



---

# **Universidad de Valladolid**

Facultad de Ciencias Sociales Jurídicas y de la Comunicación: Grado en Derecho

## **EXTINCIÓN DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR POR MATRIMONIO O CONVIVENCIA MARITAL.**

**Autora:**

**Carolina Pascual Segovia**

**Tutora:**

**Henar Álvarez Álvarez**

Curso 2019/2020

## **ABREVIATURAS**

Art: Artículo

AP: Audiencia Provincial

CC: Código Civil

CE: Constitución Española

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial

Núm: Número

Rec: Recurso

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

ST: Sentencia

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TS: Tribunal Supremo

TSJ: Tribunal Superior de Justicia

## **RESUMEN**

El presente trabajo se va a centrar en la extinción del derecho de uso de la vivienda familiar por convivencia marital del cónyuge usuario y custodio de los hijos menores de edad con una tercera persona que va a comenzar a vivir en la vivienda familiar.

El hecho de que una persona ajena a la familia entre a formar parte del núcleo familiar conlleva a la valoración de diferentes aspectos a la hora de decidir si se extingue el uso de la vivienda familiar o no por ese motivo, como son la titularidad del derecho de uso, la existencia o no de hijos menores y si se da el caso de existencia de hijos mayores de edad, la incidencia en la vivienda familiar, basándose en la novedad jurisprudencial que hay respecto de este tema.

En estas líneas se va a abordar esta cuestión a la luz de la ST de la Sala 1ª del TS, de 20 de Noviembre de 2018, por la que se contempla que la convivencia en dicho domicilio familiar con una tercera persona puede implicar en determinadas circunstancias la extinción del derecho de uso respecto a una vivienda familiar que ha perdido ese carácter.

## **ABSTRACT**

This work will focus on the extinction of the right of use of family home by the marital coexistence of the user spouse and custodian of minor children with a third person who will begin to live in family housing.

The fact that a person outside the family becomes part of the family nucleus leads to the assessment of different aspects when deciding whether or not to extinguish the use of family housing for that reason, such as ownership of the right of use, the existence or not of minor children and whether there is the existence of children of older age , the impact on family housing, based on the new jurisprudence on this issue.

These lines will address this issue in the light of the STC of TS Room 1a of 20 November 2018, which provides that cohabitation in that family home with a third person may in certain circumstances entail the termination of the right of use in respect of a family home which has lost that character.

## **KEY WORDS**

Family Home. Minor Children. Custodial spouse. Marital cohabitation. Right of use. Domicile. Home. Favor filii. Marital Life. Husband. Permanence. Family status. Extinction.

# ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	5
2. CONCEPTO DE VIVIENDA FAMILIAR EN EL CC.....	6
3. FUNDAMENTOS Y CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.....	7
3.1 Existencia de pacto entre los cónyuges.....	9
3.2 Custodia exclusiva de los hijos otorgada a uno de los progenitores .....	10
3.3 La protección del más débil: una razón de justicia.....	10
3.3.1 Existencia de hijos menores.....	12
3.3.2 Inexistencia de hijos menores.....	12
4. EXTINCIÓN DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR POR CONVIVENCIA MARITAL.....	13
4.1 Antecedentes .....	13
4.2 Concepto de convivencia marital.....	15
4.3 Derecho real del uso de la vivienda familiar .....	15
4.4 La controvertida atribución del uso de la vivienda familiar tras la ruptura matrimonial .....	18
4.5 La convivencia marital como causa de extinción .....	19
4.6 Requisitos para la extinción del uso de la vivienda familiar.....	22
4.7 ¿Cuál es el procedimiento que debe llevarse a cabo para la extinción del uso de la vivienda familiar? .....	23
5. EFECTOS DE LA CONVIVENCIA CON UN TERCERO POR PARTE DEL BENEFICIARIO DEL DERECHO DE USO SOBRE LA VIVIENDA FAMILIAR .....	25
5.1 Efectos sobre el estatus de la vivienda familiar .....	26
5.2 Efectos sobre la pervivencia del derecho de uso.....	28
5.3 Efectos sobre las relaciones económicas entre los cónyuges .....	29
6. CONVIVENCIA MARITAL O MATRIMONIAL DEL TITULAR DEL DERECHO DE USO CON UN TERCERO.....	30
7. APLICACIÓN DEL ART 96 CC.....	32
8. LA SENTENCIA 641/2018 DEL PLENO DE LA SALA 1ª DEL TS, DE 20 DE NOVIEMBRE.....	34
9. CONCLUSIONES.....	37
10. BIBLIOGRAFÍA.....	39
11. JURISPRUDENCIA.....	41

## 1. INTRODUCCIÓN

En nuestra sociedad actual, es muy frecuente que dos personas dejen de convivir juntas por diferentes motivos y comiencen una relación nueva de convivencia con otra persona, pero el problema surge cuando existen hijos que forman parte del núcleo familiar, y esa tercera persona entra a convivir en el núcleo familiar. Lo primordial en estos casos es la protección del menor ante todo, para que no se sienta desprotegido y disponga de una vivienda habitable que cubra sus necesidades personales. Además, para agravar las cosas puede suceder que la vivienda sea propiedad exclusiva de quien no tiene atribuido el uso y continúa pagando cuantiosas cantidades de dinero como por ejemplo; el pago de las cuotas de la hipoteca.

En muchas ocasiones, se presentan en la realidad casos intolerables y escandalosos, en los que el cónyuge que es propietario, tiene que abandonar la vivienda por haberse atribuido su uso al otro cónyuge y a sus hijos menores, teniendo que seguir abonando la cuota de la hipoteca que el solicitó, además de buscar un nuevo alojamiento para poder vivir.

En ese caso, se le suma el hecho de tener que soportar situaciones humillantes, como es el caso de la convivencia marital sobrevinida de su ex mujer o su ex marido con otra persona, en una vivienda que es de su propiedad, y mientras tanto el que efectivamente sí que es propietario tiene que adquirir una nueva vivienda o alquilar otra, e incluso volver con sus padres u otros familiares por no disponer de ingresos para comprar o para alquilar otra vivienda.<sup>1</sup>

Ya desde hace décadas, la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad, un núcleo social primario integrado por las personas unidas por los vínculos sociales más fuertes, donde cada una de las personas que conviven en la vivienda familiar desarrolla su personalidad y se ejercen una serie de derechos y obligaciones comunes para ambas partes, pero en el caso de que en ese núcleo familiar existan hijos menores o no es una cuestión fundamental, ya que en el supuesto de la existencia de hijos menores, para ellos el ambiente familiar es una necesidad vital para su crianza y su desarrollo personal con aras a integrarse en la sociedad.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> ORDÁS ALONSO, Marta. *La atribución de uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, editorial Bosch, año 2018, Pp. 541-542.

<sup>2</sup> PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel. *Derecho de Familia*, Universidad de Madrid, Madrid, 1989, Pp.11-15.

Por lo tanto, a lo largo del trabajo trataré de resolver todas las incertidumbres que se ocasionen respecto de los problemas inherentes a la atribución del uso de la vivienda familiar en los casos de divorcio, enfocando mi atención particularmente en una Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 20 de noviembre de 2018, en la que se contempla que la convivencia en dicho domicilio familiar con una tercera persona, puede implicar en algunas ocasiones que sea complicado conciliar el interés superior de los menores, por encima de todo y el de los progenitores, en especial el hasta ahora olvidado el interés de cónyuge no custodio, basándose en el art 96 del Código Civil, puesto que se carece de mención normativa expresa.<sup>3</sup>

## **2. CONCEPTO DE VIVIENDA FAMILIAR EN EL CC**

Nuestra legislación civil prescinde de aportar un concepto de vivienda familiar, siendo este concepto delimitado por la jurisprudencia y la doctrina, que sí que alude a la noción de “domicilio u hogar” como lugar de residencia habitual donde se asienta y desarrolla la persona física, para satisfacer sus necesidades primarias (descanso, aseo, alimentación, vestido, entre otros) y la protección de la intimidad, siendo en el caso de existencia de hijos el auxilio indispensable para el amparo y la educación de éstos. La diversidad de expresiones empleadas, todas ellas van a responder a una misma realidad conceptual, con algunos matices en torno a la vivienda familiar por contraste con el domicilio conyugal.<sup>4</sup>

Así el domicilio conyugal es la sede jurídica donde conviven ambos cónyuges y el lugar donde desarrollan el ejercicio de sus derechos matrimoniales y el cumplimiento de sus derechos y obligaciones.

---

<sup>3</sup> VALLESPÍN PÉREZ, David. “*El derecho a rehacer la vida propia, tras el divorcio y su repercusión en el uso de la vivienda familiar*”. Revista Práctica de los Tribunales. Editorial Wolters Kluwer, N° 137, 1 de marzo de 2019. Pp. 4-5.

<sup>4</sup> ÓRDAS ALONSO. Cit. Pp. 107.

En base al art. 68 CC, por vivienda familiar hay que entender, a aquella vivienda en la que los cónyuges cumplen su obligación de vivir juntos, inaplicándose en este caso el art. 96, respecto de otras viviendas privativas de uno de cada uno de los cónyuges o adquiridas conjuntamente por los dos, sino solamente al domicilio familiar donde desarrollan su vida marital y donde empiezan a crear una unidad familiar junto con sus hijos, por lo que en el mismo momento en el que se separan o divorcian, esa vivienda deja de ser familiar y por tanto no tienen la obligación de vivir juntos al no ser una pareja.<sup>5</sup>

En cuanto a las notas características de la vivienda familiar, se trata de un bien inmueble que tiene como fin principal servir de alojamiento a las personas y destinado habitualmente como vivienda excluyendo por tanto cualquier otro tipo de edificación; una vivienda familiar en el sentido de que sea utilizada para las necesidades de la familia, su disfrute, con unas condiciones mínimas para poder vivir de salud y seguridad y que tenga el carácter de permanente, no con ánimo de transitoriedad ni de periodicidad, tratándose así de la vivienda actual de la familia.

Por su parte, el art. 40 CC perfila un concepto de “domicilio conyugal” como el lugar de residencia habitual de las personas naturales, y el domicilio conyugal como la sede de jurídica de ambos cónyuges y el que en su caso determine la LEC, siendo el art. 70 CC el que establece los criterios de fijación del domicilio conyugal a través del previo acuerdo de los cónyuges, y en caso de discrepancia, la decisión del juez teniendo en cuenta el interés de la familia.

