

## 1.2. Familia

# La extinción del derecho de uso de la vivienda familiar, en especial, por convivencia marital del usuario con otra persona

*The termination of the right to use family housing, especially by marital cohabitation of the user with another person*

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT  
Profesora Contratada Doctora de Derecho civil. UCM

**RESUMEN:** El presente estudio se va a centrar en el análisis de las diferentes causas de extinción de una medida de contenido económico como es la atribución del uso de la vivienda familiar, en especial, por la convivencia marital del cónyuge usuario y custodio de los hijos/as menores de edad con un tercero tras la doctrina jurisprudencial establecida por la sentencia del Tribunal Supremo, Pleno de la Sala de lo Civil, de 20 de noviembre de 2018 que, completa la regulación del artículo 96 del Código civil ante la falta de mención normativa expresa.

**ABSTRACT:** *The present study is going to centre on the analysis of the different reasons of extinction of a measure of economic content since it is attribution of the use if the familiar housing especially for the marital conviviality of the spouse user and guardian of the minor children with a third party after the doctrine jurisprudence established by the judgment of the Supreme Court if room the civil of November 20, 2018 that completes the regulation of the article 96 of Civil Code before the lack of normative express mention.*

**PALABRAS CLAVES:** Vivienda familiar. Derecho de uso. Hijos menores de edad. Cónyuge usuario. Convivencia marital. Tercero conviviente. Cónyuge titular no usuario. Pensión compensatoria. Pensión de alimentos.

**KEY WORDS:** *Familiar housing. Right of use. Children minors. Spouse user. Marital conviviality. Compensatory pension. Pension alimony.*

**SUMARIO:** I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. LA NATURALEZA DEL DERECHO DE USO.—III. EL INTERÉS DEL MENOR Y LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.—IV. LA EXTINCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR: LA CONVIVENCIA MARITAL DEL USUARIO CON UN TERCERO: 1. CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL DERECHO DE USO EN GENERAL. 2. LA CONVIVENCIA

MARITAL COMO CAUSA DE EXTINCIÓN DEL DERECHO DE USO. A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, PLENO DE LA SALA DE LO CIVIL, DE 20 DE NOVIEMBRE DE 2018.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

## I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La vivienda familiar constituye para la mayoría de la doctrina y jurisprudencia el lugar donde habitualmente se desarrolla la convivencia de la familia. La edificación habitable que, satisface su necesidad permanente de vivienda o de habitación<sup>1</sup> es el lugar, donde la familia desarrolla sus actividades ordinarias, y que le proporciona no solo cobijo, sino además seguridad o intimidad. Nuestro legislador no ofrece ninguna conceptualización de la vivienda familiar, sino que esa labor se deja a la doctrina y la jurisprudencia. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de diciembre de 1996<sup>2</sup> define la vivienda familiar como «el reducto donde se asienta y desarrolla la persona física, como refugio elemental que sirve a la satisfacción de sus necesidades primarias (descanso, aseo, alimentación, vestido, etc.) y protección de su intimidad (privacidad), al tiempo que cuando existen hijos es también auxilio indispensable para el amparo y educación de estos. De ahí que, las normas que sobre el uso de la vivienda familiar contiene el Código civil en relación con el matrimonio y su crisis se proyectan más allá de su estricto ámbito a situaciones como la convivencia prolongada de un hombre y una mujer como pareja ya que las razones que abonan y justifican aquella valen también en este último caso».

Por su parte, el artículo 40 del Código civil perfila un concepto de domicilio como lugar de residencia habitual de las personas naturales, y el domicilio conyugal como la sede jurídica de ambos cónyuges, el lugar donde se localiza el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones derivadas del matrimonio fijado por ambos cónyuges de común acuerdo y en caso de discrepancia por el juez (art. 70 CC)<sup>3</sup>. En todo caso, ha de tratarse de vivienda familiar en el que actualmente vive la familia, con vocación de permanencia, además de constituir el lugar de residencia habitual<sup>4</sup>.

