incluye las segundas residencias, o las viviendas de temporada, ni las anteriores viviendas familiares, o las que no han sido ocupadas al tiempo de crisis matrimonial.

2 Vid. STS 31 mayo 2012 (RJ 2012, 6550) y RDGRN 12 junio 2019 (RJ 2019, 3344).

3 BRAVO DE MANSILLA, G. C.: *Separaciones y divorcios ante notario*, Reus, Madrid, 2016, p. 165.

• David Aviñó Belenguer

Profesor ayudante doctor de Derecho Civil (Universitat de València). Correo electrónico: david.avino@uv.es

compañía de los hijos menores (por razón de guarda), o simplemente al cónyuge por entenderse que tiene un interés más necesitado de protección, el cónyuge atribuido contrae nuevo matrimonio o comienza a vivir *more uxorio* con un tercero en la vivienda familiar, formando un nuevo núcleo familiar al que en ocasiones se incorporan el o los hijos que esta persona ha tenido de una relación anterior. Tampoco resulta infrecuente, por otro lado, que la vivienda sea propiedad exclusiva del cónyuge no atribuido, que, además, debe seguir pagando religiosamente las cuotas para hacer frente a la hipoteca que grava aquella.

Llegados a este punto, nos hacemos eco de algunas de las preguntas formuladas por algún autor, por considerarlas pertinentes: ¿Cabe interponer, y que prospere, una demanda de modificación de medidas entendiendo que la nueva situación comporta una alteración de las circunstancias?⁴. ¿El nuevo matrimonio o la convivencia marital con una tercera persona extingue el derecho de uso de la vivienda familiar? En caso contrario, ¿ofrece el ordenamiento jurídico alguna medida al cónyuge privado del uso? Las respuestas que podamos hacer a cada una de las preguntas anteriores tienen una importancia crucial para los excónyuges, ya que la vivienda familiar es uno de los activos más importantes (a nivel patrimonial) de los que disponen las familias. En cualquier caso, una vez sobrevinida la crisis dicho carácter familiar no se pierde sin más⁵, por lo que resulta necesario analizar, en primer lugar, cuáles son los intereses más necesitados de protección a la hora de atribuir el uso de la vivienda familiar, y, en segundo lugar, las posibles causas de extinción de la atribución de dicho uso, y, en especial, en los supuestos de convivencia *more uxorio* del cónyuge “atribuido”.

II. ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.

I. Intereses jurídicos protegibles.

La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar está muy relacionada con el régimen de custodia que se haya pactado o establecido judicialmente⁶. En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el juez, el art. 96 CC atribuye el uso de la vivienda familiar, en caso de custodia exclusiva, “a los hijos menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden, hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad” (art. 96.1.1); en casos de custodia repartida (o compartida,

4 Dice ORDÁS ALONSO, M.: *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, Wolters Kluwer España, Madrid, 2018, p. 542, que esto no es infrecuente en la práctica.

5 Dice GÓMEZ VALENZUELA, M. Á.: “La convivencia de un tercero en la vivienda familiar: Análisis de la Sentencia núm. 641/2018, de 20 de noviembre, del Tribunal Supremo”, *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 21, 2019, que “(...) la crisis matrimonial no es óbice para la conceptualización de la vivienda como familiar, y ello porque a pesar de la ruptura, la familia, aun desestructurada, sigue existiendo”.

6 DE LA IGLESIA MONJE, M^a. I.: “Custodia compartida y el derecho de uso de la vivienda familiar. Análisis jurisprudencial”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 732, 2012, p. 2298.

por analogía), “cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno de los cónyuges y los restantes en la del otro, la autoridad resolverá lo procedente (art. 96.I.IV). “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” (art. 96.2), criterio transponible a los casos de titularidades compartidas, pues de otra forma las facultades dominicales del cónyuge no beneficiario en el uso quedarían indefinidamente frustradas, p. e. no pudiendo solicitar la división de cosa común.

En todo caso, según el art. 103.2° CC el juez determinará a quién corresponde el uso de la vivienda familiar teniendo en cuenta el “interés familiar más necesitado de protección”. De hecho, “Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia” (art. 39.1 CE)⁷. El interés familiar se representa en los procesos de familia por el “interés superior de los hijos menores de edad” (*favor filii*) del art. 39.2 CE (“Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos...”), en el art. 154.2° CC (“La patria potestad ...se ejercerá siempre en beneficio de los hijos”) y, en lo que se refiere a la atribución del uso de la vivienda familiar, por el art. 96.I CC (y el 142 CC, que recoge la obligación de alimentos a los hijos, entre los que se encuentra la habitación). No obstante, el interés de los hijos no puede desvincularse absolutamente del de sus padres, cuando sea posible conciliarlos, siempre que: a) este interés no restrinja o limite más derechos que los que ampara; y b) las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor valoren en todo caso los DD.FF. de otras personas que pudieran verse afectados, primando, en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, el interés superior del menor (art. 2.3 y 4 Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor). Y ello, además, a la vista de la realidad social existente en el momento en cuestión (art. 3.1 CC)⁸.

2. Una breve aproximación a la atribución de la vivienda familiar.

A) *En casos de custodia exclusiva.*

7 También deberán tenerse en cuenta en la protección del interés del menor la Declaración Universal de DD.HH. (arts. 25 y 26); el Convenio Europeo para la Protección de los DD.HH. y las Libertades Fundamentales (art. 8); la Carta de DD.FF. de la UE (art. 24); la Declaración de Ginebra sobre los derechos del Niño (1989); la Resolución A 3-01722/1992 del Parlamento Europeo sobre la Carta de los Derechos del Niño; la Convención Europea sobre el Ejercicio de los Derechos del Niño (núm. 169, de 25 de enero de 1996); el Convenio núm. 192, de 15 de mayo de 2003 del Consejo de Europa sobre las relaciones personales concernientes a los niños; la Resolución del Parlamento Europeo “Hacia una estrategia de la UE sobre los Derechos del Niño”, de 16 de enero de 2008, etc.

8 CHAPARRO MATAMOROS, P.: “Custodia monoparental, atribución del uso de la vivienda familiar y «entorno» del menor: ¿una reformulación del interés superior del menor en la sociedad tecnológica?”, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 51, 2019.

En aplicación del principio del interés superior del menor, una línea doctrinal⁹ y jurisprudencial¹⁰ considera que el primer párrafo del art. 96.I CC contiene una presunción *iuris et de iure* (es decir, tiene carácter imperativo) de que el interés del menor sólo queda correctamente salvaguardado mediante la atribución del uso de la vivienda familiar (y con ello, por extensión, al cónyuge en cuya compañía queden), por lo que no cabe ponderarla o modularla con otros posibles intereses más necesitados de protección¹¹, excepto que: 1.º la vivienda deje de tener el carácter de familiar; y/o 2.º se pierda la custodia por la mayoría de edad¹².

Otra línea doctrinal¹³ (sí plasmado en algunas normas autonómicas)¹⁴, considera que el art. 96.I.I CC contiene una presunción *iuris tantum*, por lo que cabría prueba en contrario consistente en demostrar que el concreto interés superior del menor está salvaguardado de otro modo¹⁵, y así no realizar atribución alguna del uso de la vivienda familiar o incluso atribuir el uso al no custodio¹⁶. Se trata de hacer una relectura del art. 96.I.I en clave "alimenticia", en la que, garantizando el cumplimiento del interés del menor (fundamentalmente el derecho de habitación), el juez pueda determinar, tras la oportuna valoración de los intereses en juego y las circunstancias concurrentes (titularidad del bien, cónyuge más necesitado, etc.), cuál es el "interés familiar más necesitado de protección" (art. 103.2 CC y 39.I CE), que no tiene por qué ser necesariamente el de los hijos menores¹⁷ ni atribuirse con carácter indefinido.

- 9 UREÑA CARAZO, B.: "Vivienda familiar y custodia compartida (a propósito de la STS núm. 594/2014, de 24 de octubre)", *La Ley Derecho de Familia*, núm. 6, 2015.
- 10 SAP Málaga 1 septiembre 2005 (JUR 2005, 228944).
- 11 SSTS 26 abril 2012 (RJ 2012, 6102), 3 abril 2014 (RJ 2014, 1950), 24 octubre 2014 (RJ 2014, 5180), 22 febrero 2017 (RJ 2017, 1079), 8 marzo 2017 (RJ 2017, 696), etc.
- 12 Pérdida de la custodia que tiene lugar con la mayoría de edad de los hijos (aunque no sean independientes económicamente, al poder quedar cubiertos con otros mecanismos como el derecho de alimentos), salvo que estén en situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar (se equiparán a los hijos menores).
- 13 SSTS 1 abril 2011 (RJ 2011, 3139), 5 noviembre 2012 (RJ 2012, 10135), 27 junio 2013 (RJ 2013, 4375), 3 mayo 2016 (RJ 2016, 2215), 27 noviembre 2017 (RJ 2017, 6187), 4 abril 2018 (RJ 2018, 1185), etc.
- 14 Cataluña, art. 233.20-2 y 4 CC Cat.; País Vasco, art. 12.2 Ley 7/2015; Aragón, art. 81.2 CDFA.
- 15 BERROCAL LANZAROT, A. I.: "La extinción del derecho de uso de la vivienda familiar, en especial, por convivencia marital del usuario con otra persona", *Revista crítica de derecho inmobiliario*, núm. 774 (2019), pp. 2008-2009; CABEZUELO ARENAS, A. L.: "Extinción de la atribución del uso de la vivienda familiar tras el divorcio por convivencia extramatrimonial con un tercero", *Revista de Derecho Patrimonial*, núm.21, 2008, pp. 312-313; MARTÍNEZ CALVO, J.: "La extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar como consecuencia de la convivencia con un tercero. Reflexiones a la luz de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo", *Revista de Derecho Civil*, Vol. 6, núm. 3, 2019, p. 166.
- 16 SANTOS MORÓN, M^a. J.: "La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de custodia exclusiva de un cónyuge: evolución jurisprudencial y Anteproyecto de reforma", *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 3, julio-septiembre 2014, p. 33; MARTÍNEZ CALVO, J.: "La extinción", cit., pp. 166-167 dice que "de hecho, si el propio artículo 96.I del Código Civil admite que las partes puedan acordar una solución diferente a la atribución del uso de la vivienda al progenitor custodio sin que ello se considere *per se* contrario al interés del menor, carecería de toda lógica pensar que si es el propio juez el que adopta tal decisión si va a resultar necesariamente contrario a dicho interés".
- 17 STS 27 junio 2013 [RJ 2013, 4375]). En la doctrina, SEISDEDOS MUIÑO, A.: "La atribución de la vivienda familiar en caso de ruptura de los progenitores: análisis de la Ley 7/2015, del Parlamento Vasco", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3.bis, 2015, p. 149; PINTO ANDRADE, C.: "La atribución judicial de la vivienda familiar cuando existen hijos menores de edad", *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 30, 2013; TAMAYO CARMONA,