### **3. FUNDAMENTOS Y CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR**

Antes de empezar a hablar de los criterios de la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar a una u otra persona, hay que hablar de la familia como núcleo social primario que está integrado por personas con unos vínculos sociales más fuertes.

---

<sup>5</sup> MARÍN, LÓPEZ, Juan José. *Comentarios al Código Civil*. Editorial Aranzadi, Navarra, año 2009, Pp 220.

Concretamente, para los cónyuges, el hecho de contraer matrimonio hace que esté conectado automáticamente con una vivienda o domicilio con la nota de familiar, donde van a convivir y formar una familia en el caso de que se decidan a tener hijos, pudiendo así desarrollar su personalidad e integrarse en la sociedad, como una institución familiar la cual se tiene que caracterizar por la estabilidad y bienestar.<sup>6</sup>

En cuanto a los criterios de atribución de uso de la vivienda familiar a un cónyuge u otro, hay que tener en cuenta los intereses de los hijos y de los cónyuges, protegiendo ante todo la vivienda familiar.

Para explicar el porqué de la protección de la vivienda familiar hay que remontarse a la CE, aunque su texto no se refiere en ningún momento, de forma expresa, a la vivienda familiar como tal, pero van a ser varios los incisos que sí que inciden en su protección como tal.

Visto el fundamento de la atribución de uso a uno de los cónyuges, corresponde preguntarse por el criterio o criterios establecidos por el legislador para determinar cuál va a ser el cónyuge beneficiario del mismo a falta de acuerdo entre ambos, analizando diferentes cuestiones, que voy a comentar a continuación.

En mi opinión, el dato clave que hace que la vivienda pierda ese carácter de familiar no es el hecho de que sirva o no a los fines del matrimonio sino que deje de constituir el lugar de residencia habitual del núcleo familiar, teniéndose en cuenta que dos de los criterios para atribuir a la vivienda el carácter familiar son de carácter subjetivo, como es el caso de que esté representado por los cónyuges e hijos; y otro de carácter objetivo, constituido por la habitualidad o continuidad de la vivienda, así lo define el TS en su sentencia de 31 de mayo de 2012, que establece que la atribución del uso de la vivienda familiar se hará sin incluir otras residencias y manteniendo intactas las obligaciones del pago del alquiler de la vivienda y de préstamo hipotecario, en su caso, a quien corresponda.<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> GARCÍA MAYO, Manuel. *Vivienda familiar y crisis de pareja: Régimen jurídico*. Editorial Reus. Madrid, año 2019, Pp. 21.

<sup>7</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) Núm. 340/2012, de 31 de mayo de 2012. RJ 2012/6550.



Se pronuncia al respecto el Código Civil italiano, exponiendo su opinión sobre este tema de forma muy similar a la que hace nuestro CC, pero hay ciertos casos en los que discierne, como es lo establecido por el art. 337, en contradicción con el art. 96 del CC español, que si que contempla la extinción del derecho de uso cuando el beneficiario conviva *more uxorio* o contraiga nuevo matrimonio.<sup>8</sup>

### 3.1 Existencia de pacto entre los cónyuges

Respecto a la protección constitucional de la vivienda y de la familia, el art. 96 CC es claro al establecer que el uso de la vivienda familiar corresponde al hijo y a los cónyuges en cuya compañía queden, teniendo lugar por acuerdo de los cónyuges y en defecto de este, por el Juez.<sup>9</sup>

Por lo que en primer lugar habrá que atender al pacto alcanzado por los cónyuges, acuerdo que de existir será plasmado en el convenio regulador establecido por los cónyuges, convenio que debe ser presentado ante el órgano judicial y será aprobado por el Juez, salvo que sea dañoso o perjudicial para los hijos o para uno de los cónyuges en cuyo caso la autoridad judicial o Notario, lo advertirán a los otorgantes y se dará por terminado el expediente, teniendo que dirigirse los cónyuges ante el Juez para la aprobación del convenio regulador.

Por lo tanto, en defecto de pacto será el Juez el encargado de atribuir el uso de la vivienda familiar. En este sentido, el art. 103 CC establece que el Juez podrá determinar cuál de los cónyuges debe tener la titularidad de la vivienda de la familiar, en base a la existencia de hijos menores o no<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> GARCÍA MAYO, M. “Extinción del derecho de uso de la vivienda familiar por la convivencia marital con un tercero: ¿y el interés del menor?” La Ley digital, 3037/2019. Pp. 3-4.

<sup>9</sup> ORDÁS ALONSO. Cit. Pp. 107.

<sup>10</sup> ORDÁS ALONSO. Cit. Pp. 117.

### **3.2 Custodia exclusiva de los hijos otorgada a uno de los progenitores**

A tenor de lo establecido en el art. 96 CC, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden, pero el problema que surge para decidir cuál va a ser el cónyuge que debe residir en la vivienda familiar y por tanto obtener la custodia exclusiva de los hijos y la vivienda familiar, el legislador ha establecido unos criterios de atribución, que atienden al interés más necesitado de protección, en este caso el menor, por lo tanto es diferente según existan hijos o no.<sup>11</sup>

Concretamente, en lo referente a la custodia de los hijos, es el art. 96.2 del Código Civil el que establece la posibilidad de que se reparta entre ambos cónyuges la custodia de los hijos, siendo por tanto, una custodia compartida en aras a garantizar la protección del menor y bienestar personal aunque el legislador no establece ningún criterio que permita atribuir el uso de la vivienda a uno u otro cónyuge, por lo que esta decisión va a quedar encomendada a al arbitrio del Juez, basándose en las reglas de la sana crítica e imparcialidad.<sup>12</sup>

### **3.3 La protección del más débil: una razón de justicia**

En el caso de la existencia de hijos menores, siendo estos los más débiles cuyos intereses han de ser protegidos de forma prioritaria, la ley prescinde del criterio de la titularidad, pues resulta algo irrelevante quién sea el propietario del inmueble el cual tiene el carácter de vivienda o domicilio familiar, pudiendo ser de titularidad privativa o ganancial o pertenecer a ambos en un régimen de comunidad ordinaria o por cuotas en base al art. 392 del Código Civil, siendo por tanto lo prioritario la protección de los hijos.

Respecto de la protección del más débil, hay que destacar un principio de gran importancia como es el de *favor filii*, el cual se encuentra recogido en Tratados y Resoluciones de organizaciones internacionales como son la Declaración de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959; la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989; la Resolución del Parlamento Europeo sobre la Carta de los Derechos del Niño; y contenida en nuestro texto constitucional y en números preceptos de Código Civil.

---

<sup>11</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, María Teresa. *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*. Thomson Civitas, Madrid, año 2005, Pp. 82-83.

<sup>12</sup> BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel. "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*. N°774. Pp. 2002-2042.

Del art. 96 CC en relación con el art. 103.2 CC se deduce cuál es el interés familiar más necesitado de protección, el de los hijos menores puesto que se tratan de un grupo de personas muy vulnerables y que deben de disponer de la atención necesaria para desarrollarse como personas, por lo que sin las condiciones necesarias de vida podrían sentirse desprotegidos, interés cuya protección está justificado y que consistirá en la satisfacción de sus necesidades de habitación, manteniéndoles en el mismo entorno en el que se han desarrollado y han crecido, de manera que no altere ni modifique en ningún caso su modo de vida.<sup>13</sup>

Además, mientras el interés del menor sea el más necesitado de protección, y la forma de protegerlo sea mediante la atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge con el que convive, habrá que atender en primer lugar a su interés y beneficio, sin tener en cuenta las relaciones que el cónyuge custodio pueda tener con un tercero, ya que de no ser así el menor se encontraría desprotegido, ya que la única finalidad de ambos padres es velar por los hijos ante todo.

La protección del niño, el colectivo que va a verse perjudicado y el más vulnerable puede encontrarse en una situación de inferioridad porque los padres piensan exclusivamente en su bienestar y felicidad y dejan de lado lo más importante que tienen, a sus hijos, por lo que hay que hacer una especial referencia a la protección del niño<sup>14</sup>.

Entre las premias de la Convención de 1989 sobre los Derechos del Niño, se añade: *“Que el niño para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en los ideales de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad y con una protección y cuidados especiales”*.

En esta Convención se parte del principio de que en todas las medidas concernientes a los niños se atenderá, como consideración prioritaria, al interés superior del niño.<sup>15</sup> Además, se señala que la educación de niño deberá estar encaminada al desarrollo de su personalidad, creciendo desde su infancia hasta su juventud, en un ambiente familiar lleno de felicidad, amor y comprensión.

---

<sup>13</sup> GARCÍA MAYO. Cit. Pp. 62-63.

<sup>14</sup> La terminología empleada es variada: el niño, la infancia, el menor, etcétera.

<sup>15</sup> SALAZAR BORT, S. *La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*. Amplio estudio jurisprudencial, Aranzadi, año 2001, Pamplona. Pp 96-97.

Por lo que se refiere a nuestro país, la propia Constitución contempla la figura del menor de edad y su protección. Concretamente en el art. 39 CE, en su apartado 2 que establece “*la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley, con independencia de su filiación*”.

### *3.3.1 Existencia de hijos menores*

La necesidad de la protección de los niños, como colectivo más vulnerable en el entorno de una familia es algo primordial para que se siga denominando a esa unidad como una familia.

Ciertos sectores doctrinales consideran que en el caso de la existencia de hijos menores que formen parte de la unidad familiar, la atribución del derecho de uso a los mismos y al cónyuge beneficiario que convive con ellos, es una clara manifestación de la obligación de contribuir a las necesidades de los hijos por parte del progenitor no conviviente.<sup>16</sup>

En el caso en el que existen hijos menores, la justificación o razón de ser, hay que encontrarla más bien, en el deber de los padres de cuidar y velar por sus hijos, siendo así en el caso de los hijos menores y no en el de los mayores de edad, siendo esto lo justifica que se hable de vivienda familiar y no de otro inmueble.

### *3.3.2 Inexistencia de hijos menores*

En el caso del supuesto de inexistencia de hijos menores en el núcleo familiar, el art. 96 CC dispone que: “*No habiendo hijos, podrá acordarse de que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección*”.<sup>17</sup>

En el caso de que no existan hijos comunes o existan pero no sean menores de edad, el uso exclusivo de la vivienda podrá acordarse a favor del cónyuge no beneficiario, sin tener en cuenta a otras personas, originándose por tanto este interés en causas personales o económicas.