En todo caso, la vivienda familiar puede ser ocupada en virtud de un título de propiedad, de un derecho real que atribuya su uso —por ejemplo, usufructo—, de un derecho personal de uso, como puede ser un contrato de arrendamiento, o en fin, en virtud de la atribución de un uso como consecuencia de un proceso de nulidad, separación o divorcio.

En cuanto a la determinación subjetiva de aplicación de la especial normativa que el Código civil dedica a la vivienda familia en los artículos 96 y 1320 del Código civil hemos decir que, corresponde a la familia matrimonial<sup>5</sup>. En este contexto, no obstante, se ha planteado la posible aplicación analógica de la normativa contenida en el Código civil (arts. 96 y 1320) a las parejas no casadas que no han previsto pactos en relación con su ruptura y vivienda familiar. Aunque la tendencia mayoritaria se orienta a la no aplicación de la normativa protectora de la vivienda familiar a las parejas de hecho<sup>6</sup>. Sin embargo, un sector de la doctrina y jurisprudencia ha considerado posible la aplicación analógica del artículo 96 del Código civil cuando existen hijos comunes, con base al principio de igualdad de los hijos matrimoniales y no matrimoniales (arts. 108 CC y 14 de la Constitución Española)<sup>7</sup>. De no existir descendencia común, el criterio, no obstante, ha sido desestimar la *analogía legis* «dada la falta de identidad de razón entre el matrimonio y las uniones de hecho que

permitan dicha extensión normativa»<sup>8</sup>; si bien, no se descarta el recurso a la *analogía iuris*, siempre que exista un perjuicio y un desequilibrio en la situación del demandante respecto del otro conviviente cuando cesa la convivencia en comparación con la situación existente antes de la ruptura que, como tal justifique la atribución de uso de la vivienda como medida compensatoria por ser el interés más digno de protección<sup>9</sup>.

Ahora bien, en el ámbito del derecho de familia, determinados derechos patrimoniales pueden ser objeto de valoración económica. Precisamente, en la situación de crisis matrimonial o de pareja la atribución del uso de la vivienda familiar tiene un indudable contenido económico, así el cónyuge usuario se ve enriquecido patrimonialmente, a la par que, el cónyuge titular no usuario se empobrece y al que, sin duda sería posible procurarle una compensación económica por tal pérdida patrimonial durante un tiempo, a veces indeterminado, bien mediante compensación directa<sup>10</sup> o bien de forma indirecta a través de otras medidas también de contenido económico como la pensión de alimentos<sup>11</sup> y la pensión compensatoria<sup>12</sup>. Ahora bien, la atribución del uso puede ser objeto de modificación o de extinción como tal.

El presente estudio se va a centrar, precisamente, en las diferentes causas por las que se puede extinguir la medida del uso de la vivienda, y, en concreto, por la convivencia marital del usuario con una tercera persona establecida como tal por la sentencia del Tribunal Supremo, Pleno de la Sala de lo Civil, 20 de noviembre de 2018<sup>13</sup>, que representa una importante novedad jurisprudencial, si partimos de la falta de mención expresa como tal causa de extinción en el artículo 96 del Código civil. Lo que, contrasta con la sí existente referencia normativa, precisamente, en relación con otra medida también de contenido económico como es la pensión compensatoria. Así en el artículo 101.1 del citado cuerpo legal se dispone como causa de extinción de aquella pensión la convivencia marital del beneficiario de la pensión con otra persona<sup>14</sup> o, incluso, se puede añadir el matrimonio de este con un tercero como así se ha constatado jurisprudencialmente<sup>15</sup>.

De todas formas, en relación con la atribución del uso de la vivienda se ha planteado la necesidad de conciliar los intereses del titular o cotitular de la vivienda —para evitar «una suerte de expropiación»— y la atribución del uso. Lo que ha determinado la posibilidad de plantear una compensación económica por la pérdida temporal o vitalicia del uso de la vivienda al cónyuge titular ante la atribución al otro cónyuge e hijos y ahora tal exigencia se ha trasladado al supuesto planteado y resuelto por nuestro Tribunal Supremo en relación con la convivencia marital del cónyuge usuario con una tercera persona.