B) *En casos de custodia compartida.*

Partiendo de la premisa de que los hijos menores deberán tener garantizado su derecho de habitación¹⁸ (a través del acceso a una vivienda digna, o mediante el aumento de la pensión alimenticia para proveerla), el Tribunal Supremo afirma que cuando se establezca el régimen de custodia compartida no es de aplicación el art. 96.1.I CC, sino analógicamente el 96.1 IV, que permite resolver al juez lo procedente, según el interés familiar más necesitado de protección, mediante una labor de ponderación de las circunstancias del caso concreto¹⁹ (p. e. posibilidad efectiva de cada progenitor de procurarse otra vivienda, número de hijos, edad y periodo que van a pasar con cada uno de los progenitores²⁰, si alguno de los hijos tiene alguna discapacidad física o psíquica, etc.), con especial atención a dos factores, según afirma la STS 24 octubre 2014²¹: en primer lugar, al interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres (interés de los hijos a disponer de una vivienda cuando estén en compañía de cada uno de los progenitores), lo que está íntimamente relacionado con el "interés del cónyuge más necesitado"; en segundo lugar, al régimen de propiedad de la vivienda, es decir, a si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece a un tercero (teniendo en cuenta que habiendo paridad económica, y quedando garantizado el derecho de habitación de los hijos, debería atribuirse el uso al progenitor que fuera titular de la misma, con las compensaciones que procedan); y, en ambos casos, por el hecho de no haber una residencia familiar sino dos, no procede hacer adscripción del uso por tiempo indefinido sino únicamente atender al interés de los hijos, que se concreta en aquella atribución del uso que permita compaginar los periodos de estancias de los hijos con ambos progenitores, lo que se traduce en que puede imponerse una limitación temporal en la atribución del uso, similar a la establecida en el art. 96.2 CC (si bien en su tenor literal se refiere a los matrimonios sin hijos), al objetivo prioritario de facilitar al cónyuge al que se le ha asignado el derecho de uso la transición a una nueva residencia²².

J. A.: "El derecho de uso de la vivienda habitual de la familia: realidad normativa y perspectiva de futuro", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 19, 2015, pp. 270-271.

18 BELTRÁN CABELLO, C.: "Atribución de la vivienda familiar en caso de custodia compartida cuando aquella era propiedad privativa de uno de los cónyuges (Comentario a la STS de 14 de junio de 2017)", *CEF Legal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, núm. 202, 2017, p. 131.

19 BERROCAL LANZAROT, A. I.: "La extinción del derecho", cit., pp. 2009-2010.

20 PINTO ANDRADE, C.: *La atribución del uso de la vivienda familiar. Aplicación práctica en los procesos de separación y divorcio*, Bosch, Barcelona, 2011, p. 70.

21 STS 24 octubre 2014 (RJ 2014, 5180). A la que le siguen muchas otras SSTS: 29 mayo 2015 (RJ 2015, 2273), 27 junio 2016 (RJ 2016, 2876), 21 julio 2016 (RJ 2016, 3445), 14 marzo 2017 (RJ 2017, 878), 22 septiembre 2017 (RJ 2017, 4407), 22 enero 2017 (RJ 2017, 4636), 20 febrero 2018 (RJ 2018, 573), etc.

22 COSTAS RODAL, L.: "Limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar y custodia compartida en la reciente jurisprudencia del TS", *Aranzadi civil-mercantil*, núm. 11, 2016.

En cambio, cuando se atribuya el uso de la vivienda familiar a los hijos y sean los padres los que alternen el uso de la misma (*per relationem*) estaríamos más cerca del supuesto del art. 96.I CC²³ (supuesto de custodia exclusiva) que en supuesto del 96.IV.

3. Problemática suscitada y relación con la razón de la atribución.

El problema suscitado en este trabajo, según se ha apuntado anteriormente, es la falta de previsión del matrimonio o convivencia marital como causa de extinción del derecho de uso, lo que unido a la consideración de que el interés protegido por el art. 96.I es el de los hijos menores, aboca a mantener esta situación (salvo que de la convivencia con un tercero pueda resultar algún perjuicio para ellos) por poco equitativa que parezca. En cualquier caso, debemos diferenciar si al momento de la ruptura, existían, o no, hijos comunes menores de edad, o si se había pactado esta causa de extinción en el convenio regulador.

A) *En caso de existencia de convenio regulador.*

Salvo opinión en contrario²⁴, creemos que ninguna duda suscita la admisibilidad de un convenio regulador, homologado judicialmente, que contemple expresamente esta eventualidad (art. 90 CC), considerado como una especie de pacto “a mayores”²⁵. Tesis compartida por la mayoría de los participantes en el IV Encuentro de Magistrados, Fiscales y Secretarios de Familia con la Asociación Española de Abogados de Familia (Valencia 2010), en cuyas conclusiones se propuso una modificación legislativa para resolver esta situación.

B) *No existiendo hijos menores de edad.*

No habiendo hijos comunes menores de edad, la vivienda familiar se atribuye (art. 96.III CC) al cónyuge cuyo interés es el más necesitado de protección. En

23 CHAPARRO MATAMOROS, P.: “La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en los casos de custodia compartida”, *Actualidad civil*, núm. 2, 2019.

24 FEAS COSTILLA “Vivienda familiar y divorcio notarial”, en AA.VV.: *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar* (dir. G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA), Reus, Madrid, 2017, p. 232) dice que “pese a que tal pacto no contraviene ningún concreto precepto legal, ni causa ningún concreto perjuicio económico, debe rechazarse por su propia lesividad genérica, más vinculada a lo personal y a lo moral que a lo patrimonial o económico”.

25 CABEZUELO ARENAS, A. L.: “Extinción de la atribución del uso”, cit., p. 315; CUENA CASAS, M.: “Uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario”, *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 2, 2014, p. 34.

estos casos, la doctrina²⁶ y la jurisprudencia²⁷ mayoritarias dicen que el matrimonio o la convivencia marital con un tercero conlleva la extinción del derecho de uso -en ocasiones otorgando plazo²⁸- tanto si la vivienda pertenece en cotitularidad como si es propiedad exclusiva del cónyuge no usuario, pues se opera sobre la base de intereses dignos de protección en un plano de igualdad, basándose bien en la pérdida del carácter de domicilio familiar al constituirse la nueva familia, bien en una alteración de las circunstancias tenidas en cuenta al momento de la atribución del uso, que lleva a entender que el interés del beneficiario ya no es el más necesitado de protección²⁹.

Esta es la línea seguida en del Código Civil catalán (art. 233-24.2 b) CC Cat) o en el País Vasco (art. 12.11 Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores), si bien en este último caso con la diferencia de que dicha causa de extinción no se limita a los supuestos de inexistencia de hijos.

C) *En caso de que el uso se haya atribuido a los menores.*

En el caso de que el uso de la vivienda familiar se haya atribuido a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden (art. 96.I.I CC), se pueden distinguir dos líneas doctrinales. Por un lado, la que defiende que el hecho de que su titular contraiga matrimonio o conviva maritalmente con una tercera persona en la vivienda familiar no produce, por sí misma, una alteración sustancial de las circunstancias ni constituye, por tanto, causa de extinción del derecho, pues la vivienda continuará teniendo tal consideración para los hijos que allí residen³⁰. De hecho, las necesidades

- 26 CUENA CASAS, M.: "Uso de la vivienda familiar", cit. p. 34; GARCÍA MAYO, M.: "Extinción del derecho de uso de la vivienda familiar por la convivencia marital con un tercero: ¿y el interés del menor?", *Actualidad civil*, núm. 2, 2019; RODRÍGUEZ CHACÓN, R.: "La extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar", en *Revista de Derecho de familia: doctrina, jurisprudencia, legislación*, 1999, núm. 2, p. 39; BERROCAL LANZAROT, A. I.: "La extinción del derecho", cit., p. 2023.
- 27 La SAP Barcelona 2 septiembre 2002 (JUR 2002, 271492) declara extinguido el derecho de uso a favor de la esposa y al hijo del actor (mayor de edad y económicamente independiente), "toda vez que en el mismo habita una familia distinta de la constituida en su día por los aquí litigantes y su hijo, al haberse casado nuevamente la demandada y servir tal vivienda de morada al nuevo núcleo familiar".
- 28 SSAP Valencia 9 mayo 2011 (JUR 2011, 281277) y 18 julio 2012 (JUR 2012, 307999), Málaga 31 marzo 2016 (JUR 2016, 183338), Valladolid 15 enero 2018 (RJ 2018, 159913).
- 29 MORO BONILLO, E.: "La convivencia con terceros en la vivienda familiar", *Revista de Derecho de familia: doctrina, jurisprudencia, legislación*, 2014, núm. 63.
- 30 En la doctrina, CABEZUELO ARENAS, A. L.: "Extinción de la atribución del uso", cit., pp. 317-319; CARRERAS MARAÑA, J. M., "Efectos de la crisis matrimonial en relación a la atribución y el uso de la vivienda familiar. Especial referencia a las viviendas en arrendamiento. Régimen de las parejas de hecho en relación con la vivienda", *Manuales de formación continuada*, Consejo General del Poder Judicial, 2009, núm. 50, p. 228; CUENA CASAS, M.: "Uso de la vivienda familiar", cit. p. 34; DE VERDA y BEAMONTE, J. R. y CARAPEZZA FIGLIA, G.: "El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas españolas e italiana", *RDCE*, Año núm. 91, núm. 752, 2015, p. 3411; GARCÍA MAYO, M.: "Extinción del derecho de uso", cit.; RODRÍGUEZ CHACÓN, R.: "La extinción del derecho de uso", cit., p. 38; SANTOS MORÓN, M.ª. J.: "La atribución del uso", cit., p. 4. En la jurisprudencia, SSAP Barcelona 3 marzo 2003 (JUR 2003, 196943), Madrid 10 abril 2003 (JUR 2003, 188468), Castellón 29 julio 2004 (JUR 2004, 242824), Navarra 3 noviembre 2006 (JUR 2007, 90760), Madrid 11 diciembre 2008 (JUR 2009, 116311), Asturias 20 febrero 2009 (JUR 2009, 188730), Cádiz 8 julio 2010 (JUR 2010, 363273), Cáceres 21 julio 2010 (JUR 2010, 302591),