Esto plantea la cuestión de si la atribución del uso de la vivienda familiar cuando no existen hijos menores de edad, puede hacerse a favor de uno de los dos cónyuges, aun dándose el caso de que pueda ser o no el titular de la vivienda.

---

<sup>16</sup> GARCÍA MAYO. Cit. Pp. 65.

<sup>17</sup> MARTÍN MELÉNDEZ. Cit. Pp. 287.

La doctrina basándose en las resoluciones acordadas respecto de este tema, admiten que la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges puede hacerse sin que sea necesario que existan hijos, siempre y cuando se establezca un límite de tiempo.<sup>18</sup>

Por su parte, el TS considera que el hecho de alcanzar la mayoría de edad no conlleva directamente la atribución del uso de la vivienda familiar, así lo establece la sentencia de 30 de abril de 2012<sup>19</sup> que establece que la prestación alimenticia y a favor del hijo mayor de edad tiene que aparecer desvinculada de del derecho a usar la vivienda familiar mientras sea menor de edad, por lo que se interpreta que en el momento en el que cumpla mayoría de edad, la subsistencia de la necesidad de habitación del hijo no resulte factor determinante para adjudicarle la atribución el uso de aquella.

## **4. EXTINCIÓN DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR POR CONVIVENCIA MARITAL**

### **4.1 Antecedentes**

Desde que irrumpió en nuestro país la crisis económica, se han producido con mayor frecuencia casos de nulidad, separación y divorcio, por lo que en muchas ocasiones uno de los cónyuges o ambos rehacen su vida y contraen nuevo matrimonio o comienzan a vivir con una tercera persona en el domicilio familiar, al que en muchas de esas ocasiones se incorporan los hijos que esta persona ha tenido en su relación anterior.

La convivencia con una tercera persona por parte del titular o cónyuge custodio puede tener repercusión en las relaciones económicas entre los que fueron cónyuges, y por tanto incidir en la seguridad y protección del menor, por lo que hay que buscar la solución más beneficiosa para el hijo menor puesto que va a convivir con esa nueva pareja que se ha creado.<sup>20</sup>

---

<sup>18</sup>Consultar la página web: <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/3825-atribucion-del-uso-de-la-vivienda-familiar-cuando-no-hay-hijos-menores/>

<sup>19</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Núm. 262/2012, de 30 de abril de 2012. RJ 202/5235.

<sup>20</sup> MARTÍNEZ CALVO, Javier. *“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 TS”*. Revista de Derecho Civil. Vol. VI. N° 3. P.p. 155-178.

En la mayoría de los casos en nuestro país se atribuye la titularidad a la mujer, tratándose de una situación injusta porque en muchos de esos casos, son los hombres los que se han quedado en la calle y se ven en la obligación de pagar una hipoteca e incluso asumir parte de los gastos de la vivienda familiar de la que realmente está disfrutando una tercera persona ajena a la relación.

Cuando se den este tipo de situaciones, se suele acordar la extinción de la atribución del domicilio conyugal solicitando al Juzgado que se acuerde la extinción de la atribución del uso de la vivienda familiar para así proceder a la venta de la misma o la adjudicación a uno de los ex cónyuges con el correspondiente abono al otro de importe correspondiente.

La SAP de Almería de 19 de marzo podría ser un ejemplo en la cual se establece *“Que la esposa continuará junto con el hijo del matrimonio en el que fuese domicilio conyugal, ello sin perjuicio de la titularidad conjunta de dicha vivienda por ambos padres y de que el préstamo hipotecario que la grava sea satisfecho al 50% por cada uno de ellos.”*<sup>21</sup> En este caso, el hijo menor tiene 16 años y vive con la madre, y el padre, alegando que su ex mujer vive maritalmente en el domicilio familiar con otro hombre y posee recursos económicos suficientes, solicita la modificación de las medidas para que sean equitativas.

En mi opinión lo conveniente es que efectivamente se lleve a cabo una modificación de las medidas para que sean iguales para ambos cónyuges y que la cuota que se tiene que pagar de hipoteca sobre la vivienda se divida entre ambos a partes iguales, porque en la mayoría de las ocasiones el hijo menor se queda a vivir con la madre, aunque sea ella como en este caso la que ha roto la unidad familiar al incluir en la vivienda a una tercera persona ajena a la familia, la cual el ex cónyuge tiene que soportar y encima pagar los gastos que ocasiona la hipoteca.

Por lo que lo conveniente es que todo se haga a partes iguales y el hijo cuando cumpla los 18 años decida si quiere continuar viviendo con su madre o irse a vivir con su padre.

---

<sup>21</sup> Sentencia Audiencia Provincial de Almería (Sección 1ª). Núm. 59/2007, de 19 de Marzo de 2007. AC 2007/505.

## **4.2 Concepto de convivencia marital**

El concepto de convivencia marital ha ido evolucionando a lo largo del tiempo debido a la situación en la que nos encontremos en cada momento y dependiendo de cómo ha ido cambiando la sociedad y las personas. Este concepto lleva como una nota principal la existencia y continuidad de una relación sentimental de dos personas cuya relación amorosa y de afectividad se ve plasmada en la práctica al empezar a formar un núcleo familiar y de carácter permanente y habitual.

Una de las preguntas que hay que formular para entender mejor este concepto es: ¿Qué significa la expresión “vida marital” para la extinción del derecho de uso de la vivienda familiar? Este vocablo aparece en el art 101 del Código Civil.

La interpretación hecha por la jurisprudencia, mantiene por el momento dos posturas. Una primera la asimila o asemeja con la convivencia marital o *more uxorio*, esto es, la convivencia marital como una cohabitación de carácter permanente y estable; y una segunda postura que la equipara con cualquier tipo de convivencia siempre que sea estable y que lleve la nota característica de una convivencia de pareja afectiva sin incluir la convivencia que es esporádica u ocasional.<sup>22</sup>

En la actualidad, existen dos tipos de de convivencia, y a la que hace referencia el Código Civil es la que existe cuando se da una relación de pareja con cierta estabilidad, sin la necesidad de convivir de forma permanente, y con una relación de afectividad y estabilidad emocional con vocación de continuidad en el tiempo.

## **4.3 Derecho real del uso de la vivienda familiar**

Respecto a quién va a ser la persona titular del uso de la vivienda familiar, hay que basarse en distintos aspectos ya que no hay que tener en cuenta simplemente solo el interés de los cónyuges sino también el interés de los hijos menores que conviven con el matrimonio.

Esta circunstancia ha posibilitado la aparición de distintas posturas doctrinales respecto a la titularidad del derecho real de uso de la vivienda familiar.

---

<sup>22</sup> Accesible en: <https://lavinlaw.wordpress.com/2015/04/14/la-expresion-vida-marital-del-articulo-101-1-del-codigo-civil/>

Hay un grupo minoritario de autores que establecen que el titular del uso pertenece únicamente a los hijos ya que es el interés que se pretende proteger; otro sector doctrinal establece que los titulares son el hijo y el cónyuge en cuya compañía queda aquél puesto que entienden que el titular del derecho de uso es un sujeto colectivo y plural que está conformado por dos partes: los hijos y el cónyuge conviviente con ellos, otorgando así un beneficio directo de los hijos y del cónyuge en cuya compañía queden.

Por regla general, la mayoría de la doctrina se decanta por el último argumento expuesto, de que el titular del derecho real del uso de la vivienda familiar corresponde al esposo en cuya custodia quedan los hijos, ya que es la postura que más encaja con los argumentos del artículo 96 del Código Civil.

Hay otro sector doctrinal que establece que el titular va a ser únicamente el esposo con quien quedan los hijos, ya que de no ser así este necesitaría el consentimiento de los hijos para vivir en el domicilio familiar o en su caso de un defensor judicial.<sup>23</sup>

Hay quienes defienden su naturaleza de “*derecho real*”, destacando su carácter *erga omnes*, es decir, frente a todos y su acceso al Registro de la Propiedad, pero hay otros que abogan por su naturaleza de carácter personal no faltando al respecto posturas intermedias que condicionan su naturaleza al que tuviera el derecho de ocupación inicial que tuviera los cónyuges y otros lo consideran como una medida para proteger el especial interés de los hijos.

Existe un punto en común entre las diferentes posturas doctrinales, y esto es que estamos ante un derecho oponible *erga omnes* e inscribible en el Registro de la Propiedad, y por tanto produce una eficacia real.<sup>24</sup>

Hay una Sentencia del TS de 19 de noviembre de 2013<sup>25</sup> que resuelve el divorcio de un matrimonio, otorgando el uso de la vivienda familiar a la mujer y la hija menor que tienen ambos en común hasta que se produzca la liquidación de la sociedad de gananciales.

---

<sup>23</sup> MARTÍN MELÉNDEZ. Cit. Pp. 225-239.

<sup>24</sup> BERROCAL LANZAROT. Cit. Pp. 2002-2042.

<sup>25</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Núm. 726/2013, de 19 de noviembre de 2013. RJ 2013/7447.



El derecho real de uso que se otorga a uno de los progenitores puede verse mermado cuando concurren diversas circunstancias, cesando así la guarda y custodia del progenitor custodio. En cambio si el derecho de uso se ha atribuido al cónyuge más necesitado, la extinción procederá en los siguientes casos:<sup>26</sup>

- Por mejora de la situación económica del cónyuge beneficiario
- Por empeoramiento de la situación económica del cónyuge no custodio
- Por convivencia marital o matrimonial del cónyuge custodio con una 3ª persona
- Por fallecimiento del cónyuge beneficiario del derecho de uso
- Por vencimiento del plazo por el que se estableció el derecho de uso

Es claro que la atribución del uso de la vivienda familiar a la menor y al progenitor se produce para salvaguardar los derechos de este, pero más allá del hecho de que se le proporcione una vivienda que cubra sus necesidades de alojamiento en condiciones de dignidad cuando así sea posible, en ningún caso se puede otorgar a la hija y al progenitor custodio en calidad de domicilio familiar un inmueble que no sirve a estos fines, y que puede ser perjudicial para el menor el hecho de tener que vivir allí y desarrollarse como persona.

Aunque es cierto que el art. 96 CC establece que en defecto de acuerdo, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden, esto es una regla taxativa, puesto que incluso el pacto de los cónyuges deberá ser valorado y examinado por el Juez para evitar que se pueda producir un perjuicio.