En este contexto, antes de proceder al análisis de las diferentes causas de extinción de la medida que representa la atribución del uso de la vivienda a uno de los cónyuges, y en particular la reseñada como novedad, nos parece oportuno, teniendo en cuenta la importancia del interés superior de los hijos menores no emancipados y el carácter familiar de la vivienda habitual y su eventual pérdida en determinadas circunstancias, referirnos en primer lugar, a la naturaleza jurídica que, tiene el derecho de uso que se atribuye al usuario donde se tiende a optar por su carácter familiar, para luego centrarnos en los criterios que han de ponderarse por el órgano judicial para determinar la atribución del uso de la vivienda cuando hay hijos menores de edad, entre los que hay que destacar el *favor filii*, frente a la pérdida de tal principio y por ende, del interés superior como criterio central de atribución cuando se trata de hijos mayores de edad. De esta forma a la hora de acometer las diferentes causas de extinción de tal

derecho, habremos previamente concretado las bases sobre la que se sustenta la medida y el contexto en que se sustancia y opera, lo que nos va a permitir estar en condiciones para argumentar y concretar mejor los diferentes supuestos que van a determinar, en su caso, su extinción. Una medida como la atribución del uso de la vivienda que, no olvidemos puede haber sido fijada en convenio regulador<sup>16</sup> o mediante sentencia judicial y no exenta de controversia, máxime cuando el cónyuge no usuario se puede ver abocado a una cierta penuria económica teniendo en cuenta el encarecimiento de la vivienda en alquiler como en propiedad, a lo que hay que añadir que, habitualmente, la vivienda familiar está hipotecada, con la consiguiente exigencia del pago de la cuota correspondiente del préstamo o crédito hipotecario. De todas formas, una mayor flexibilidad y margen de actuación tienen los cónyuges cuando la medida de atribución del uso se acuerda en convenio regulador homologado judicialmente —en el que se puede establecer, por ejemplo, una limitación temporal aun existiendo hijos menores<sup>17</sup>— que, en sentencia acordada tras un proceso contencioso de nulidad, separación o divorcio.

## II. LA NATURALEZA DEL DERECHO DE USO.

Con relación a esta cuestión, hay quienes defienden su naturaleza *derecho real*, destacan su carácter *erga omnes* y su acceso al Registro de la Propiedad. Así, MANZANO FERNÁNDEZ señala que es «un verdadero derecho real inmobiliario en cuanto modifica, desde luego, las facultades de dominio sobre un bien inmueble (arts. 2 de la LH y 7 del RH)»<sup>18</sup>. Frente a esta tesis, hay autores que abogan por su naturaleza personal. MARTÍN MELÉNDEZ manifiesta al respecto que «este derecho sea un derecho personal se ve corroborado por la exigencia de consentimiento del no titular o, en su defecto, de autorización judicial, para que el titular pueda realizar actos de disposición sobre la vivienda, según dispone el artículo 96.4 del Código civil»<sup>19</sup>.

Ahora bien, no faltan posturas intermedias que, como O'CALLAGHAN MUÑOZ condicionan la naturaleza jurídica del uso atribuido judicialmente al que tuviera el derecho de ocupación inicial de los cónyuges sobre la vivienda familiar. Así «será real siempre que la titularidad sobre la vivienda lo fuera; si no hay titularidad no nacerá derecho de ocupación alguna; y, de ser personal, se dará una cesión»<sup>20</sup>; o ELLORIAGA BONIS que ve en la institución rasgos propios tanto de los derechos personales como de los reales. Respecto de los primeros, destaca su temporalidad, y la necesidad de consentimiento de ambos cónyuges para disponer de la vivienda asignada en uso a uno de ellos; de los segundos, su oponibilidad *erga omnes* y, acceso al Registro de la Propiedad<sup>21</sup>.