de los hijos ni se modifican, ni se alteran, ni desaparecen por este hecho, de lo contrario, el interés del menor quedaría desprotegido, y quedaría al albur del éxito o fracaso de las relaciones de pareja del custodio³¹. Además, el cónyuge titular del uso de la vivienda familiar, en uso de su libertad personal y amparado por los derechos a la dignidad personal y el libre desarrollo de su personalidad, puede establecer relaciones estables de pareja con quien estime procedente y decidir convivir o no con su nueva pareja en el domicilio, siempre que no perjudique los intereses de los hijos³². En cualquier caso, se ha discutido por algún autor³³ si el titular no adjudicatario puede ostentar algún derecho frente a ese tercero que entra a convivir en el domicilio familiar³⁴, lo que dependería de si ya es receptor de una compensación económica por la pérdida del uso de la vivienda³⁵.

Se ha criticado por parte de la doctrina que con esta interpretación rigorista del art. 96 CC, nuestros tribunales han venido colocando al cónyuge no custodio en una situación humillante -factor de tipo sentimental³⁶- que le puede conducir a una suerte de descapitalización económica³⁷. La protección de los hijos o, la salvaguarda de su entorno no puede conducir a que el cónyuge titular tenga que financiar la necesidad de vivienda del querido/a de la madre/padre de su hijo³⁸ (gastos de comunidad, hipoteca, etc.), con el consiguiente aprovechamiento o beneficio que éste/a obtiene³⁹. Es difícil aceptar, la posibilidad de que la nueva pareja del cónyuge beneficiario del uso (así como los hijos que en su caso tengan) habite la vivienda común o propiedad del otro cónyuge, incluso cuando es titular de otra vivienda que aprovecha para poner en alquiler⁴⁰. Incluso, en Italia, si bien el Art. 337-sexies Ccit. recoge que, a pesar de contemplar expresamente la extinción del derecho de uso, cuando el beneficiario conviva *more uxorio* o contraiga nuevo

Vizcaya 5 octubre 2010 (JUR 2010, 409300), A Coruña 16 septiembre 2010 (JUR 2010, 343095), Málaga 20 abril 2012 (JUR 2012, 330448), Barcelona 10 mayo 2016 (JUR 2016, 179876), etc.

- 31 LÓPEZ-BREA MARTÍNEZ, M.ª C.: "El derecho de uso de la vivienda familiar en supuestos de custodia compartida y tras la liquidación del patrimonio ganancial", en AA.VV.: *El derecho de familia ante la crisis económica. La liquidación de la sociedad de gananciales* (A. L. REBOLLEDO VARELA et. al.), Dykinson, Madrid, 2010, p. 277. Sobre la normativa vasca (art. 12.11.e) dice CASTELLANOS CÁMARA, S. "Las crisis familiares en la legislación vasca", en AA.VV.: *Las crisis familiares: tratado práctico interdisciplinar* (dir. J. R. DE VERDA Y BEAMONTE), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, p. 575 que "ni la situación económica del adjudicatario mejora de forma automática por el hecho de tener una nueva pareja, ni (...) garantiza *per se* que la necesidad de habitación del menor (todavía sujeto a la custodia del beneficiario del derecho de uso que ahora se extingue) vaya a quedar de otro modo debidamente cubierta".
- 32 GARCÍA MAYO, M.: "Extinción del derecho de uso", cit.
- 33 CASTELLANOS CÁMARA "Las crisis familiares", cit., p. 575.
- 34 Eso sí, la SAP Madrid 10 julio 2017 (JUR 2017, 216669) cerró la puerta a la consideración de prearista, desestimando la acción de desahucio por precario ejercitada contra dicho tercero.
- 35 Como es prevé, en este último caso, en el País Vasco (art. 12.7 Ley 7/2015).
- 36 GARCÍA MAYO, M.: "Extinción del derecho de uso", cit.
- 37 GÓMEZ VALENZUELA, M. Á.: "La convivencia", cit.
- 38 CUENA CASAS, M.: "Uso de la vivienda familiar", cit. p. 34.
- 39 BERROCAL LANZAROT, A. I.: "La extinción del derecho", cit., p. 2016.
- 40 SANTOS MORÓN, M.ª J.: "La atribución del uso", cit. p. 3.

matrimonio, la jurisprudencia no considera la extinción automática, sino que la subordina a un juicio de conformidad al interés de los hijos menores⁴¹.

Para otro sector, cuando el progenitor custodio forma una nueva unidad familiar mediante la convivencia marital con un tercero de forma prolongada, se pierde el carácter de vivienda familiar, al sustituirse el núcleo familiar a cuyo favor se hizo dicho reconocimiento⁴². Esta línea ha sido la finalmente adoptada por la STS 20 noviembre 2018⁴³, según la cual podrá solicitarse dicha medida a través del proceso de modificación de medidas, al considerar que la unidad familiar a cuyo favor se hizo la atribución del uso ha quedado sustancialmente alterada en su composición, dando lugar a una nueva, generándose una desafectación de la vivienda familiar respecto del uso inicialmente atribuido⁴⁴, momento a partir del cual el cónyuge -junto con sus hijos y pareja sentimental- deberá buscar nuevo alojamiento.

D) *En caso de custodia compartida.*

Cuando se haya determinado la custodia compartida de los hijos, si la vivienda se atribuye al cónyuge no titular o cotitular se deberá a sus escasos recursos, según el art. 96.I.IV. A tal efecto, el matrimonio o convivencia marital podría considerarse como causa de extinción de la atribución del uso, al tener el nuevo cónyuge el deber de socorrerle ex art. 68 CC⁴⁵.

4. Extinción del derecho de atribución del uso de la vivienda por el hecho de contraer matrimonio o por convivir maritalmente con un tercero.

A) *Falta de previsión legal como causa de extinción.*

41 GARCÍA MAYO, M.: "Extinción del derecho de uso", cit. Vid. Cass. de 8 de mayo de 2013, núm. 10719; Cass. de 15 de julio de 2014, núm. 16171; o Cass. de 14 de julio de 2015, núm. 14727.

42 CABEZUELO ARENAS, A. L.: "Extinción de la atribución del uso", cit., pp. 309-319; MOLL DE ALBA LACUVE, C.: "Análisis crítico de la regulación de la extinción del uso de la vivienda familiar", en AA.VV.: *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar* (dir. G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA), Reus, Madrid, 2017, p. 206; ORDÁS ALONSO, M.: "El matrimonio o convivencia marital con un tercero extingue el derecho de uso de la vivienda familiar: un halo de esperanza", en *Diario La Ley*, 2019, núm. 9332. En la jurisprudencia, SSAP Málaga 21 de septiembre 2010 (JUR 2011, 83336), SAP Valladolid 18 mayo 2012 (JUR 2012, 226812) o Almería 19 marzo 2007 (AC 2007, 505).

43 STS 20 noviembre 2018 (RJ 2018, 5086)

44 CUENA CASAS, M.: "Uso de la vivienda familiar", cit. p. 34; BERROCAL LANZAROT, A. I.: "La extinción del derecho", cit., p. 2015.

45 Solución que sí viene recogida en Cataluña (art. 233-24.2 b) Ccat.).

Tradicionalmente, la jurisprudencia⁴⁶ y la doctrina⁴⁷ han considerado que no se extingue el derecho de atribución del uso de la vivienda familiar por la convivencia marital con un tercero cuando dicho derecho hubiera sido atribuido por razón de la custodia de los hijos menores, pues no altera o modifica la necesidad de vivienda de los hijos en cuyo interés se atribuyó el uso, al primar la libertad de entrada en el domicilio de cualquier persona, siempre que no perjudique los intereses de los hijos. Según la jurisprudencia, por convivencia marital se entiende -argumentos que pueden hacerse extensibles a los efectos de extinción del uso de la vivienda- la voluntad de constituir una pareja estable, que goce de los elementos de sentimiento de exclusividad afectiva y estabilidad emocional con vocación de continuidad⁴⁸. Esto no se ve desvirtuado por el hecho de que habitando cada uno de los componentes en su propio domicilio o en que comparten vivienda sólo durante algunos determinados días (p. en los fines de semana)⁴⁹, o que quien es actualmente pareja de quien tiene atribuido el uso aparezca empadronado en otro lugar⁵⁰, ni porque mantenga casa abierta⁵¹; tampoco, es necesario que la pareja comparta gastos, ni que la pareja se haya instalado en un domicilio o comparta indistintamente el que cada uno de ellos tuviera antes de conocerse⁵².

Por otro lado, se ha planteado por un sector doctrinal y jurisprudencial la aplicación analógica del art. 101 CC, que contempla expresamente como causa de extinción de la pensión compensatoria el nuevo matrimonio o la convivencia marital con otra persona a los supuestos de extinción de la atribución del uso por convivencia marital⁵³. Otra línea doctrinal, en cambio, defiende que dichas pensiones cumplen funciones distintas, ya que la pensión compensatoria tiene un carácter indemnizatorio (eliminar desequilibrio patrimonial entre los cónyuges)⁵⁴ y el criterio de atribución carácter asistencial (interés más necesitado de protección⁵⁵).