El principio por el que hay que guiarse es el de protección de menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad entre los que se incluye el de habitación como así establece el art. 142 CC, ya que en base a este artículo se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, entre los que se incluye la habitación.<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> Accesible en: <https://www.picon-advocats.com/extincion-derecho-de-uso-vivienda-familiar/>

#### **4.4 La controvertida atribución del uso de la vivienda familiar tras la ruptura matrimonial**

La atribución del uso de la vivienda familiar constituye una forma de protección, que se va a aplicar con independencia del régimen de bienes del matrimonio o de la forma de titularidad acordada entre quienes son sus propietarios, por lo que no puede limitarse el derecho real de uso al tiempo durante el cual los progenitores ostenten la titularidad sobre dicho bien.

Una vez se haya producido la ruptura matrimonial de la pareja o el divorcio, ambas partes tienen derecho a rehacer su vida, teniendo por tanto esto una repercusión en el uso de la vivienda familiar.

Esto presenta problemas a la hora de aplicarlo a la práctica ya que los precios de las viviendas van a ir en aumento y se dan casos en que los padres pelean por quien va a quedarse a cargo de la custodia de los hijos, sobre todo en el caso de la existencia de hijos menores, atribuyéndose la titularidad de la vivienda familiar al cónyuge que se queda a cargo del cuidado de los hijos.<sup>28</sup>

Se encuentra entre aquellos derechos económicos del matrimonio que deben regularse en los procesos de separación, divorcio y nulidad matrimonial.

La aplicación automática del art. 96 CC que establece que *“en defecto acordado por el juez, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden”*, es en cierta medida injusta, puesto que pueden darse ocasiones en las que el propietario de la vivienda se ha visto obligado a abandonarla y vivir en un piso de alquiler, a compartir piso con otras personas o a regresar a casa de sus padres; mientras que la otra parte, el cónyuge custodio puede disfrutar día a día de sus hijos, disfrutar de una vivienda que no es de su propiedad y en la que incluso puede aparecer una tercera persona como pareja de ésta que también empiece a beneficiarse del uso y disfrute de esa propiedad, comenzando a vivir en ella de forma casi gratuita, respecto de la cual el cónyuge no custodio sigue pagando diariamente.

---

<sup>28</sup> VALLESPÍN PÉREZ. Cit. Pp. 2-3.

En principio podría pensarse que el cónyuge titular habrá de ser quien continúe con el uso de la vivienda, pero el legislador teniendo en cuenta que como consecuencia del matrimonio, contraído voluntariamente y de común acuerdo por ambos cónyuges, el cónyuge no titular originó unas expectativas sobre ella y que ambos cónyuges fijaron cual es el domicilio conyugal, ha entendido que él no titular ha de tener el derecho de poder optar a seguir residiendo en la vivienda.<sup>29</sup>

#### **4.5 La convivencia marital como causa de extinción**

Una de las causas principales de extinción del derecho de uso de la vivienda familiar es el matrimonio o la convivencia marital con un tercero del titular del derecho de uso de la vivienda familiar no siendo la única causa de extinción ya que también lo son la muerte del cónyuge o de los hijos, la destrucción del objeto sobre el que recae, el uso indebido de la vivienda, etc. Mayoritariamente se considera que el nuevo matrimonio, incluso la convivencia marital con una tercera persona, extingue el derecho de uso.<sup>30</sup>

En algunas ocasiones puede darse el supuesto de que tras la crisis o ruptura matrimonial de la pareja en un plazo de tiempo más o menos breve el cónyuge beneficiario de uso del domicilio familiar comience una nueva relación sentimental con una persona y aprovechando el uso que tiene atribuido sobre la vivienda familiar, opte por convivir maritalmente con esa persona en esa vivienda pero esta situación puede ser conflictiva si el cónyuge que debe abandonar la vivienda tiene problemas económicos para pagar otra vivienda y seguir ingresando la hipoteca de la propiedad donde ahora vive el otro cónyuge

La extinción del derecho de uso de la vivienda familiar por la convivencia marital o matrimonial de un tercero no se produce porque la convivencia del progenitor custodio con su pareja bajo el mismo techo resulte perjudicial, sino que como es perjudicial, esto va a conllevar la modificación del régimen de custodia y guarda de los hijos menores hasta que cumplan los 18 años de edad, ya que no tendría ningún sentido afirmar que los hijos pasan a convivir con el progenitor no custodio por resultarles perjudicial la convivencia con la pareja del progenitor custodio, permaneciendo inalterada la custodia.<sup>31</sup>

---

<sup>29</sup> MARTÍN MELÉNDEZ. Cit. Pp. 23-24.

<sup>30</sup> GARCÍA MAYO. Cit. Pp. 466.

<sup>31</sup> ORDÁS ALONSO. Cit. Pp. 3-4.

El hecho de que el progenitor custodio conviva con una tercera persona una vez se haya disuelto el matrimonio, no significa que se vea obstaculizada la protección o educación del hijo menor que tiene a su cargo puesto que en mi opinión el progenitor custodio tiene el derecho a rehacer su vida y volver a ser feliz y esto no implica que los hijos dejen de ser felices y sean educados peor ya que en muchos casos de divorcio o separación el niño/s, se encontraban en el domicilio familiar en una situación de desequilibrio y malestar debido al mal trato que tenían los progenitores entre ambos.

Esta nueva situación a la que las personas más vulnerables deben adaptarse de manera eficaz y rápida va a acabar influyendo positivamente o negativamente en la educación y vida del menor, ya que debido a la entrada de una tercera persona en la vivienda la situación anterior a la crisis matrimonial de monotonía y costumbre que los hijos soportaban puede volver a aparecer con esa tercera persona, otorgando a los hijos menores unas necesidades que quizás anteriormente no tenían y que en ese momento presente van a encontrarse en una situación que les favorezca.

Aunque también puede ocurrir todo lo contrario puesto que puede darse el caso de que no tengan afinidad ni una buena relación con esa tercera persona que entra a convivir con ellos ocasionándoles graves perjuicios de todo tipo pero principalmente psicológicos al echar en falta a uno de sus padres. <sup>32</sup>Por lo tanto, la convivencia marital según gran parte de la doctrina y jurisprudencia extingue el uso de la vivienda familiar.

La Sala de lo Civil del TS en la Sentencia de 20 de Noviembre de 2018 establece que *“el cónyuge que conviviera con una nueva pareja en la vivienda familiar, perdería el derecho a vivir en ella”*.<sup>33</sup>

El Alto Tribunal dispuso que, en caso de divorcio, el padre o la madre que vive con los hijos en el domicilio familiar, siempre que sea un régimen de gananciales otorgado así en las capitulaciones matrimoniales, que tiene una pareja estable y entra a convivir en el domicilio con ella, automáticamente perderá el derecho de uso de la vivienda familiar. Por lo que nada más se proceda a la liquidación de régimen de gananciales entre las partes el cónyuge no custodio tendrá que disponerse a abandonar la vivienda familiar.<sup>34</sup>

---

<sup>32</sup> GARCÍA MAYO. Cit. Pp. 466 y siguientes.

<sup>33</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Núm. 641/2018, de 20 de noviembre de 2018. RJ 982/2018.

<sup>34</sup> Accesible en: <https://www.iberley.es/temas/modificacion-atribucion-vivienda-familiar-convivencia-marital-tercera-persona-62956?term=>

Una situación muy frecuente en el Derecho de Familia es cuando tras una ruptura se adjudica el uso de la vivienda familiar al progenitor custodio y este rechaza su vida llevando al domicilio familiar a vivir a la que es su pareja actual, encontrándonos con que el progenitor no custodio tiene que salir de la vivienda familiar, sin poder hacer uso de ella y además pagar el 50% de la hipoteca y hay una tercera persona que ocupa su lugar que disfruta plenamente de la vivienda como si fuera de su propiedad.

Esta situación me parece muy injusta para el progenitor no custodio, porque aunque en ocasiones la doctrina establece que se hace para proteger el interés del menor, uno de los dos cónyuges se va a haber claramente perjudicado y avergonzado, quedándose en una situación de desamparo total, por lo que en estos casos lo que se debería de hacer desde el primer momento es proceder a la extinción de la atribución del uso de la vivienda familiar.

Existen diferentes tipos de resoluciones judiciales que acuerdan o deniegan la extinción del uso de la vivienda familiar dependiendo de las circunstancias que se ocasionen:

- Existencia de hijos menores conviviendo en el domicilio familiar: la SAP de Málaga de 27 de febrero de 2017, que desestimó la petición de extinción del derecho de uso por convivencia marital al ser los hijos menores de edad sin perjuicio de otras repercusiones a que hubiere lugar si la convivencia ha supuesto una mejora económica del cónyuge custodio; y por otro lado, está la SAP de Valladolid de 15 de enero de 2018<sup>35</sup>, que extingue el uso de la vivienda familiar por la convivencia de la madre con una tercera persona.<sup>36</sup>
- No conviven hijos en el domicilio familiar o son mayores de edad: en el caso de la inexistencia de hijos que habitan en el domicilio familiar o que tienen la mayoría de edad, el criterio que están adoptando los juzgados y tribunales ante la convivencia de un tercero en el domicilio familiar es decantarse por la extinción del derecho de uso de la vivienda familiar cuando se esa situación. La SAP de Asturias de 25 de abril de 2011 establece como fundamentación jurídica que: *“Ciertamente el Código Civil nada contempla respecto este supuesto, esto es, la convivencia con un tercero en el domicilio familiar”*.<sup>37</sup>

---

<sup>35</sup> SAP de Valladolid de 15 de enero de 2018, Núm. 20/2018. RJ 2018/5086.

<sup>36</sup> SAP de Málaga de 27 de febrero de 2017, Núm. 193/2017. JUR 2017/268592.

<sup>37</sup> SAP de Asturias de 25 de abril de 2011, Núm. 172/2011. JUR 2011/185052.

Igualmente considera el TS que el interés del menor es el que va a prevalecer, aspecto que ya ha mencionado anteriormente de modo escueto, y cuyo interés queda perfectamente protegido, indicando textualmente que *“la misma decisión adoptada en su día por los progenitores para poner fin al matrimonio, la deben tener ahora para actuar en beneficio e interés de sus hijos respecto de la vivienda, una vez que se ha extinguido la medida inicial de uso”*.

#### **4.6 Requisitos para la extinción del uso de la vivienda familiar**

A partir de la Sentencia del TS de 20 de noviembre de 2018<sup>38</sup> es cuando comenzó a cambiar en nuestro país la forma de entender lo que entra a formar parte de la vivienda familiar o no, ya que se va a establecer la necesidad de atender a nuevas consideraciones que ponen el punto de mira al tercero.