Otros, por su parte, lo consideran una medida asistencial dedicada, como precisa SALAZAR BORT, a proteger el especial interés que sobre la vivienda pueden tener los hijos en cuanto es necesario el mantenimiento de su entorno social para garantizar el normal desarrollo de su personalidad, pese al trauma que supone la separación o el divorcio de los padres<sup>22</sup>.

Finalmente, hay autores que, optan por calificarlo derecho *sui generis*. Así, DÍEZ-PICAZO afirma que, estamos ante «una situación jurídica original»<sup>23</sup>; o, nos encontramos ante la destrucción de una situación de coposición que pasa a ser, una vez, atribuido el uso, un supuesto de posesión exclusiva de uno de los sujetos coposeedores, sin que ello suponga derecho de crédito o real alguno, como precisa ROCA TRIÁS<sup>24</sup>; o como señala CUENA CASAS «negar al derecho

de uso la consideración de derecho real cuando el tribunal resuelve un supuesto en el que los cónyuges poseen el inmueble por virtud de un derecho personal y afirmarla cuando uno o ambos son propietarios del inmueble, no le parece en absoluto contradictorio». No obstante, le resulta criticable «negar que se trata de un derecho real y luego aplicar las consecuencias derivadas de su consideración como derecho oponible *erga omnes*, incluso aunque no haya accedido al Registro de la Propiedad cuando el adquirente lo conocía»<sup>25</sup>. En fin, no faltan quienes lo califican de derecho de orden puramente familiar para cuya eficacia se establecen ciertas limitaciones a la disposición de la vivienda familiar<sup>26</sup>, a lo que se añade por algún autor su indudable contenido patrimonial. Así ORDÁS ALONSO comparte la calificación de un derecho de uso como derecho familiar, si bien cree que el mismo tiene un indudable carácter patrimonial. En este sentido, señala que «como defendiera LACRUZ BERDEJO se resiste a una conceptuación clara, a una inclusión en las categorías habituales de derechos, tiene connotaciones tanto reales como personales, por ello habrá que acudir al recurso del *sui generis*, precisamente por su naturaleza familiar que hace más nebulosa cualquier ulterior posición». A lo que añade que se trata de un derecho *sui generis* «cuyo contenido se encuentra integrado por dos aspectos: un derecho ocupacional que no abarca la integridad de facultades dominicales propias del *ius utendi*, sino tan solo la posibilidad de utilización material de la vivienda que constituyó el domicilio conyugal. Facultad de uso que no legitima la posibilidad que el cónyuge a quien se le atribuye el uso pueda ceder a título oneroso temporal la facultad de uso, es decir no ampara el arriendo de la vivienda. Por otro lado, supone una limitación de disponer que implica que el titular dominical de la vivienda no podrá disponer de ella sin el asentimiento del titular del derecho de uso o, en su caso, autorización judicial»<sup>27</sup>.

Este debate tiene reflejo, igualmente, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de las Audiencias Provinciales, y en las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de diciembre de 1992<sup>28</sup> señala que «debe configurarse como un derecho oponible a terceros que, como tal, debe tener acceso al Registro de la Propiedad y en estos términos constituye una carga que pesa sobre el inmueble con independencia de quiénes sean sus posteriores titulares». Por su parte, la sentencia de este mismo Alto Tribunal de 22 de abril de 2004 manifiesta que, el derecho de uso de la vivienda familiar es oponible frente a terceros<sup>29</sup>. En esta línea, la resolución de la DGRN de 25 de octubre de 1999 lo califica como derecho real que produce efectos *erga omnes*, por lo que debe tener acceso al Registro de la Propiedad<sup>30</sup>.