46 Según la SAP Asturias 20 febrero 2009 (JUR 2009, 188730) "las necesidades de la menor se mantienen en la misma medida en que estaban presentes en el momento en que se produjo la ruptura de la convivencia". La SAP Murcia 21 junio 1999 (JUR 1999, 272220), considera que la convivencia de un tercero, pareja de la madre, en la vivienda habitual es un "motivo carente de entidad legal a efectos revocatorios de la medida en controversia". SAP A Coruña 16 septiembre 2010 (JUR 2010, 343095).

47 DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CARAPEZZA FIGLIA, G.: "El derecho de uso", cit. p. 3411; RODRÍGUEZ CHACÓN, R.: "La extinción del derecho de uso", cit., p. 38.

48 SSAP Barcelona 3 mayo de 2007 (AC 2007, 746), Valencia 17 diciembre 2013 (AC 2014, 181).

49 SAP Madrid 10 mayo 2016 (JUR 2016, 164400).

50 SAP Asturias 27 abril 2018 (JUR 2018, 186108).

51 SAP Pontevedra 21 abril 2014 (JUR 2014, 216714).

52 SAP Asturias 14 julio 2014 (AC 2014, 1275).

53 SAP Asturias 25 abril 2011 (RJ 2011, 185052). Siguen esta línea GÓMEZ VALENZUELA, M. Á.: "La convivencia", cit.; PINTO ANDRADE, C.: *La atribución del uso*, cit. pp. 89-90; RODRÍGUEZ CHACÓN, R.: "La extinción del derecho de uso", cit., p. 39; CERVILLA GARZÓN, M. D., "Algunas consecuencias jurídicas derivadas de la atribución del uso del domicilio conyugal propiedad del otro cónyuge", *Revista jurídica de la Región de Murcia*, 2003, núm. 34, p. 23.

54 MUÑOZ RODRIGO, G. "La extinción de la pensión compensatoria por "convivencia marital": significado y finalidad", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 8, 2018, pp. 361-362.

55 Dice GARCÍA MAYO, M.: "Extinción del derecho de uso", cit., que "la pensión compensatoria no atiende a un estado de necesidad, hasta el punto de que se puede ser acreedor de la pensión compensatoria aunque se tengan medios suficientes para mantenerse por sí mismo".

En Cataluña, el derecho de uso, si se atribuyó con carácter temporal por razón de la necesidad del cónyuge (supuestos de custodia compartida), se extingue (233-24.2 CC Cat), entre otros motivos: b) Por matrimonio o por convivencia marital del cónyuge beneficiario del uso con otra persona. No obstante, algún autor ha sugerido la modificación del art. 233.24.2 CC Cat al objeto de incluir el caso que se haya atribuido el uso por razón de necesidad, sino también en los casos de atribución por guarda⁵⁶. De hecho, la SSTJ Cataluña 3 febrero 2012⁵⁷ ha reconocido que si se incrementaran los medios del guardador por mor de esa nueva convivencia con tercero o matrimonio, debería cesar también el uso, al haberse modificado las circunstancias iniciales, por lo que no parece extraño que en lugar de empeñarse en que el hijo permanezca a toda costa en un enclave, contribuyan los padres al pago de la renta de un inmueble en proporción a sus recursos”, introduciéndose los correctivos necesarios⁵⁸.

En el País Vasco, son causas de extinción del derecho de uso de la vivienda familiar (art. 12.11 Ley 7/2015), entre otras: “d) El matrimonio o convivencia marital del beneficiario del uso con otra persona, salvo que expresamente se hubiera pactado lo contrario”⁵⁹. Algún autor ha señalado que este motivo -y el del apdo. c)- de extinción del uso probablemente esté pensado exclusivamente para los casos de atribución del uso de la vivienda familiar por razón de necesidad. En cualquier caso -dice el autor-, que el matrimonio o convivencia marital del beneficiario del uso con otra persona no es una razón que justifique en todo caso la consecuencia que la Ley le atribuye, por lo que habría que ponderar en qué medida esa nueva pareja puede proporcionar o facilitar al progenitor adjudicatario el acceso a otra vivienda.

B) Efectos en la rebaja de pensión de alimentos.

Para la STS 19 enero 2017⁶⁰ la convivencia con un tercero puede producir una revisión modificativa en el procedimiento de familia, rebajando las pensiones alimenticias (arts. 90, 91 *in fine* CC, en relación con los arts. 93, 145 y 146 CC) ya que de conformidad con el art. 142 CC se comprende dentro del concepto de

56 MOLL DE ALBA LACUVE, C.: “Análisis crítico de la regulación”, cit. p. 209

57 SSTJ Cataluña 3 febrero 2012 (RJ 2014, 1568)

58 CABEZUELO ARENAS, A. L.: “El art. 96 CC: sobrevaloración del interés del menor versus aniquilación de los intereses económicos de los padres. Incoherencias de la jurisprudencia y propuestas de reforma”, en AA.VV.: *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar* (dir. G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA), Reus, Madrid, 2017, p. 352.

59 SEISDEDOS MUIÑO, A.: “La atribución de la vivienda familiar”, cit. p. 162

60 Dice la STS 19 enero 2017 (RJ 2017, 754) que “La que fuera esposa del demandante y a la cual había sido atribuido el uso *per relationem* introduce en la vivienda familiar una nueva pareja y el hijo que ambos tienen. Afirma que “además de repercutir en la contribución de gastos, ... como los de comunidad de la vivienda ... repartidos al 50%-, y los gastos de la empleada de hogar que se computan a los efectos de cuantificar la pensión de alimentos en su día, son gastos estos de los que se beneficia la nueva familia en perjuicio del ... apelante, que comparte al 50% la vivienda afectada al uso”. En la jurisprudencia menor, baste citar p. e. las SSAP Baleares 26 octubre 2007 (JUR 2008, 85688) y Madrid 16 octubre 2007 (AC 2007, 2324).

alimentos el de habitación⁶¹. Ampararse en que se está sirviendo a los intereses de los menores, cuando realmente se está especulando es una manera peculiar de entender el funcionamiento del art. 96.I CC⁶². Eso sí, si bien las consecuencias de la introducción de un tercero en la vivienda no se plantean desde la medida del uso, sino de la prestación de alimentos, parece transmitir el mensaje de que la cuestión debe plantearse desde este último⁶³. Se ha criticado por algún autor; no obstante, que la rebaja de la pensión de alimentos reduce los recursos para cubrir las necesidades de los hijos⁶⁴.

Se ha llegado a plantear la posibilidad de que se conceda una compensación económica al cónyuge no usuario de forma directa o creada ex novo⁶⁵, a cargo de la nueva pareja, con dos posibles modalidades: i) que la nueva pareja contribuya a los gastos ocasionados por la convivencia, lo que reequilibraría la prestación alimenticia (bajando la del no custodio y aumentando la del custodio); o ii) que la nueva pareja pague por el uso de dicha vivienda⁶⁶. De este modo, se evitaría tanto el estado de asfixia económica en el que con frecuencia éste se ve inmerso, como el sentimiento de injusticia material que provocan ciertas situaciones, como la incorporación en la vivienda atribuida de un tercero -a veces con hijos-⁶⁷, y con ello la disminución de litigiosidad⁶⁸. En todo caso, coincidimos con algún autor⁶⁹ en que no se ve inconveniente para introducir ciertas estipulaciones en convenio regulador, desplazando hacia el custodio la obligación de sufragar ciertos conceptos de acaecer este evento.

Por su parte, el auto de la SAP Madrid 5 mayo 2000⁷⁰ apunta una solución indemnizatoria a cargo de la pareja del cónyuge atribuido, por incumplimiento de una obligación de no hacer.

61 MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: "Reflexiones sobre la jurisprudencia del TS en torno a las consecuencias de la convivencia del progenitor custodio con una nueva pareja en la vivienda familiar", en AA.VV.: *La vivienda en las crisis familiares* (dir. P. Chaparro Matamoros), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, p. 339.

62 CABEZUELO ARENAS, A. L.: "El art. 96 CC", cit., pp. 350-354.

63 MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: "Reflexiones sobre la jurisprudencia", cit. p. 339.

64 SAP Alicante 22 junio 2018 (JUR 2018, 317434). MARTÍNEZ CALVO, J.: "La extinción", cit. p. 175.

65 MARTÍNEZ CALVO, J.: "La extinción", cit., p. 175.

66 MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: "Reflexiones sobre la jurisprudencia", cit. p. 341.

67 SANTOS MORÓN, M. J.: "La atribución del uso", cit., p. 11.

68 OLIVA BLÁZQUEZ, F.: "Atribución del uso de la vivienda familiar y compensación económica: análisis crítico y propuestas de reforma legal", *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 16, 2017.

69 CABEZUELO ARENAS, A. L.: "El art. 96 CC", cit. p. 352.

70 Según la SAP Madrid 5 mayo 2000 (JUR 2011, 239853) "Es cierto que en el caso no podía actuarse contra el actual esposo [...], por vía de lanzamiento, al ser un tercero ajeno al proceso matrimonial, pero ello no excluía la exoneración de toda responsabilidad civil de quien, conforme a lo antedicho, venía obligado a no hacer extensivo el derecho de uso a personas ajenas al entorno originario constituido por aquélla y las hijas comunes".

III. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL USO POR CONVIVENCIA CON UNA NUEVA PAREJA.

A falta de previsión legal en el Código Civil español para poder solicitar la extinción del uso de la vivienda por el matrimonio o convivencia marital del beneficiario del uso con otra persona suele alegarse por el cónyuge no atribuido la modificación sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta cuando se fijó el mismo en la sentencia correspondiente⁷¹.

I. Causas 'tradicionales' de extinción del uso de la vivienda familiar.

A) *Cuando la presencia del conviviente es perjudicial para los hijos menores.*

Se ha venido defendiendo el posible planteamiento de la extinción del derecho de uso si se demuestra que la presencia de un compañero sentimental que convive maritalmente con el cónyuge es perjudicial para los hijos menores, solicitando la modificación de la medida de guarda y custodia a raíz de la pérdida de la misma por parte del progenitor custodio, y con ello su atribución del uso⁷². P. e. por una invasión del tercero conviviente en cometidos que no le son propios, esto es, si se demuestra que intenta usurpar funciones educativas que son exclusivas de los progenitores o que ejercer influencia nociva sobre el menor⁷³.