Los requisitos que se tienen que dar para que se produzca la extinción del uso de la vivienda son los siguientes:<sup>39</sup>

1. Tratarse de la vivienda familiar: manteniéndose en este sentido el criterio del Alto Tribunal, según el cual se considera vivienda familiar *sólo aquella en la que sus miembros hayan convivido con la intención de permanecer en el tiempo*, no entrando por tanto en esta concepción las segundas residencias o las de vacaciones, sino únicamente las de vivienda habitual y familiar.
2. El nuevo conviviente o tercero, ha de responder a una situación de estabilidad emocional sentimental con el titular del derecho al uso de la vivienda, no entrando a formar parte las relaciones esporádicas o temporales que sean de escasa duración, ya que tiene que tener principalmente la nota de permanencia.
3. La custodia exclusiva de uno de los progenitores, ya que en los casos que se trate de una custodia compartida entre ambos en la que los hijos sean quienes mantienen el derecho a residir en la vivienda familiar de forma continua y sean los propios progenitores los que entren y salgan de la misma, comenzando con nuevas relaciones o de forma individual, no se puede considerar un requisito como tal ya que no se permite que se trate de una residencia que tenga los caracteres de periodicidad y brevedad.<sup>40</sup>

---

<sup>38</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Núm.641/2018, de 20 de Noviembre de 2018. RJ 982/2018.

<sup>39</sup> Accesible en: [https://iurisnow.com/es/extincion-uso-vivienda-familiar/#Que\\_requisitos\\_se\\_tienen\\_que\\_producir\\_para\\_la\\_extincion\\_del\\_uso\\_en\\_la\\_vivienda\\_familiar](https://iurisnow.com/es/extincion-uso-vivienda-familiar/#Que_requisitos_se_tienen_que_producir_para_la_extincion_del_uso_en_la_vivienda_familiar)

#### 4.7 ¿Cuál es el procedimiento que debe llevarse a cabo para la extinción del uso de la vivienda familiar?

El cauce procesal que debe seguirse por el interesado para que se produzca la extinción del derecho de uso por el motivo de la entrada en el domicilio de una tercera persona, no es otro que el que aparece en el art. 775 y siguientes de Ley de Enjuiciamiento Civil en el procedimiento de modificación de medidas, siempre y cuando hayan variado efectivamente las de forma sustanciales las circunstancias para que pueda darse lugar a la extinción.<sup>41</sup>

También hay que acudir al Código Civil, en concreto a los artículos 90 y 91 complementados por el art. 775 LEC, el cual por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000 de 7 de enero, modifica el art. 775 LEC en lo relativo a la competencia, por lo que la nueva redacción establece que la demanda podrá presentarse ante el tribunal que conoció de las medidas definitivas, prescindiendo de la doctrina del TS, que fijaba que la modificación de medidas no forma parte del proceso principal, sino que tiene sus propias reglas de competencia, todo ello en base al art. 769 LEC

Se tratará por tanto de una demanda interpuesta por el cónyuge no custodio, que precisará de abogado y procurador y que persigue por tanto una nueva valoración de las circunstancias actuales que conducen a la petición de esa extinción del uso de la vivienda familiar por el mismo órgano juzgador que en su día adoptó las primeras medidas.

Concretamente, deberá ser acordada judicialmente mediante el procedimiento de modificación de medidas acorde a cada caso, por lo que para que se acuerde la medida planteada el progenitor no custodio deberá presentar la demanda de modificación de medidas, ante el Juez que acordó la atribución del derecho de uso que ahora se pretende extinguir, con la presencia del Abogado y Procurador.

---

40 Accesible en: [https://iurisnow.com/es/extincion-uso-vivienda-familiar/#Que\\_requisitos\\_se\\_tienen\\_que\\_producir\\_para\\_la\\_extincion\\_del\\_uso\\_en\\_la\\_vivienda\\_familiar](https://iurisnow.com/es/extincion-uso-vivienda-familiar/#Que_requisitos_se_tienen_que_producir_para_la_extincion_del_uso_en_la_vivienda_familiar)

<sup>41</sup> Así se encuentra recogido en el art. 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil donde establece que: “*Podrán solicitar del tribunal que acordó las medidas definitivas, la modificación de las medidas convenidas por los cónyuges o de las adoptadas en defecto de acuerdo, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas*”.

En base al apartado 3º del art. 90 del CC, a cuyo tenor se establece que “*las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges judicialmente, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el Juez, cuando así lo aconsejen los cónyuges*”, se entiende que las medidas que se acuerden ante el LaJ podrán ser modificadas por las partes alteren sustancialmente las circunstancias, como es el caso de la aparición de una tercera persona que empieza a hacer uso de la vivienda familiar junto con el cónyuge custodio.

Todo ello implica que las circunstancias personales y económicas que sirvieron para articular el matrimonio o el sistema de convivencia han acabado sufriendo un cambio de tal entidad y estable, que afectan a la justicia, equidad o suficiencia de aquellas medidas, justificando por lo tanto su alteración o su sustitución por otras de naturaleza diversa.<sup>42</sup>

Estas previsiones legales no permiten dejar sin efecto o modificar de un modo cuantitativo cualitativo las medidas complementarias establecidas en la sentencia de separación, por lo que los mismos factores que la condicionaron van a seguir estando, dado que la modificación solo va a darse en el supuesto de que las circunstancias originarias hayan experimentado un cambio sustancial que haga necesario que se proceda a la modificación de las medidas, debido a ese cambio imprevisto o imprevisible el cual va a permanecer durante mucho tiempo, por lo que los procedimientos anteriores de alguna manera van a quedar disconformes lo que impide que seguir manteniendo las medidas, pudiendo originar si es así, una grave e injusta lesión en los derechos del otro cónyuge, o en su caso en los de los hijos que tengan en común.

Para que la modificación de medidas prospere, se tienen que dar los siguientes presupuestos:

1º. Que existan adoptadas convencional o judicialmente medidas en proceso de de derecho de familia que regulen sus efectos.

2º. Que se base en hechos posteriores que no se previeron ni pudieron preverse en el momento en el que se fijaron y acordaron las medidas, de tal manera que las circunstancias que existían en el momento de solicitar la modificación de medidas sean distintas de las existentes al tiempo de su adopción.

---

<sup>42</sup> ORDÁS ALONSO. Cit. Pp. 506-508.



3° La alteración sea de una entidad notoria y esencial, afectando por lo tanto al núcleo de la medida y no a factores sustanciales, de tal forma que se evidencie de una forma muy clara que los pronunciamientos no se adaptan a las nuevas circunstancias en virtud de hechos sobrevenidos y que no se tomaron en cuenta en el momento de su adopción.

4°. Que el cambio de circunstancias no venga determinado por la voluntariedad de quien pretenda la modificación, es decir, que no se cambie el objeto por el que se solicita la modificación de medidas por la voluntad de quien insta ese nuevo procedimiento.

5° Que la medida que se pretende instaurar tenga una permanencia o estabilidad en el tiempo, no tratándose de una mera situación accesoria o esporádica.

Por lo que solo si concurren los requisitos anteriores será procedente hacer un reajuste y modificación de las medidas originarias, y siempre que se den una de las circunstancias que hagan necesario el hecho de solicitar una modificación de las medidas para que se extinga el derecho de uso de la vivienda familiar, como es el caso de convivencia marital del cónyuge custodio con un tercero.

## **5. EFECTOS DE LA CONVIVENCIA CON UN TERCERO POR PARTE DEL BENEFICIARIO DEL DERECHO DE USO SOBRE LA VIVIENDA FAMILIAR**

El hecho de que un tercero conviva con el beneficiario del derecho de uso en la vivienda familiar ocasiona problemas, por ejemplo, cuando es el ex cónyuge al cual ha sido otorgado ese derecho de uso sobre la vivienda el que inicia dicha convivencia, ya que esa situación puede chocar con los intereses de otras personas y principalmente con los del propietario de la vivienda.

Por lo tanto, el tercero que entra a vivir en el domicilio familiar está obteniendo de algún modo un enriquecimiento injusto y no justificado, en la medida en que él no forma parte de la unidad familiar y disfruta de un inmueble cuya propiedad no es suya.

Seguidamente, el propietario de la vivienda sufre un perjuicio, ya que no solo debe soportar el derecho de uso sobre la vivienda de su propiedad por parte de su ex pareja y de sus hijos sino que además se le suma que hay una tercera persona que va a beneficiarse y disfrutar de un inmueble de su propiedad.<sup>43</sup>

---

<sup>43</sup> MARTÍNEZ CALVO, Javier. “La extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar como consecuencia de la convivencia de un tercero. Reflexiones a la luz de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo”. Revista de Derecho Civil, Vol. VI, núm. 3, 2019. Pp. 155-178.

El Derecho no puede quedarse al margen de esta situación, por lo que va a ser necesario que se determinen los posibles efectos que tiene la convivencia de un tercero en el domicilio familiar, con el objeto de restablecer los derechos e intereses de todas las partes implicadas en esta situación. Van a ser la doctrina y jurisprudencia las que han ido aportando al respecto diferentes soluciones.

Concretamente, voy a centrarme en tres aspectos de gran trascendencia y que están relacionados entre sí, en los efectos que puede tener la convivencia con un tercero por parte del beneficiario del derecho de uso sobre la vivienda en tres aspectos, que son: el estatus de la vivienda familiar, la pervivencia del derecho de uso de la misma y las relaciones económicas existentes entre las partes.

La pérdida del estatus familiar va a ocasionar la extinción del derecho de uso pero no al revés, ya que es posible que se extinga el derecho de uso pero que se mantenga el estatus familiar; y en el caso de las relaciones económicas entre ambas partes estos lazos van a estar condicionados por la pervivencia o extinción del derecho de uso sobre la vivienda.

### **5.1 Efectos sobre el estatus de la vivienda familiar**

El Tribunal Supremo ha determinado que uno de los factores determinantes de la extinción del derecho de uso es que la vivienda pierde la condición de domicilio familiar desde el mismo momento en que el tercero ajeno a la familia ha entrado a vivir en ella de forma continuada y estable.