Por el contrario, consideran que no constituye derecho real, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 29 de abril de 1994<sup>31</sup>, sino una forma de contribución *in natura* al levantamiento de las cargas del matrimonio; o, como un *ius ad rem*, con accesibilidad al Registro de la Propiedad, tal como señala la sentencia del mismo Tribunal de 14 de diciembre de 2004<sup>32</sup>; o en, fin le otorgan una naturaleza «*sui generis*», aunque reconociendo su posibilidad de acceder al Registro de la Propiedad y por ello mismo, ser oponible a terceros<sup>33</sup>, o destacan su naturaleza de derecho personal<sup>34</sup> o su carácter asistencial<sup>35</sup>, o, para mayor confusión, un derecho de constitución judicial o con el valor decisión judicial oponible *erga omnes*, aunque no generadora de un derecho real<sup>36</sup>. Por su parte, la resolución de la DGRN de 25 de octubre de 1999<sup>37</sup> manifiesta que, sin necesidad de entrar en si tal uso o disfrute es o no un derecho real, en todo caso, constituye una limitación de las facultades dispositivas del cónyuge

propietario que produce efectos *erga omnes*; y, en esta línea, las resoluciones de este mismo órgano, de 20 de febrero de 2004<sup>38</sup>, de 19 de enero de y 20 de octubre de 2016, y de 27 de diciembre de 2017<sup>39</sup> y 11 de enero de 2018<sup>40</sup> consideran que, el derecho de uso de la vivienda familiar no es propiamente un derecho real, sino de orden puramente familiar para cuya eficacia se establecen ciertas limitaciones a la disposición de tal vivienda. También, en esta línea, se ha orientado la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1.<sup>a</sup>, de 14 de enero de 2009<sup>41</sup> que, califica el derecho de uso de la vivienda familiar concedido mediante sentencia no como un derecho real, sino un derecho de carácter familiar, cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia o aquél que se estima, no habiendo hijos, que ostenta el interés más necesitado de protección, que, desde un punto de vista patrimonial no impone más restricciones que la limitación de disponer al otro cónyuge, lo cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso. Esta limitación es oponible a terceros e inscribible en el Registro de la Propiedad.

Coincidimos con la posición de aquellos que, consideran que, el derecho de uso tiene naturaleza distinta en función precisamente del título que, previamente los cónyuges ostentan sobre la vivienda. Es cierto que, cuando estos poseen por virtud de un derecho personal, no es posible gravar una propiedad ajena con una carga al margen de la voluntad del propietario del inmueble (por ejemplo, arrendamiento, precario). De manera que, el derecho de uso ha de seguir la misma suerte que el derecho sobre el que recae, por lo que se extingue cuando lo hace este. Pero tal forma de proceder no implica negar la naturaleza de derecho real de este derecho de uso, cuando la titularidad sobre la que se funda tiene también esa naturaleza. Por lo que, es factible su condición de derecho personal o derecho real en función de la también posible doble naturaleza del título por el que previamente la familia ocupaba la vivienda. En consecuencia, el derecho de uso atribuido al cónyuge titular será oponible a terceros en la medida que, también lo sea el derecho que, le sirve de base. Si bien, tal derecho de uso además, de tener eficacia *erga omnes*, podrá ser inscribible.

Ahora bien, existe una base común en las diferentes posiciones doctrinales expuestas que, estamos ante un derecho oponible *erga omnes* e inscribible en el Registro de la Propiedad<sup>42</sup> y, por tanto, produce eficacia real, salvo en el caso que la vivienda familiar sea propiedad de un tercero, en cuyo caso, esta eficacia real es relativa, pues, los derechos dominicales no pueden verse afectados por tal atribución del uso al permanecer inmutables. De este modo, el derecho de uso subsiste cuando la vivienda familiar se enajene a un tercero, siempre y cuando el derecho de uso haya sido anotado en el Registro de la Propiedad con anterioridad, pues, la atribución judicial constituye título legítimo que, justifica el uso incluso frente a los propietarios que traigan causa del cónyuge titular<sup>43</sup>. Igualmente, resulta oponible el derecho de uso no inscrito frente a los terceros de mala fe, no así frente a los de buena fe en caso de subasta judicial de la finca, donde el adjudicatario del inmueble en subasta adquiere la finca sin que le afecte el uso concedido a tercero e hijos en sentencia de divorcio<sup>44</sup>. También resulta no oponible al adjudicatario del bien tras la enajenación de este en pública subasta cuando la vivienda privativa del otro ya estaba hipotecada antes de la atribución del uso<sup>45</sup>; o cuando el cónyuge usuario compareció para consentir la hipoteca sobre la vivienda privativa del otro<sup>46</sup>.