No obstante, según algún sector doctrinal y de la jurisprudencia la nueva relación no tiene por qué incrementar, *per se*, el perjuicio al propietario excluido del uso⁷⁴.

B) *Cuando cese la necesidad de vivienda por abandono de la misma.*

Cuando los beneficiarios del uso abandonan el inmueble se puede entender que se encuentran sus necesidades satisfechas por otros medios, supuesto en el cual se encuentra fundamentado tal cese del régimen jurídico de la vivienda familiar, pues la necesidad ha cesado y el inmueble ha dejado de cumplir tal función⁷⁵. No obstante, como apunta algún autor no todo abandono es susceptible de implicar la extinción del derecho de uso y, en consecuencia, la pérdida de la condición familiar de la vivienda. Como ha recogido alguna sentencia, si el cónyuge

71 MORO BONILLO, E.: "La convivencia", cit.

72 BERROCAL LANZAROT, A. I.: "La extinción del derecho", cit., p. 2015; RODRÍGUEZ CHACÓN, R.: "La extinción del derecho de uso", cit., p. 38.

73 CABEZUELO ARENAS, A. L.: "Extinción de la atribución del uso", cit., p. 317.

74 GARCÍA MAYO, M.: "Extinción del derecho de uso", cit., comparte lo afirmado por la SAP Madrid 5 mayo 2011 (JUR 2011, 239853), referida a un supuesto en el que el tercero que convivía en la vivienda era, en este caso, la hermana del cónyuge beneficiario. Según esta sentencia, la del propietario se trata de una queja "humanamente, si se quiere, comprensible, pero jurídicamente inatendible, pues la presencia del tercero no le ocasiona ningún daño –adicional–".

75 GARCÍA MAYO, M.: "Extinción del derecho de uso", cit.

custodio asignatario del uso de la vivienda pasa a convivir con su nueva pareja en una residencia distinta de aquélla, puede ser recomendable no extinguir su derecho de uso, porque ello supondría privar de protección a los hijos en caso de ruptura del cónyuge custodio con su nueva pareja. Por ello, talvez parece más razonable sostener que, en caso de necesidad del cónyuge no usuario, pueda extinguirse el primigenio derecho de uso y serle atribuida a aquél la vivienda (mediante el correspondiente juicio de modificación de medidas), sin perjuicio de volver a realizar un cambio en el uso de la vivienda en caso de que existiera una necesidad habitacional por parte de los hijos⁷⁶.

C) *Cuando se acredita la producción de un enriquecimiento injusto.*

La acción más empleada para intentar privar del derecho de uso de la vivienda familiar al beneficiario es la de “enriquecimiento injusto”⁷⁷, reclamando en la mayoría de los casos que el nuevo inquilino abone una cuantía en concepto de alquiler o en caso contrario, abandone la vivienda⁷⁸. P. e. cuando un tercero que convive maritalmente con el custodio en el inmueble privativo del no custodio y mientras tanto alquila la vivienda de su propiedad, obteniendo así un enriquecimiento “parcialmente injusto” en cuanto se debe, en parte, al propietario de la vivienda que se ocupa⁷⁹. Así, el tercero que entra a vivir en el domicilio familiar está obteniendo un enriquecimiento no justificado, en la medida en la que disfruta del uso de un inmueble sin que exista título alguno que lo ampare. Correlativamente, el propietario de la vivienda sufre un perjuicio, pues no solo debe soportar el derecho de uso sobre la vivienda que corresponde a su excónyuge y a sus hijos -éste sí, amparado por la correspondiente resolución judicial-, sino también el uso por parte de un tercero ajeno a la familia⁸⁰.

En contra de la opinión anterior, otro sector doctrinal desestima la posibilidad de entender que se produce en estos casos un enriquecimiento injusto por este motivo⁸¹.

D) *Cuando se produce un abuso del derecho y/o un fraude de ley.*

En determinados supuestos se ha señalado por algún autor que puede plantearse la extinción del uso de la vivienda familiar con fundamento en la

76 CHAPARRO MATAMOROS, P.: “La pérdida del carácter “familiar” de la vivienda en la que se había desarrollado la convivencia conyugal. Comentario a la STS núm. 524/2017, de 27 de septiembre”, *Actualidad civil*, núm. 2, 2019, pp. 628-629.

77 OLIVA BLÁZQUEZ, F.: “Atribución del uso”, cit.; ORDÁS ALONSO, M.: *La atribución*, cit., p. 549.

78 MORO BONILLO, E.: “La convivencia”, cit.; ORDÁS ALONSO, M.: *La atribución*, cit., pp. 553-554. SSAP Balears 19 mayo 2006 (JUR 2006, 195641), A Coruña 16 septiembre 2010 (JUR 2010, 343095).

79 SAP Barcelona 28 mayo 2008 (JUR 2008, 266886).

80 MARTÍNEZ CALVO, J.: “La extinción”, cit., p. 160.

81 CABEZUELO ARENAS, A. L.: “Extinción de la atribución del uso”, cit., p. 317.

doctrina de la prohibición del abuso del derecho y en la condena del fraude de ley, cuando se trate de evitar resultados que “clamen al cielo”⁸², p. e. cuando el cónyuge atribuido pretende continuar en el uso de la vivienda pese a contar, en su caso, con otros medios con los que satisfacer la necesidad habitacional⁸³.

En ocasiones, el abuso del derecho se alega como argumento hipotético en el caso de que no se lleve a una situación de justicia, p. e. cuando el hijo, ya mayor de edad, no precise de la vivienda por vivir, junto a su madre (a la que le había sido atribuido el uso por guarda), en el domicilio de la nueva pareja. Este es el caso conocido en la STS 29 marzo 2011⁸⁴, que resuelve que “cuando el hijo no precisa de la vivienda familiar, por encontrarse satisfechas sus necesidades de habitación a través de otros medios, (...) 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 (...). La atribución del uso al menor y al progenitor se produce para salvaguardar los derechos de éste, 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.”.

2. Análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2018 y posteriores. La convivencia marital como causa de extinción ¿automática?

Una creciente línea doctrinal⁸⁵ y jurisprudencial⁸⁶ defiende la extinción del derecho de uso de la vivienda familiar en caso de matrimonio o convivencia marital con un tercero, haya o no hijos menores de edad⁸⁷. Entre todas las sentencias puede destacarse, por su carácter pionero, la STS núm. 641/2018, de 20 noviembre, que vamos a analizar en los siguientes apartados.

82 CABEZUELO ARENAS, A. L.: “Extinción de la atribución del uso”, cit., p. 319.

83 GARCÍA MAYO, M.: “Extinción del derecho de uso”, cit. En la SAP Almería 3 febrero 2003 (JUR 2003, 76100) se dice que “la sentencia recurrida [] otorga [el uso] a la esposa en atención al interés más necesitado de protección (...). Ahora bien, (...) la esposa ya aportó al matrimonio un hijo extramatrimonial y que al poco de producirse la separación la misma ha tenido otro hijo fruto de la unión sentimental de la esposa con otra persona, con la que al parecer mantiene una convivencia. Por consiguiente [] por la vía de la pretendida protección de un menor y de su interés se puede conseguir por la madre un hogar para su nueva familia, aportando el esposo separado en tales circunstancias una vivienda, lo que ciertamente sería (...) un abuso de derecho, y un fraude de ley pues por el mecanismo de impetrar la protección que merece la hija menor de los litigantes, está obteniendo en la práctica un beneficio que carece de justificación para sí misma, para su nuevo compañero y para el hijo de ambos, con la consiguiente limitación sin causa del derecho dominical del actor sobre la finca”.

84 STS 29 marzo 2011 (RJ 2011, 3021).

85 DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y BUENO BIOT, A.: “El régimen de los alimentos de los hijos menores de edad”, en AA.VV. *Las crisis familiares: tratado práctico interdisciplinar* (dir. J. R. DE VERDA Y BEAMONTE), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, p. 255; ORDÁS ALONSO, M.: *La atribución*, cit., p. 543.

86 SSAP Almería 19 marzo 2007 (JUR 2007, 505), Málaga 31 marzo 2016 (JUR 2016, 183338) o Granada 14 diciembre 1992 (AC 1992, 1671).

87 ORDÁS ALONSO, M.: “El matrimonio o convivencia marital”, cit. Lo que cuestiona la autora es que la libertad se utilice en perjuicio de otros, en este caso del progenitor no custodio.

A) *Causas 'novedosas' de extinción automática de la atribución del uso.*

De forma totalmente novedosa⁸⁸ la STS 20 noviembre 2018⁸⁹, apunta los siguientes argumentos en pro de la extinción de la atribución del uso: 1.º el domicilio familiar “dejó de servir a los fines que determinaron la atribución del uso en el momento de la ruptura familiar” (pérdida del carácter familiar de la vivienda), y 2.º la posibilidad de que el derecho de habitación del menor sea satisfecho a través de otros medios distintos de la atribución del uso de la vivienda familiar, con objeto de conciliar su interés superior con los intereses del resto de partes implicadas, ya que -dice- “el interés de los hijos no puede desvincularse absolutamente del de sus padres, cuando es posible conciliarlos”⁹⁰. Todo ello favorecido, según el TS, “por el carácter ganancial del inmueble y por la posibilidad real de poder seguir ocupándolo si la madre adquiere la mitad o se produce su venta y adquiere otra vivienda”, aunque la pérdida del carácter familiar de la vivienda se producirá sea cual fuere la titularidad (ganancial o no) de la vivienda⁹¹. La sentencia no niega “que al amparo del derecho a la libertad personal y al libre desarrollo de la personalidad se puedan establecer nuevas relaciones de pareja con quien se estime conveniente, lo que se cuestiona es que esta libertad se utilice en perjuicio de otros, en este caso del progenitor no custodio”, conciliando así la aplicación del principio del interés del menor con el de sus padres (p. e. el derecho de propiedad del cónyuge al que no se adjudicó el uso y disfrute de la vivienda), siempre que el derecho a una vivienda de los hijos menores de edad resulte amparado, flexibilizando la rígida interpretación que del art. 96 CC venía efectuando el Alto Tribunal y proporcionando la esperanza en que de forma gradual, y dentro del ámbito de