El hecho de que un tercero entre en la vivienda va a provocar de forma inmediata la pérdida del carácter familiar de la vivienda, ya que en el domicilio familiar viven una serie de personas que tienen vínculos de sangre o familiares con una vida estable, llena de paz y armonía, y el hecho de que una tercera persona ajena a ese domicilio entre a vivir en él rompe con toda esa tranquilidad y serenidad que se apreciaba, perdiéndose por tanto el carácter familiar de la vivienda y ocasionándose así otro carácter totalmente diferente.<sup>44</sup>

Al respecto, el Tribunal Supremo se refiere al *“al carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida, entendiéndose que una cosa es el uso que se hace desde la misma vigente la relación matrimonial y otra distinta que ese uso permita calificarla de familiar si no sirve a los fines del matrimonio porque los cónyuges no cumplen con el derecho y deber propio de la relación”*.

---

<sup>44</sup> Accesible en: <https://www.elabogadoencasa.com/convivencia-tercero-vivienda-familiar-derecho-uso-separacion-divorcio/>

También establece que la condición de vivienda familiar ha desaparecido, *“no porque la madre e hijos hayan dejado de vivir en ella, sino por la entrada de un tercero, dejando de servir a los fines del matrimonio.*

*La introducción de una tercera persona hace perder a la vivienda su antigua naturaleza, por servir en su uso a una familia distinta y diferente”.*<sup>45</sup>

El principal argumento en el que se basan los tribunales para afirmar que la vivienda ha perdido ese carácter de vivienda familiar ha sido principalmente el hecho de que ha dejado de servir para los fines del matrimonio como tal, siendo para parte de la doctrina un argumento muy debatido ya que la vivienda deja de ser útil a los fines del matrimonio desde el mismo momento en el que éste se disuelve como consecuencia de haber firmado el divorcio, pareciendo complicado que la vivienda pueda seguir sirviendo al matrimonio, cuando este ha dejado de convivir y viven por separado y ya no existe el matrimonio como tal, y cuándo se da la situación de que uno de ellos ya no habita en ella.

El dato clave que hace que la vivienda pierda su status de vivienda familiar, ya no es solo que no sirva a los fines del matrimonio, sino también que deje de constituir el lugar de residencia habitual de la familia, por lo que la condición de vivienda familiar cesaría en el caso de que el progenitor custodio y los hijos que se encuentran a su cargo dejan de vivir en ella y buscan otro domicilio para desarrollar su vida diaria.

Para determinar si la entrada de un tercero en la vivienda familiar hace que esta pierda su estatus, habrá que comprobar si siguen concurriendo en ella los presupuestos y caracteres que le otorgaron en un primer momento ese carácter de vivienda familiar.

En cuanto al elemento objetivo, la habitualidad o continuidad de la vivienda, sigue persistiendo aunque se de la entrada de un tercero, pero el elemento subjetivo plantea algunas dudas, es decir, que sea esa familia concreta la que habita la vivienda ya que la entrada de un tercero significa que surge una familia distinta, por tanto la nota del elemento subjetivo desaparecería ya que son sujetos completamente diferentes, pudiendo defenderse en que la vivienda ya no está habitada por personas que gozan de la nota de familia primitiva, perdiéndose por tanto su estatus familiar en todo su sentido.<sup>46</sup>

---

<sup>45</sup> MARTÍNEZ CALVO. Cit. Pp. 155-178.

<sup>46</sup> ORDÁS ALONSO. *“El matrimonio o convivencia marital...”*. Cit. Pp. 3.

Por ello, la entrada de un tercero en la vivienda no conlleva la pérdida del estatus de vivienda familiar del cual disponía ya que seguirá siendo una vivienda familiar, por constituir el lugar de residencia habitual en el que viven los miembros de la familia primitiva a los que se le atribuyo su uso, con la única nota diferencial de que se suma uno más a la convivencia.<sup>47</sup>

## 5.2 Efectos sobre la pervivencia del derecho de uso

Antes de examinar y analizar los efectos que tiene la convivencia de un tercero en la vivienda familiar, hay que referirse a las reglas de atribución del derecho de uso, ya que esto nos va a dar las claves para determinar si se extingue o no.

Por lo que se refiere al régimen jurídico del derecho real de uso y habitación, a priori, no parece claro que el hecho de que aparezca un tercero, que se trate de la pareja sentimental del beneficiario, en la vivienda familiar, ocasione algún obstáculo esta situación.

El art. 524 del Código Civil se refiere a los derechos de uso y habitación, unidos estos a las necesidades de todos los miembros que forman parte de la familia, es decir, tanto del titular del derecho como de los demás miembros.<sup>48</sup>

Uno de los problemas que se plantea consiste en determinar si la atribución de la vivienda al progenitor custodio constituye una regla de *numerus clausus*, o admite excepciones, dependiendo esto de cada CCAA, disponiendo cada una las reglas que considere aplicables a cada caso. La mayoría de la doctrina establece señala que es una presunción *iuris tantum*, de tal manera, que cabría prueba en contrario, lo cual va a consistir en probar que el interés del menor, que es el que primero se debe proteger está salvaguardado ya de algún modo.

Según Martínez Calvo, siguiendo lo que establece la doctrina y jurisprudencia, considera que hay que hacer una interpretación flexible respecto de este tema, y que se trata efectivamente de una presunción *iuris tantum*, ya que el objeto que se persigue por la ley es asegurar el derecho de habitación del menor, por lo que una vez que se garantice ese derecho, no habría problema en que no se otorgue la atribución del derecho de uso al cónyuge no custodio.<sup>49</sup>

---

<sup>47</sup> MARTÍNEZ CALVO. Cit. Pp. 155-178.

<sup>48</sup> GARCÍA MAYO. Cit. Pp. 466-468.

<sup>49</sup> MARTÍNEZ CALVO. Cit. Pp. 165-167.

La interpretación que defiende puede ser discutible ya que podemos encontrarnos supuestos en los que se aprecien circunstancias que hagan necesario o aconsejable que se atribuya la vivienda al progenitor no custodio, como puede ser cuando esté padezca alguna enfermedad o tenga algún grado de minusvalía, y en algunos casos el hijo menor va a ser más feliz y se va a desarrollar como persona mejor con el progenitor no custodio que con el que sí lo es, porque le enseña unos valores y una educación que con la otra parte no tiene y no llegará a desarrollar como persona.

Respecto a los efectos que ocasiona la aparición de una tercera persona en el domicilio familiar, en base a si persiste el derecho de uso o se extingue, se trata de una cuestión cuya solución no tiene cabida en nuestro Código Civil, en otros casos como en las normas vascas y catalanas sí que ha habido algún pronunciamiento.

No obstante, el TS en su sentencia de 20 de noviembre de 2018<sup>50</sup>, se ha pronunciado por primera vez respecto de este tema, y su respuesta es contraria a lo que estableció la doctrina mayoritaria, ya que se mostraba a favor de extinguir el derecho de uso sobre la vivienda familiar por convivencia marital o extramatrimonial con un tercero, aunque resulta discutible que lo establecido por el Tribunal sea acertado, puesto que no se puede olvidar que el interés superior del menor se configura como el fin último y debe prevalecer por encima de cualquier otro interés legítimo que esté en juego, incluso el de sus progenitores.<sup>51</sup>

### **5.3 Efectos sobre las relaciones económicas entre los cónyuges**

Los cónyuges nada más contraer matrimonio, establecen que régimen económico matrimonial van a tener en su matrimonio, teniendo por tanto ambos unas relaciones económicas las cuales van a tener cumplir y respecto de las cuales el menor se va a ver beneficiado o perjudicado de algún modo.

La ausencia de previsión legal respecto de este tema, no impide que los Tribunales en algunas ocasiones hayan establecido un sistema de compensación cuando se dé el caso de que los cónyuges se divorcien, disolviendo por tanto su matrimonio, y se beneficie a quién tiene otorgada la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar, ya que la vivienda tiene un valor económico que debe compensarse de algún modo.

---

<sup>50</sup> STS (Sala de lo Civil). Núm. 641/2018, de 20 de Noviembre de 2018. RJ 982/2018.

<sup>51</sup> MARTÍNEZ CALVO. Cit. Pp. 170-171.

El instrumento más frecuente al que se ha recurrido para solucionar esto es la de computar la atribución del uso de la vivienda familiar como una contribución en especie, para determinar la cuantía que debe aportar cada progenitor para sufragar y soportar los gastos de los hijos o para que se produzca un equilibrio económico entre ambos cónyuges.

Una de las soluciones que se plantean respecto a los problemas que ocasionan las relaciones económico matrimoniales que tienen los cónyuges y que pueden ocasionar un grave perjuicio para el menor, consiste en la reducción de la pensión de alimentos que el cónyuge no custodio tiene que abonar a sus hijos hasta que cumplan una determinada edad, pero está no es una de las soluciones más acertadas ya que aunque permite al hijo seguir disfrutando de su hogar, en el que creció desde pequeño el simple hecho de que se produzca una reducción de la pensión de alimentos va a conllevar que el hijo menor cuente con menos recursos económicos para hacer frente a sus gastos y necesidades, al haberse recortado ese presupuesto.<sup>52</sup>

Por ello, la solución más acertada es establecer una compensación entre ambos, para que no haya en ningún momento un desequilibrio económico y todas las partes se vean satisfechas por igual.

## **6. CONVIVENCIA MARITAL O MATRIMONIAL DEL TITULAR DEL DERECHO DE USO CON UN TERCERO**

La titularidad del derecho de uso puede verse mermada cuando una tercera persona empiece una relación amorosa con uno de los cónyuges, y esté le lleve a vivir con él en el domicilio familiar.<sup>53</sup>

En la actualidad, no es infrecuente, que una vez que se produzca la ruptura de la unión matrimonial o no de dos progenitores, de común acuerdo y atribuido judicialmente a uno de ellos el derecho de uso sobre la vivienda familiar en la que ambos vivían, y por lo tanto a los hijos que viven con el cónyuge custodio, uno de los dos comiencen una relación con otra persona y ese nuevo compañero/a de vida o esposo/a comience a vivir maritalmente con él custodio en el hogar familiar que constituyó el inmueble.

---

<sup>52</sup> MARTÍNEZ CALVO. Cit. Pp. 174-175.

<sup>53</sup> PÉREZ GALVÁN, María." *Convivencia de progenitor con otra persona en la vivienda familiar. Extinción del derecho de uso*". Diario la Ley. N° 9405. Artículo doctrinal, La Toga 29 de abril de 2019, Pp. 1-7.