### III. INTERÉS DEL MENOR Y LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

Si hay hijos menores, este caso, la Ley prescinde del criterio de titularidad, pues, resulta irrelevante qué cónyuge sea el propietario del inmueble. Puede ser de titularidad privativa o ganancial o pertenecer a ambos en régimen de comunidad ordinaria o por cuotas (art. 392 CC). Lo prioritario es la protección de los hijos; de ahí la importancia del principio de *favor filii*, principio recogido en Tratados y Resoluciones de organizaciones internacionales como 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 A 3-01722/1992 del Parlamento Europeo sobre la Carta de los Derechos del Niño; y, asimismo, contenida en nuestro texto constitucional artículo 39.2, y, en numerosos preceptos del Código civil (arts. 92, 93, 103, 110, 142.2, 154, 159, 170)<sup>47</sup>.

Por tanto, el interés familiar que se tiene en cuenta, a los efectos de decidir la atribución del uso a uno de los cónyuges, es el de los hijos menores de edad, por entender que, es el más necesitado de protección. De este modo, el uso de la vivienda familiar se atribuye al cónyuge en cuya compañía queden (art. 96.1 CC), de forma taxativa sin admitir ninguna limitación temporal<sup>48</sup>. Si los hijos son encomendados al cónyuge titular no se plantean problemas, al recaer sobre la misma persona el uso y la titularidad de la vivienda y, en consecuencia, ningún derecho emerge<sup>49</sup>; ahora bien, si el beneficiario del uso no es el titular, o lo es en régimen de copropiedad, el fundamento de la privación del uso al cónyuge titular/propietario se encuentra en el especial cumplimiento de los deberes que, a él le corresponde respecto de sus hijos ya que la separación, nulidad y divorcio no exime a los padres de sus obligaciones para con ellos (art. 92.1 CC), como la relativa a facilitarles habitación y, además que esta siga desarrollándose en una vivienda determinada, que hasta ahora es la que constitúa la vivienda familiar<sup>50</sup>. Lo que no impide que, la vivienda que cubra las necesidades de alojamiento del hijo menor, pueda ser otra distinta de la vivienda familiar, como hemos indicado, pues, lo que se protege es el interés del menor a vivir en una digna que, satisfaga todas sus necesidades<sup>51</sup>.

Ahora bien, procede señalar que, hay dos factores que eliminan el rigor de la norma del mencionado artículo 96.1 cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges: uno, el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida, entendiendo que una cosa es el uso que se hace de 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>52</sup>; y, otro, que el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios<sup>53</sup>; solución que, requiere que, la vivienda alternativa sea idónea para satisfacer el interés prevalente del menor, como así aparece recogido en el artículo 233.20 del Código civil catalán, que establece que, en caso de otras residencias idóneas para satisfacer el interés prevalente del progenitor custodio y los hijos, el juez puede sustituir la atribución de la vivienda familiar por la de otra residencia más adecuada (también en cierta forma el artículo 81.1 del Código Foral aragonés)<sup>54</sup>. Sin duda el interés prevalente del menor es la suma de distintos factores que, tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores, y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, de lo que es corolario lógico y natural la guarda y custodia compartida, sino también