88 MENDEZ TOJO, R.: “Extinción de la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges por convivencia con tercera persona: la novedosa STS 641/2018, de 20 de noviembre”, *Actualidad civil*, núm. 1, 2019. En la jurisprudencia del Alto Tribunal, anteriormente, la STS 19 enero 2017 (RJ 2017, 754) trató de estos efectos de dicha convivencia desde la perspectiva de la rebaja del importe de las pensiones alimenticias de los menores, pero el alto Tribunal no se había pronunciado anteriormente acerca de los efectos que produce en el derecho de uso sobre la vivienda familiar el hecho de que el progenitor al que se la atribuyó el uso comience a vivir con una nueva pareja. No obstante, este criterio de extinción sí venía recogido en algunas SSAP. P. e. la SAP Valencia 9 mayo 2011 (JUR 2011, 281277) afirma que “en la actualidad la esposa ha formado una nueva familia, al haberse casado con otra persona con la que tiene un hijo, con lo que la primitiva vivienda familiar ha pasado a ser también vivienda familiar de su nueva familia, perdiendo así, en parte, su antiguo carácter de vivienda familiar, lo que unido al tiempo transcurrido desde la fecha de la sentencia de separación así como el amplio régimen de visitas, que casi supone una custodia compartida, hace que la Sala limite el uso de la vivienda familiar hasta la liquidación de la sociedad de gananciales y en todo caso por un plazo máximo de dos años a contar de la fecha de la sentencia de la instancia”. En parecido sentido, vid. SSAP Valencia 20 julio 2015 (JUR 2016, 1741) o Málaga 31 marzo 2016 (JUR 2016, 183338).

89 La STS 20 noviembre 2018 (RJ 2018, 5086) se dicta en confirmación de la SAP Valladolid 15 enero 2018 (JUR 2018, 64717), que consideró que la vivienda familiar ha dejado de tener tal consideración, al servir su uso a una familia diferente, añadido a que razones de justicia y equidad obligan a no mantener el uso de la vivienda familiar cuando ello beneficia un tercero; en cuanto a la solicitud de venta de la vivienda familiar o a su adjudicación a uno de ellos, la AP desestimó dicho petitum al entender que previamente debía procederse a la liquidación del régimen económico del matrimonio, dado que la vivienda tenía carácter ganancial. No obstante, nada dijo la sentencia de la AP sobre la pensión de alimentos, aspecto que no fue recurrido por ninguna parte.

90 CHAPARRO MATAMOROS, P.: “La pérdida del carácter “familiar”, cit. p. 6349.

91 GARCÍA MAYO, M.: “Extinción del derecho de uso”, cit.

aplicación de la norma, vaya adaptando el tenor del precepto a la realidad social del tiempo en que debe ser aplicada⁹².

a) El domicilio familiar dejó de servir a los fines que determinaron la atribución del uso en el momento de la ruptura familiar.

La sentencia analizada dice que “La introducción de un tercero en la vivienda en manifiesta relación estable de pareja con la progenitora que se benefició del uso por habersele asignado la custodia de los hijos (...), cambia el estatus del domicilio familiar”⁹³- al introducir a una tercera persona en la misma, que hace perder a la vivienda su antigua naturaleza “por servir en su uso a una familia distinta y diferente”⁹⁴, y aunque “no se niega que al amparo del derecho a la libertad personal y al libre desarrollo de la personalidad se puedan establecer nuevas relaciones de pareja con quien se estime conveniente” (“lo que se cuestiona -dice el fallo- es que esa libertad se utilice en perjuicio de otros, en este caso del progenitor no custodio ...”), considera que “una nueva relación de pareja, tras la ruptura del matrimonio, tiene evidente influencia en la pensión compensatoria, en el derecho a permanecer en la casa familiar e incluso en el interés de los hijos, desde el momento en que introduce elementos de valoración distintos de los que se tuvieron en cuenta inicialmente”; y, en definitiva, “determina la modificación de los criterios que sirvieron de base para la concreción de la medida”. Para algún autor, la pérdida del carácter familiar únicamente se produciría por la “intensidad” del nuevo núcleo familiar; p. e. cuando convivan el progenitor custodio, hijo/s comunes de la pareja, hijo/s de esa nueva pareja, e hijo/s comunes de la nueva relación⁹⁵.

Este argumento se reproduce en las SSTS 29 octubre 2019 y 23 septiembre 2020⁹⁶. La primera confirma la extinción del derecho de uso de la vivienda familiar por introducción en ella de una pareja sentimental de la mujer, titular del derecho de uso, en el sentido de que, manteniéndose la menor en la misma, se forma una nueva pareja sentimental entre su madre y un tercero que disfruta de una vivienda que también es propiedad del marido, que además abona el 50 % de la hipoteca. La segunda, referida a un caso de nuevo matrimonio, confirma que la introducción de una tercera persona hace perder a la vivienda su antigua naturaleza.

92 ORDÁS ALONSO, M.: “El matrimonio o convivencia marital”, cit.

93 CUENA CASAS, M.: “Uso de la vivienda familiar”, cit., p. 34. Según la autora, esta circunstancia provoca una desafectación de la vivienda familiar respecto del uso inicialmente atribuido.

94 ORDÁS ALONSO, M.: *La atribución*, cit., p. 549. Según la autora “El sustrato fáctico sobre el que se sustentaba la adjudicación del uso ha desaparecido al igual que ocurriría con la desaparición del inmueble o del título de ocupación (v.gr. resolución del contrato de compraventa, ejecución de la hipoteca, desahucio en el arrendamiento) y en consecuencia procede la extinción”.

95 MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: “Reflexiones sobre la jurisprudencia”, cit. p. 346.

96 SSTS 29 octubre 2019 (RJ 2019, 4495) y 23 septiembre 2020 (RJ 2020, 3531).

Desde el punto de vista de la prueba de la convivencia con el tercero, esta solución de extinción puede conducir a que “aquellos excónyuges usuarios que, hayan iniciado una relación afectiva con un tercero, procurarán que esa situación convivencial no sea visible, por lo que muchos compañeros sentimentales habrán de abandonar la vivienda familiar que, tenga atribuida su pareja y, que hasta ahora era su hogar. Y, ello quizá conlleve como consecuencia adicional la ruptura de muchas parejas ante la nueva situación generada”⁹⁷.

Otro sector doctrinal no ve claro que la entrada de un tercero en la vivienda provoque la pérdida de su estatus de vivienda familiar. En primer lugar, no se puede hablar técnicamente de unos fines del matrimonio que subsistirían civilmente tras el divorcio, cuando ya ha desaparecido civilmente el matrimonio y hasta que comenzara la convivencia de uno de los excónyuges con un tercero⁹⁸. En segundo lugar, no hay una nueva familia formada por el conjunto de la madre, los hijos y la nueva pareja, porque el conviviente carece de relaciones familiares legales con los hijos del primer matrimonio⁹⁹. En tercer lugar, todavía habitan en la vivienda los miembros de la familia primitiva a los que se le atribuyo su uso -el progenitor custodio y sus hijos-, por lo que la referida circunstancia no hace desaparecer el interés -la necesidad- que motivó la atribución¹⁰⁰, lo que iría en contra, además, de la *ratio legis* del art. 96 CC: la de proteger a los hijos menores (de no entenderse así, estaríamos haciendo depender tal necesidad del éxito o del fracaso de las relaciones que mantenga el progenitor custodio)¹⁰¹. Finalmente, el cónyuge usuario, en uso de su libertad personal y amparado por los derechos a la dignidad personal y el libre desarrollo de su personalidad, puede establecer relaciones estables de pareja con quien estime procedente y decidir convivir o no con su nueva pareja en el domicilio en el que habita; libertad que se vería obstaculizada si dicha convivencia tuviera como consecuencia la extinción del uso pues la amenaza de dicha extinción actuaría como elemento disuasorio o inhibitor del pleno ejercicio de aquella libertad¹⁰².

97 BERROCAL LANZAROT, A. I.: “La extinción del derecho”, cit., pp. 2023-2024.

98 MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: “Reflexiones sobre la jurisprudencia”, cit. p. 341.

99 MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: “Reflexiones sobre la jurisprudencia”, cit. p. 341.

100 Según CABEZUELO ARENAS, A. L.: “Extinción de la atribución del uso”, cit., p. 311 “si lo relevante ha de ser que desempeñe la guarda a la perfección, abstracción hecha de cuál sea su posición financiera, no se ve reparo alguno a que pueda rehacer su vida sentimental junto a otra persona que, además, no constituye un mal ejemplo para los menores (quienes pueden sentir incluso abierta simpatía hacia ese tercero); GARCÍA MAYO, M.: “Extinción del derecho de uso”, cit.; MARTÍNEZ CALVO, J.: “La extinción”, cit., pp. 162-165, “puesto (...) [s]i consideráramos que la vivienda pierde su condición de familiar cuando deja de servir a los fines del matrimonio, (...), la consecuencia no podría ser otra que el cese de dicha condición en el momento preciso en el que se disuelve el vínculo matrimonial, sin necesidad de que se produzca ninguna otra circunstancia”; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: “Reflexiones sobre la jurisprudencia”, cit. p. 341.

101 CABEZUELO ARENAS, A. L.: “El art. 96 CC”, cit., pp. 350-354.

102 LÓPEZ-BREA MARTÍNEZ, M.ª C.: “El derecho de uso”, cit. p. 276.

Sería por ello deseable que tanto las resoluciones judiciales, como aquellas que aprueben los convenios, contengan un pronunciamiento expreso y concreto al respecto de los límites que deben imponerse al progenitor custodio, que convive con los hijos en el domicilio familiar; sobre el derecho de uso, que se otorga única y exclusivamente, y con carácter excluyente, a favor de los mismos y de dicho progenitor custodio o que convive con aquellos, con los apercibimientos correspondientes, de diversa índole, según los casos, que sean procedentes en aquellos casos en los que se da lugar a transgresión de la sentencia en este apartado¹⁰³.

b) Posibilidad de que el derecho de habitación del menor sea satisfecho a través de otros medios distintos de la atribución del uso de la vivienda familiar.