La familia que se crea por el progenitor guardador y custodio y con los hijos confiados a este ocasiona un nuevo núcleo familiar originado desde cero o reconstituido, al que en ocasiones se pueden incorporar también los hijos del nuevo cónyuge que provienen de una relación anterior bien de forma permanente o temporal por periodos cortos o de vacaciones en función del tiempo que convivan con su otro padre o madre, y empiecen a convivir todos en el mismo domicilio como causa de la unión matrimonial o de hecho de los padres.

Se plantea en estos casos qué efectos o consecuencias se produce sobre el derecho de uso atribuido a los cónyuges y al progenitor o cónyuge custodio la circunstancia sobrevenida de la convivencia en el domicilio familiar del titular del derecho de uso con una tercera persona.

Por su parte, la doctrina y jurisprudencia tienen posturas muy distintas respecto a este tema, por lo que va a ser muy debatido ya que unos sostienen que la respuesta a este caso sería la extinción del derecho de uso y otros mantienen que el hecho de que entre una tercera persona en la vivienda familiar no implica que se altere la necesidad de vivienda de los hijos por lo que la convivencia marital de un tercero con el titular del derecho de uso no puede afectar a la subsistencia del propio derecho de uso sin perjuicio de que pueda llevarse a cabo una modificación de las medidas de tipo económico.<sup>54</sup>

La Sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Valencia de 2 de diciembre de 2014<sup>55</sup>, fija que el régimen de compensación por la pérdida de uso de la vivienda familiar en favor del progenitor custodio que sea propietario o copropietario de la misma, no resultará de aplicación en el caso en el que se den supuestos de ruptura de la convivencia cuando no existen hijos comunes y cuando el procedimiento seguido no sea el de nulidad, separación y divorcio, pudiendo en todo caso resolverse por los art. 1195 y 1196 del CC, para así producir un equilibrio entre ambos cónyuges al cesar la convivencia y hasta que se produzca la venta del inmueble.

---

<sup>54</sup> GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo. *“Incidencia de la convivencia marital con un tercero del progenitor custodio sobre el derecho de uso de la vivienda atribuido a los hijos y a éste/a”*. Lefebvre. Valencia, 2010.

<sup>55</sup> Sentencia TSJ (Sala Civil y Penal) de Valencia, Núm. 16/2014, de 2 de diciembre de 2014. JUR 2015/92056.

## 7. APLICACIÓN DEL ART 96 CC

La entrada en escena de art. 96 del Código Civil, que establece como criterio general de atribución del uso de la vivienda familiar el interés más necesitado de protección, supone dejar de lado el criterio de la titularidad de uno de ellos.<sup>56</sup>

Hay que hacer hincapié en que si el Juez atribuye el uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges cotitulares de la vivienda con base al art. 96 CC, no está otorgando a éste un derecho que antes no tenía, sino que lo que está haciendo es impedir al otro ejercer una facultad que en principio tiene.

En base al art. 96 CC en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Si se da el caso de que alguno de los hijos del matrimonio quede en la compañía de uno y los restantes en la del otro cónyuge, el Juez será el encargado de resolver.

No hay duda de que el art. 96.1 y 2 son aplicables no solo cuando la vivienda pertenece exclusivamente a uno de los esposos, sino también cuando es ganancial, ya que dichos preceptos no hacen alusión en ningún momento a la titularidad de la vivienda en sí, por lo que prescinden de la misma para configurar su supuesto de hecho como tal.

Para disponer de la vivienda cuyo uso corresponde al cónyuge no titular se requerirá en todo caso el consentimiento de ambas partes, o sino autorización judicial.

Por lo tanto, en el caso de que haya hijos menores la vivienda será atribuida al que se quede con ellos, es decir, al cónyuge custodio, sin que pueda limitarse la duración de la medida por el hecho de ser la vivienda ganancial, con referencia a la liquidación de la sociedad en sí. Pero puede darse el caso de que no haya hijos, por lo que podrá acordarse de que el uso de tales bienes por el tiempo que se fije, corresponda únicamente al cónyuge no titular, siempre que atendidas las circunstancias de cada caso, fuera lo más aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.<sup>57</sup>

El interés que se protege primariamente por el art. 96.1 CC no es el de los cónyuges ni tampoco el de aquel cónyuge a quien se atribuye la guarda y custodia de los hijos, sino que hay un interés más necesitado de protección, el interés de los propios hijos, concretamente se regula así en el art. 96.3 CC.

---

<sup>56</sup> MARTÍN MELÉNDEZ. Cit. Pp. 380-382.

<sup>57</sup> PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier. *Comentarios al Código Civil*. Editorial Lex Nova, 1ª edición, año 2010, Pp. 203.



Por lo general, el uso de la vivienda familiar corresponde al cónyuge titular del derecho a usarla, pero el juez como ya he mencionado anteriormente puede atribuir su uso al cónyuge no titular por un determinado periodo de tiempo si las circunstancias hacen que así sea al ser el más necesitado de protección, valorándose a la hora de tomar la decisión las circunstancias personales y económicas de ambos cónyuges para que uno de ellos no se encuentre en situación de desventaja.<sup>58</sup>

A pesar de que el art. 96 no se pronuncia sobre este tema, existen sentencias que atribuyen el uso de la vivienda a ambos cónyuges conjuntamente pero esto es una medida de carácter excepcional que viene dada por motivos específicos como puede ser el caso de la carencia de medios económicos de uno de los cónyuges para tener una vivienda y vivir dignamente.

En este punto hay muchos problemas, puesto que la doctrina y los tribunales no se ponen de acuerdo respecto si este interés se aplica solo en referencia a los hijos menores o también a los mayores de edad, aunque hay muchas sentencias que optan por no aplicar de forma directa esta regla atendiendo al interés más necesitado de protección para decidir quién es el que debe continuar utilizando la vivienda.

Uno de los aspectos que el art. 96 CC no prevé es que pasa con la vivienda familiar cuando se trata de custodia compartida.

En mi opinión, si se da esta circunstancia creo que cuando se trate de una custodia compartida el uso de la vivienda se tendría que otorgar de forma temporal a cada uno de ellos, para que los hijos puedan desarrollarse física y personalmente en su vivienda habitual, no como unos nómadas que van viajando de un sitio para otro sin ninguna estabilidad algo que puede afectarles a largo plazo.

Además, el hecho de que la custodia sea compartida implica que en este caso no hay un cónyuge que tiene preferencia sobre la vivienda respecto del otro puesto que ambos se encuentran en las mismas circunstancias, siempre y cuando esto no afecte al interés más necesitado de protección.

---

<sup>58</sup> MARÍN LÓPEZ. Cit. Pp. 221.

## **8. LA SENTENCIA 641/2018 DEL PLENO DE LA SALA 1ª DEL TS, DE 20 DE NOVIEMBRE**

La Sentencia 641/2018 de 20 de noviembre emitida por el TS ha dictaminado que el efecto que produce la convivencia del progenitor custodio con una nueva pareja respecto del derecho de uso de la vivienda familiar atribuido en la sentencia de divorcio.<sup>59</sup>

La sentencia que se recurre había acordado la extinción del derecho de uso en el mismo momento en que empiece a producirse la liquidación de la sociedad de gananciales, por considerar al respecto que la entrada de una tercera persona en la vivienda hace perder a esta vivienda su antigua naturaleza de vivienda familiar y domicilio familiar como tal, al servir ahora en su uso a una familia distinta y diferente.

Esta sentencia da un giro importante al Derecho de Familia, analizando el efecto que produce la convivencia del progenitor custodio con una nueva pareja respecto del derecho de uso de la vivienda familiar atribuido en la Sentencia de divorcio y da solución a un problema que se plantea en la actualidad en nuestra sociedad.

El caso analizado es el de un divorcio en el que se atribuye la custodia de los hijos a la madre y el uso de la vivienda familiar titulada por ambos cónyuges y el padre además debía abonar una pensión de alimentos, salvo que exista un pacto expreso de las partes, ese uso será hasta la mayoría de edad de los hijos que tengan en común y para que la liquidación del patrimonio común sea efectiva, se tendrá que extinguir el derecho de uso, ya que es complicado que ningún tercero quiera adjudicare una vivienda que tenga una familia dentro conviviendo.<sup>60</sup> La madre, por su parte, tiene una relación estable y afectiva con una pareja y se instala a vivir en el que fue el domicilio familiar.

En la demanda de modificación de medidas en la sentencia, se alega este hecho nuevo y se pide la extinción del derecho de uso de la vivienda familiar por la convivencia marital de la madre con otra persona en un domicilio que pertenece a ambos cónyuges, con el fin de que se venda o adjudique a uno de ellos con el abono al otro de lo que corresponda, y de forma subsidiaria, la reducción de la pensión de alimentos de los hijos.

---

<sup>59</sup> STS (Sala de lo Civil). N° 641/2018, de 20 de noviembre de 2018. RJ 982/2018.

<sup>60</sup> PÉREZ GALVÁN. Cit. Pp. 1-7.

Esta sentencia fue recurrida en apelación y la AP de Valladolid, va a estimar en parte el recurso, atendiendo sobre todo al hecho puntual de que la vivienda había dejado de tener la consideración de vivienda familiar, al servir ahora a otra familia distinta y diferente, de cuyo uso se está beneficiando un tercero ajeno a la familia y declara que el derecho de uso de la vivienda atribuido en su día a la esposa e hijos quedará por tanto extinguido en el momento en el que se proceda a la liquidación de gananciales.<sup>61</sup>

El TS no niega en ningún momento el derecho de esta madre a rehacer su vida con otra persona y a tener una nueva vida, pero analiza en este caso el abuso de derecho, el cual no debe ser amparado por la ley en perjuicio de otro cotitular de la vivienda y valora que el interés de los hijos debe estar vinculado al de sus padres, conciliándose así ambos derechos.

Esta sentencia va a dar respuesta a supuestos que provocan situaciones muy injustas que hacen que las relaciones familiares se debiliten y desaparezca esa término de familia como tal al desvincularse unos de otros y comenzar a vivir por separado sin compartir nada ya que todas las familias que tienen hijos necesitan dos viviendas tras el divorcio o la crisis en supuestos de no matrimonio pero que efectivamente convivan juntos y los hijos menores tienen todo el derecho a convivir con cada progenitor en una vivienda digna y pueda desarrollarse personalmente con cada uno de sus padres, y que esos padres por separado puedan educarles por igual.