La STS 20 noviembre 2018, desde una óptica más patrimonialista¹⁰⁴ señala que “es posible satisfacer el derecho de habitación de los hijos a través de otros medios, conciliando así su interés con los intereses patrimoniales de los progenitores”¹⁰⁵. La misma afirma que “la medida no priva a los menores de su derecho a una vivienda ya que la progenitora se ve favorecida por el carácter ganancial del inmueble y por la posibilidad real de poder seguir ocupándolo si adquiere la mitad o se vende y adquiere otra, ni cambia la custodia”. El interés del menor se protege “no solo con el hecho de mantenerlos en el mismo ambiente que proporciona la vivienda familiar, sino también con una respuesta adecuada de sus padres a los problemas económicos que resultan de la separación o del divorcio¹⁰⁶, para hacer frente tanto a los gastos que comporta una doble ubicación de los progenitores, como a los alimentos presentes y futuros”. Por lo que “más allá de que se les proporcione una vivienda que cubra las necesidades de alojamiento en condiciones de dignidad y decoro, no es posible mantenerlos en el uso de un inmueble que ha dejado de tener carácter familiar, más allá del tiempo estrictamente necesario para liquidar la sociedad legal de gananciales”. Y concluye el Alto Tribunal diciendo que “El interés en abstracto o simplemente especulativo no es suficiente y la misma decisión adoptada en su día por los progenitores para poner fin al matrimonio, la deben

103 GARCÍA MAYO, M.: “Extinción del derecho de uso”, cit.

104 Según BERROCAL LANZAROT, A. I.: “La extinción del derecho”, cit., pp. 2022-2023 “no se ha de negar que, un tercero se aprovecha de un uso no atribuido, además de que su presencia puede contribuir a mejorar la situación económica y patrimonial de la familia; y ante legítimos intereses concurrentes, no cabe duda que el del cónyuge no usuario resulta más digno de protección”. Parecidamente GÓMEZ VALENZUELA, M. Á.: “La convivencia”, cit. dice que el TS “se hace eco de una de las interpretaciones más vanguardistas que se recuerdan en el Derecho de Familia, secundado la exégesis en torno a la fungibilización del inmueble, cristalizada legislativamente en algunos Derechos Forales”.

105 El TS se apoya en dos de los criterios introducidos en la reforma llevada a cabo a través de la Ley Orgánica 8/2015, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, para la determinación del interés superior del menor: a) que dicho interés no restrinja o limite más derechos que los que ampara, y b) que las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los DD.FF. de otras personas que pudieran verse afectados (vid. art. 1.2, en la redacción que dio al art. 2.4 de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor).

106 MORO BONILLO, E.: “La convivencia”, cit.

tener ahora para actuar en beneficio e interés de sus hijos respecto de la vivienda". Incluso, como se ha señalado por parte de la doctrina, llegado el caso, la nueva vivienda no tiene por qué encontrarse en el entorno donde residía el menor¹⁰⁷.

De darse esta solución extintiva, no se reduce la prestación alimenticia a los hijos, y existe la posibilidad que en sede de liquidación de gananciales el 50% de la propiedad de la hasta ahora vivienda familiar, perteneciente al otro cónyuge no usuario, sea adquirida por el cónyuge usuario, o se proceda a la venta de la totalidad de la vivienda y con el precio que se obtenga de ella cada cónyuge adquiera o alquile otra vivienda. Incluso, ante esta nueva necesidad habitacional de los menores no se descarta que pudiera derivar en un aumento de la cuantía de los alimentos, siempre que se pruebe por el cónyuge custodio la necesidad, a la par que una variación esencial de las circunstancias iniciales. Lo que podría conducir a la conveniencia de exigir conjuntamente la extinción del uso y la liquidación de la sociedad de gananciales. En cualquier caso, para ello es necesario adaptar la dicción legal del art. 96 CC a los nuevos supuestos que plantean los modelos familiares, atendiendo a la realidad social¹⁰⁸. Desde este punto de vista, la remisión al derecho de alimentos actúa como una solución efectiva para asegurar las necesidades básicas de los hijos económicamente dependientes.

No obstante, se ha criticado¹⁰⁹ que la decisión adoptada por el TS puede entrar en conflicto con la literalidad del art. 96 CC, y plantea serias dudas desde el punto de vista del interés superior del menor, sobre todo teniendo en cuenta que el alto Tribunal no alude al modo en el que va a quedar garantizado el derecho de habitación de los menores tras la extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar, pues se limita a señalar que puede satisfacerse "a través de otros medios", sin aclarar ni especificar cómo va a llevar a cabo. Parece presuponer que el derecho de habitación de los menores va a quedar garantizado mediante la adquisición de una nueva vivienda por parte del progenitor a cuyo cargo estén, sin valorar además otros aspectos, como las características y la localización de la nueva vivienda. Por ello, se ha considerado que los menores salen perdiendo, porque deberán hacer frente a mayores gastos con el mismo dinero (antes la vivienda les resultaba gratis, y ahora hay que pagar por ella, sin que aumente la pensión alimenticia), así que, cuando la sentencia afirma que el interés del menor no puede desvincularse del de sus padres, se acaba dando preferencia a este último¹¹⁰.

107 ZUMAQUERO GIL, L.: "La atribución judicial del uso de la vivienda familiar en caso de crisis matrimonial: régimen jurídico actual y propuestas de reforma", *Revista de Derecho Patrimonial*, n. 41, 2016.

108 Según GÓMEZ VALENZUELA, M. Á.: "La convivencia", cit. el art. 96 CC es una prolongación, en sede de medidas aplicables a las crisis matrimoniales, de los deberes paternos previstos en el art. 154.1º CC.

109 Según MARTÍNEZ CALVO, J.: "La extinción", cit., pp. 169-171, más bien parece que, en el recurso de casación que dio origen al pronunciamiento del alto Tribunal, ante un conflicto entre el interés superior del menor y los patrimoniales de uno de los progenitores, se está dando prevalencia a estos últimos, lo que entra en discordia con lo dispuesto del artículo 2.4 LOPJM, y, en última instancia, con el interés superior del menor.

110 MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: "Reflexiones sobre la jurisprudencia", cit. p. 341.

B) *Consecuencias de la extinción del uso.*

a) *Modificación de las circunstancias y liquidación del inmueble, en su caso.*

La SAP Almería 19 marzo 2007¹¹¹ consideró que se ha producido una esencial modificación de las circunstancias, ya que “si el cónyuge a quien se atribuye el disfrute de una vivienda ganancial desea fundar con tercera persona una familia, o unirse establemente a ella, lo oportuno es que, consumando la liquidación de gananciales que a la disolución provocada por la sentencia de separación o divorcio debe ordinariamente suceder, forme nuevo hogar renunciando al privilegio del que, en atención a su anterior situación, venía disfrutando”¹¹². Dice el fallo de la sentencia que “Esto conjuga perfectamente los derechos del menor, el interés del padre no custodio, los derechos y obligaciones de la madre encargada de la custodia del menor, y el principio que impide el enriquecimiento y abuso de derecho”. Además “la sustancial mejora de la situación económica de la madre desde la separación hasta el momento presente, (...) acreditada en autos, le hace capaz de hacer frente a la adquisición de otra vivienda o de la mitad de la que tiene junto con el recurrente, si a este acuerdo llegaran”.

La STS 20 noviembre 2018 viene a reproducir el argumento anterior en cuanto a que la extinción del derecho de uso no será efectiva hasta que se liquide la sociedad de gananciales, lo que ha sido criticado por algún autor que considera que dicha sentencia abre un paréntesis de duración indefinida, que puede prolongarse durante mucho tiempo, bien sea por problemas típicos de la liquidación de gananciales o por posibles conductas obstruccionistas del usuario de la vivienda que pretende alargar todo el tiempo que pueda esta situación¹¹³.

Pero si la vivienda fuera propiedad exclusiva del cónyuge no usuario no habría liquidación de la sociedad de gananciales, por lo que la extinción del uso operaría automáticamente¹¹⁴.

b) *Consecuencias en materia de alimentos o compensación económica.*

La SSTS 20 noviembre 2018 y 23 septiembre 2020 no aumentan la pensión alimenticia que debe abonar el padre, lo que causa un desequilibrio desde el punto de vista patrimonial, ya que el progenitor custodio y el hijo sujeto a guarda han de hacer frente al coste de la nueva vivienda, sin contar con los ingresos ‘nuevos’

¹¹¹ SAP Almería 19 marzo 2007 (JUR 2007, 505).

¹¹² CABEZUELO ARENAS, A. L.: “Extinción de la atribución del uso”, cit., p. 317.

¹¹³ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: “Reflexiones sobre la jurisprudencia”, cit. p. 341.

¹¹⁴ Dice BERROCAL LANZAROT, A. I.: “La extinción del derecho”, cit., pp. 2020-2022 que este procedimiento liquidatorio podría demorarse en el tiempo si es contencioso. De todas formas, en la STSJ Aragón, 16 marzo 2018 (RJ 2018, 1700) la resistencia de la esposa a liquidar el patrimonio común tras el divorcio, se considera cambio de las circunstancias y justifica el desalojo de la vivienda”.

procedentes del progenitor no custodio que deberían ir asignados a hacer frente a la parte proporcional de sus deberes de alimento.

Se ha defendido que la pérdida y privación del derecho de uso podría verse compensada con un incremento de la pensión alimenticia proporcional al beneficio obtenido por el progenitor alimentante que recupera su vivienda privativa o puede así liquidar anticipadamente el inmueble ganancial¹¹⁵, si bien no se trata de una mera operación aritmética que deba efectuarse siempre y en todo caso, sino que habrá que atender a las circunstancias concurrentes, que pueden ser muchas y variadas¹¹⁶. Esta es la solución a la que llega la STS 29 octubre 2019, que deja sin efecto la atribución de la vivienda, y, correlativamente, aumenta el importe de la pensión que debe abonar el padre. Argumenta la sentencia que la pensión de alimentos que el padre debía abonar para atender a las necesidades de la hija, se desnaturaliza en su cuantía, pues la habitación forma parte de dichos alimentos (extremo que se tuvo en cuenta al fijar la pensión). Solución que ya había sido reflejada en su día por la jurisprudencia menor¹¹⁷

c) La posible limitación temporal del uso hasta su extinción definitiva.

Al haberse producido una variación sustancial de las circunstancias, una de las soluciones más demandadas es la de la limitación temporal en el derecho de uso de la vivienda familiar¹¹⁸, plazo que en las SSTs 29 octubre 2019 y 23 septiembre 2020 se fija en un año para abandonar la vivienda, lo que viene a solucionar, en parte, la indefinición que había en 2018¹¹⁹.

Mismo plazo, o menor encontramos en algunas sentencias de la Audiencia Provincial¹²⁰.

115 MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: "Reflexiones sobre la jurisprudencia", cit. p. 341.

116 ORDÁS ALONSO, M.: "El matrimonio o la convivencia marital", cit.

117 En la jurisprudencia menor, la SAP Valencia 18 julio 2012 (JUR 2012, 307999) incrementó la cuantía de la pensión alimenticia", reconociendo que el concepto de alimentos se integra la vivienda (suprimida) del hijo.

118 MORO BONILLO, E.: "La convivencia", cit.

119 MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: "Reflexiones sobre la jurisprudencia", cit. p. 341.

120 Por su parte, el AAP Barcelona 15 marzo 2002 (JUR 2002, 151347) dice que "los dos hijos ya son mayor de edad, gozando uno de ellos D³ [...] de plena independencia económica, mientras que D. [...], está a punto de hacerlo, ejerciendo trabajos todavía en situación de precariedad económica, si a ello aunamos que la vivienda también es compartida por el actual compañero sentimental de la madre, aportando al núcleo familiar su salario, y la circunstancia de haber transcurrido ya doce años de la atribución del uso del domicilio conyugal, ... es por lo que resulta procedente la determinación de un límite temporal de permanencia del uso, referido a un año desde la fecha del presente auto, transcurrido el cual cesará tal atribución, pudiendo las partes ... proceder a la división de la cosa común". Vid también SAP Valencia 18 julio 2012 (JUR 2012, 307999) acuerda "el cese del uso de la vivienda conyugal al hijo a partir de tres meses contados desde la presente sentencia".

BIBLIOGRAFÍA

BELTRÁN CABELLO, C.: "Atribución de la vivienda familiar en caso de custodia compartida cuando aquella era propiedad privativa de uno de los cónyuges (Comentario a la STS de 14 de junio de 2017)", *CEF Legal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, núm. 202, 2017, pp. 129-132.

BERROCAL LANZAROT, A. I.: "La extinción del derecho de uso de la vivienda familiar, en especial, por convivencia marital del usuario con otra persona", *Revista crítica de derecho inmobiliario (RDCI)*, núm. 774 (2019), pp. 2002-2042.

BRAVO DE MANSILLA, G. C.: *Separaciones y divorcios ante notario*, Reus, Madrid, 2016.

CABEZUELO ARENAS, A. L.: "Extinción de la atribución del uso de la vivienda familiar tras el divorcio por convivencia extramatrimonial con un tercero. Comentario a la SAP de Almería de 19 de marzo de 2007", *Revista de Derecho Patrimonial*, n. 21, 2008, pp. 309-319.

CABEZUELO ARENAS, A. L.: "El art. 96 CC: sobrevaloración del interés del menor versus aniquilación de los intereses económicos de los padres. Incoherencias de la jurisprudencia y propuestas de reforma", en AA.VV.: *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar* (dir. G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA), Reus, Madrid, 2017, pp. 331-360.

CARRERAS MARAÑA, J. M.: "Efectos de la crisis matrimonial en relación a la atribución y el uso de la vivienda familiar. Especial referencia a las viviendas en arrendamiento. Régimen de las parejas de hecho en relación con la vivienda", *Manuales de formación continuada, Consejo General del Poder Judicial*, 2009, núm. 50, pp. 33-250.

CASTELLANOS CÁMARA, S.: "Las crisis familiares en la legislación vasca", en AA.VV.: *Las crisis familiares: tratado práctico interdisciplinar* (dir. J. R. DE VERDA Y BEAMONTE), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 543-579.

CERVILLA GARZÓN, M. D.: "Algunas consecuencias jurídicas derivadas de la atribución del uso del domicilio conyugal propiedad del otro cónyuge", *Revista jurídica de la Región de Murcia*, 2003, núm. 34, p. 13-52.

CHAPARRO MATAMOROS, P.: "Custodia monoparental, atribución del uso de la vivienda familiar y «entorno» del menor: ¿una reformulación del interés superior del menor en la sociedad tecnológica?", *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 51, 2019.

CHAPARRO MATAMOROS, P.: "La pérdida del carácter "familiar" de la vivienda en la que se había desarrollado la convivencia conyugal. Comentario a la STS núm. 524/2017, de 27 de septiembre", *Actualidad civil*, núm. 2, 2019, pp. 620-635.

CHAPARRO MATAMOROS, P.: "La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en los casos de custodia compartida", *Actualidad civil*, núm. 2, 2019.

COSTAS RODAL, L.: "Limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar y custodia compartida en la reciente jurisprudencia del TS", *Aranzadi civil-mercantil*, núm. 11, 2016, pp. 167-176.

CUENA CASAS, M.: "Uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario", *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 2, 2014, pp. 9-39.

DE LA IGLESIA MONJE, M^a. I.: "Custodia compartida y el derecho de uso de la vivienda familiar. Análisis jurisprudencial", *RDCI*, núm. 732, 2012, pp. 2298-2326.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CARAPEZZA FIGLIA, G.: "El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas españolas e italiana", *RDCI*, Año núm. 91, núm. 752, 2015, pp. 3387-3466.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y BUENO BIOT, A.: "El régimen de los alimentos de los hijos menores de edad", en AA.VV. *Las crisis familiares: tratado práctico interdisciplinar* (dir. J. R. DE VERDA Y BEAMONTE), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 221-257.

FEÁS COSTILLA, J.: "Vivienda familiar y divorcio notarial", en AA.VV.: *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar* (dir. G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA), Reus, Madrid, 2017, pp. 213-237.

GARCÍA MAYO, M.: "Extinción del derecho de uso de la vivienda familiar por la convivencia marital con un tercero: ¿y el interés del menor?", *Actualidad civil*, núm. 2, 2019.

GÓMEZ VALENZUELA, M. Á.: "La convivencia de un tercero en la vivienda familiar: Análisis de la Sentencia núm. 641/2018, de 20 de noviembre, del Tribunal Supremo", *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 21, 2019, pp. 86-104.

LÓPEZ-BREA MARTÍNEZ, M. C.: "El derecho de uso de la vivienda familiar en supuestos de custodia compartida y tras la liquidación del patrimonio ganancial", en AA.VV.: *El derecho de familia ante la crisis económica. La liquidación de la sociedad de gananciales* (A. L. REBOLLEDO VARELA et. al.), Dykinson, Madrid, 2010, pp. 257-304.

MARTÍNEZ CALVO, J.: "La extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar como consecuencia de la convivencia con un tercero. Reflexiones a la luz de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo", *Revista de Derecho Civil*, Vol. 6, núm. 3, 2019, pp. 155-178.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: "Reflexiones sobre la jurisprudencia del TS en torno a las consecuencias de la convivencia del progenitor custodio con una nueva pareja en la vivienda familiar", en AA.VV.: *La vivienda en las crisis familiares* (dir. P. CHAPARRO MATAMOROS), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 337-346.

MÉNDEZ TOJO, R.: "Extinción de la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges por convivencia con tercera persona: la novedosa STS 641/2018, de 20 de noviembre", *Actualidad civil*, núm. 1, 2019.

MOLL DE ALBA LACUVE, C.: "Análisis crítico de la regulación de la extinción del uso de la vivienda familiar", en AA.VV.: *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar* (dir. G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA), Reus, Madrid, 2017, pp. 203-212.

MORO BONILLO, E.: "La convivencia con terceros en la vivienda familiar", *Revista de Derecho de familia: doctrina, jurisprudencia, legislación*, 2014, núm. 63, pp. 21-43.

MUÑOZ RODRIGO, G.: "La extinción de la pensión compensatoria por "convivencia marital": significado y finalidad", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 8, 2018, pp. 346-364.

OLIVA BLÁZQUEZ, F.: "Atribución del uso de la vivienda familiar y compensación económica: análisis crítico y propuestas de reforma legal", *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 16, 2017.

ORDÁS ALONSO, M.: "El matrimonio o convivencia marital con un tercero extingue el derecho de uso de la vivienda familiar. Un halo de esperanza", *Diario La Ley*, n. 9332, 2019.

ORDÁS ALONSO, M.: *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, Wolters Kluwer España, Madrid, 2018.

PINTO ANDRADE, C.: *La atribución del uso de la vivienda familiar. Aplicación práctica en los procesos de separación y divorcio*, Bosch, Barcelona, 2011.

PINTO ANDRADE, C.: "La atribución judicial de la vivienda familiar cuando existen hijos menores de edad", *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 30, 2013.

RODRÍGUEZ CHACÓN, R., "La extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar», en *Revista de Derecho de familia: doctrina, jurisprudencia, legislación*, 1999, núm. 2, pp. 21-66.

SANTOS MORÓN, M^a. J.: "La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de custodia exclusiva de un cónyuge: evolución jurisprudencial y Anteproyecto de reforma", *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 3, julio-septiembre 2014, pp. 1-36.

SEISDEDOS MUIÑO, A.: "La atribución de la vivienda familiar en caso de ruptura de los progenitores: análisis de la Ley 7/2015, del Parlamento Vasco", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3.bis (extraordinario), noviembre 2015, pp. 145-163.

TAMAYO CARMONA, J. A.: "El derecho de uso de la vivienda habitual de la familia: realidad normativa y perspectiva de futuro", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 19, 2015, pp. 264-291.

UREÑA CARAZO, B.: "Vivienda familiar y custodia compartida (a propósito de la STS núm. 594/2014, de 24 de octubre)", *La Ley Derecho de Familia*, núm. 6, 2015.

ZUMAQUERO GIL, L.: "La atribución judicial del uso de la vivienda familiar en caso de crisis matrimonial: régimen jurídico actual y propuestas de reforma", *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 41, 2016.