La STS 641/2018 se fundamenta en los siguientes argumentos: la alteración de la naturaleza de la vivienda familiar, el perjuicio para el progenitor no custodio, la nueva relación de pareja influye en la pensión compensatoria, el derecho de uso de la vivienda familiar deja de existir, la medida no priva a los menores de su derecho a una vivienda y por último, el interés de los hijos tiene que ir vinculado al de sus padres.

Según la Jurisprudencia dimanante de esta sentencia, el derecho de uso de la vivienda familiar existe y deja de existir en función de las circunstancias de cada caso en concreto, no habiendo una regla común para todos los casos, sino que los legisladores tienen que tener en cuenta las circunstancias de cada asunto.<sup>62</sup>

Para finalizar, lo importante de esta Sentencia es que la Sala del TS se ha pronunciado sobre un asunto sobre el que nunca antes se había pronunciado al respecto, y enfoca toda su atención en los efectos que produce la convivencia del progenitor custodio con una tercera persona.

---

<sup>61</sup> STS (Sala de lo Civil). N.º. 641/2018, de 20 de noviembre de 2018. RJ 982/2018.

<sup>62</sup> VALLESPÍN PÉREZ. Cit. Pp. 5.

Así, el Pleno de la Sala 1ª va a valorar el hecho de la convivencia de un tercero en la que fuera en su día vivienda familiar como una variable que va a ser determinante para acordar la extinción del derecho de uso o no, sin que ello implique que se desatienda el interés de los menores, siendo lo primordial.

En este sentido, hay una reciente sentencia de TS de 29 de octubre de 2019, que reitera y ratifica todo lo argumentado por esta sentencia, la cual supuso un antes y un después dentro del Derecho de Familia. De hecho, en esta última sentencia se plasma la insuficiencia del art 96 CC para el caso de resolver estos problemas y otros relacionados con el domicilio familiar.

Pues bien, estas dos sentencias han dado un paso más y han fijado que “la introducción de una tercera persona hace perder a la vivienda su antigua naturaleza por servir en su uso a una familia distinta y diferente”, es decir, que en el momento en que entra una tercera persona en el domicilio familiar los factores que se tuvieron en cuenta en el momento de proceder a la separación cambian, ya que las circunstancias ahora no son las mismas, pasando la vivienda a constituir el domicilio de otra unidad familiar distinta de la originaria, por lo cual el derecho de uso debe ser extinguido.<sup>63</sup>

---

<sup>63</sup> Accesible en : <https://www.diariojuridico.com/uso-y-disfrute-del-domicilio-familiar-en-un-divorcio-el-supremo-aclara-el-debate/>

## 9. CONCLUSIONES

**Primera:** aunque uno de los dos cónyuges comience una nueva vida con otra persona, hay que tener en cuenta al otro cónyuge a la hora de atribuir el uso de la vivienda a uno y a otro, puesto que el cónyuge no custodio puede verse abandonado y sin un lugar donde vivir. Es inevitable, cuando se atribuye a uno, que el otro se quede sin un lugar donde vivir, ya que la forma de núcleo familiar que tenían se rompe por lo que en ningún caso pueden seguir viviendo juntos por el bien de los hijos en común y de ellos mismos, ya que es algo incoherente en mi opinión, pero además de esto el cónyuge no titular del uso de la vivienda se obligado a alquilar o comprar una vivienda en todo caso, y en el caso de no tener una buen economía para poder frente a esos gastos volver a la casa de sus padres si los tiene, siendo cuanto menos humillante para él/ella. No es justo que uno de los cónyuges se quede todo y la otra parte tenga que buscarse el alojamiento y comenzar una nueva vida.

**Segunda:** En el caso de que uno de los ex cónyuges incluya en la vivienda familiar una tercera persona, tiene que conllevar que se extinga la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar, ya que el núcleo familiar desaparece y ambas partes tienen que verse beneficiadas, por lo que lo que habría que hacer es modificar las medidas que se tomaron respecto de la atribución del uso de la vivienda, porque es muy injusto que una tercera persona se esté beneficiando de un inmueble que no es de su propiedad, y encima el que tiene que dejar la vivienda tenga que seguir pagando la hipoteca o el alquiler de ese inmueble para que una tercera persona ajena a esta familia disfrute de ella.

**Tercera:** el interés de los menores es uno de los aspectos que primero que hay que valorar porque en casos de divorcio o rupturas matrimoniales son los más vulnerables y los que normalmente se ven más perjudicados, los padres tienen que pensar ante todo en el futuro de sus hijos y sus necesidades vitales, dejando de lado los problemas que tienen como pareja y pensar que aunque ellos se separen tienen unas personas en común que tienen que proteger y cuidar ante todo. Además, el juez a la hora de atribuir el uso de la vivienda familiar a una parte u otra va a tener en cuenta primero los intereses de los menores, puesto que si fueran mayores de edad las circunstancias cambiarían, ya que ellos mismos podrían decir con quién vivir.

**Cuarta:** Cuando aparece una tercera persona en la vivienda, la mejor forma de solucionar la atribución del uso de la vivienda familiar, es a través de un acuerdo entre los cónyuges para evitar problemas entre ellos y que todo se solucione de una manera pacífica, y en ningún caso tener que acudir al Juez para que tome las medidas oportunas, puesto que lo único que va a conllevar es una situación mala relación y comunicación entre la familia en sí, al no ponerse de acuerdo que siempre es el mejor camino, evitando así que otra persona ajena a la familia intervenga por ellos como es el caso del juez, puesto que mejor que ellos nadie lo que ellos quieren, buscan o necesitan.

**Quinta:** los menores tienen derecho a convivir con los dos progenitores en una vivienda digna, sin privarles del hecho de que no vean a uno de los dos o puedan formar parte de su vida, puesto que en mi opinión para que un niño se forme con unos valores y principios adecuados debe tener como referentes y poder desarrollarse con sus dos padres.

**Sexta:** en la actualidad, cuando se procede por los jueces a atribuir el uso de la vivienda familiar a una de ambas partes, en la mayoría de los casos, yo diría que en el 90% de los casos, se atribuye a la mujer, algo que en mi opinión debería cambiar, ya que la sociedad y el mundo en general ha cambiado, y casi siempre son los hombres los que se sienten desamparados en esta situación porque además de no ser los titulares de uso de la vivienda familiar, tampoco se les atribuye la custodia como en algún caso que conozco, y encima el núcleo familiar se ha roto por culpa de la mujer. Ambas partes tienen que ser iguales, y no decidir en función de si es hombre y mujer, otorgando a los hombres más derechos, ya que no en todos los casos los hijos menores van a ser más felices con la madre que con el padre.

## 10. BILIOGRAFÍA

- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel. *“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, N° 774.
- GARCÍA MAYO, Manuel. *Vivienda familiar y crisis de pareja*. Editorial reus, Madrid año 2019; y *Extinción del derecho de uso de la vivienda familiar por la convivencia marital con un tercero: ¿y el interés del menor?*, La Ley digital, 3037/2019.
- Ediciones Francis Lefebvre, Memento experto *Incidencia de la convivencia marital con un tercero del progenitor custodio sobre el derecho de uso de la vivienda atribuido a los hijos y a éste/a*. Octubre 2010.
- MARTÍNEZ CALVO, Javier. *“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 TS”*. Revista de Derecho Civil, N° 3, año 2019, Pp 155-178.
- MARTÍN MELÉNDEZ, María Teresa. *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*. Thomson Civitas, año 2005.
- ORDÁS ALONSO, Marta. *La atribución de uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, editorial bosch, año 2018.
- ORDÁS ALONSO, Marta. *“El matrimonio o convivencia marital con un tercero extingue el derecho de uso de la vivienda familiar, un halo de esperanza”*. Diario la Ley, Editorial wolters Kluwer, año 2019.
- PÉREZ GALVÁN, María. *“Convivencia de progenitor con otra persona en la vivienda familiar. Extinción del derecho de uso”*. Diario la Ley. N° 9405. Artículo doctrinal, La Toga 29 de abril de 2019.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derecho de Familia*, Universidad de Madrid, Madrid, 1989.
- SALAZAR BORT, Santiago. *La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*. Amplio estudio jurisprudencial. Editorial aranzadi, año 2001, Pamplona.
- VALLESPÍN PÉREZ, David. *El derecho a rehacer la vida propia, tras el divorcio y su repercusión en el uso de la vivienda familiar*. Revista Práctica de los Tribunales, Editorial wolters kluwers, N° 137, año 2019.

### 10.1 Web grafía

- <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/3825-atribucion-del-uso-de-la-vivienda-familiar-cuando-no-hay-hijos-menores/>
- <https://lavinlaw.wordpress.com/2015/04/14/la-expresion-vida-marital-del-articulo-101-1-del-codigo-civil/>

<https://www.iberley.es/temas/modificacion-atribucion-vivienda-familiar-convivencia-marital-tercera-persona-62956?term=>

[https://iurisnow.com/es/extincion-uso-vivienda-familiar/#Que\\_requisitos\\_se\\_tienen\\_que\\_producir\\_para\\_la\\_extincion\\_del\\_uso\\_en\\_la\\_vivienda\\_familiar](https://iurisnow.com/es/extincion-uso-vivienda-familiar/#Que_requisitos_se_tienen_que_producir_para_la_extincion_del_uso_en_la_vivienda_familiar)

<https://www.elabogadoencasa.com/convivencia-tercero-vivienda-familiar-derecho-uso-separacion-divorcio/>



## **11. JURISPRUDENCIA**

### **Sentencias del Tribunal Supremo**

- Sentencia del Tribunal Supremo, (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Núm. 262/2012, de 30 de abril de 2012. RJ 202/5235.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) Núm. 340/2012, de 31 de mayo de 2012. RJ 2012/6550.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Núm. 726/2013, de 19 de noviembre de 2013. RJ 2013/7447.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Núm. 641/2018, de 20 de noviembre de 2018. RJ 982/2018.

### **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia**

- Sentencia TSJ (Sala Civil y Penal) de Valencia, Núm. 16/2014, de 2 de diciembre de 2014. JUR 2015/92056.

### **Sentencias de las Audiencias Provinciales**

- -Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 15 de enero de 2018, Núm. 20/2018. RJ 2018/5086.
- -Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 27 de febrero de 2017, Núm. 193/2017. JUR 2017/268592.
- -Sentencia Audiencia Provincial de Almería (Sección 1ª). Núm. 59/2007, de 19 de Marzo de 2007. AC 2007/505.
- -Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 25 de abril de 2011, Núm. 172/2011. JUR 2011/185052.