con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad emocional del menor, y que, a la postre va a condicionar el mantenimiento de un *status* sino similar al que disfrutaba hasta ese momento, y esto se consigue no solo con el hecho de mantenerlos en el mismo ambiente que, proporciona la vivienda familiar o en otra similar que, no tenga tal condición pero que cubra las necesidades de habitación del menor, sino también con dar una respuesta adecuada a los problemas económicos que, resultan de la separación o del divorcio y que, afectan directamente a los padres, para hacer frente tanto a los gastos que comporta una doble ubicación de los progenitores, como a los alimentos presentes y futuros. La situación del grupo familiar no es la misma antes o después de la separación o el divorcio, especialmente en las economías con menos recursos, donde los ingresos económicos se dividen, y, particularmente, tiene especial incidencia cuando uno de los cónyuges debe abandonar el domicilio o cuando se impide la normal disposición del patrimonio privativo —si tiene tal carácter la vivienda familiar— o del patrimonio ganancial —si por el contrario, tal vivienda tiene tal naturaleza—, impidiendo una cobertura económica mayor, no solo a favor de los hijos sino de los propios padres que, han contribuido a crear un patrimonio común afectado tras la separación por una situación real de incertidumbre. De ahí que, no se considere contrario a la norma del artículo 96.1 el que se pueda excepcionar su rigor en los casos señalados, o en algunos casos, interpretaciones temporales limitadoras, si está asegurada la necesidad habitacional del menor. En esta línea, ORDÁS ALONSO, acertadamente señala que, «el artículo 96.1 incorpora al ordenamiento jurídico español una mera presunción *iuris tantum*, que el interés más necesitado de protección es el interés del menor» por lo que estima que «es posible que a la luz de las circunstancias concurrentes, tal presunción ceda ante la prueba de la existencia de otro interés más necesitado de protección que el ordenamiento jurídico otorga». En síntesis, concluye «el interés de los hijos debe quedar subsumido dentro del interés familiar más necesitado de protección al que el artículo 103 del Código civil alude, de modo que es perfectamente posible, ponderando las circunstancias concurrentes, y respetando el derecho de los menores a una vivienda digna en que vivir, prescindir de la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos por tiempo indefinido, atribuir el uso de una segunda residencia, proceder a la venta del inmueble, etc.».<sup>55</sup> Una suerte de flexibilidad en la aplicación del artículo 96.1, que suaviza el rigor de la norma, la imperatividad en su adopción por parte de nuestro Alto Tribunal sin admitir interpretaciones limitadoras y, posibilita tener en cuenta otros intereses en juego, sin perder por ello el carácter preferente del uso de la vivienda que se atribuye al cónyuge custodio y siempre que, se cubran las necesidades habitacionales de los hijos menores<sup>56</sup>. En todo caso, la tesis mayoritaria es que el titular del derecho de uso es el cónyuge custodio y los hijos menores los beneficiarios<sup>57</sup>.

Ahora bien, el artículo 96.2 prevé la posibilidad de que la custodia de los hijos se reparta entre ambos cónyuges (custodia repartida), esto es, que la atribución del uso de la vivienda familiar cuando a cada progenitor se otorga la guarda y custodia de uno de los hijos. Si bien, el legislador no establece ningún criterio que, permita objetivamente atribuir el uso de la vivienda a uno u otro cónyuge, por lo que en este supuesto, por expresa previsión legal, la decisión queda encaminada al arbitrio judicial, esto es, al criterio razonable e imparcial del juez. El criterio del «interés más necesitado de protección» no se presume a favor de los hijos menores, sino que deberá acreditarse en cada caso, en cuanto no sirve

para resolver el conflicto. Así, se ha estimado como parámetros que, permitan la concesión del uso de la vivienda a un determinado grupo familiar, y resolver las posibles situaciones de conflicto que, se planteen, entre otros: la situación y las posibilidades económicas del grupo familiar, ya que resulta evidente que, el que tenga la situación más precaria, tendrá más dificultades para hacer frente a las necesidades de una vivienda; asimismo, el número de hijos que, integran cada uno de los grupos familiares; el estado de salud de los progenitores y, en su caso, el de los hijos; posibilidades de acceso a una vivienda por cada grupo familiar; y, en fin, la edad de los hijos<sup>58</sup>.

En este contexto, si no queda acreditado un interés especial de protección en ambos grupos familiares, es perfectamente factible que, si la vivienda familiar es privativa, se mantenga esta en poder y posesión del cónyuge titular, evitando la posibilidad de atribución del uso<sup>59</sup>. Por ende, si la vivienda es de titularidad común, el uso es compartido, por lo que se puede optar por no otorgar a ningún grupo familiar el uso de la vivienda<sup>60</sup>, o dividirla —si es posible su división material—<sup>61</sup>, o, simplemente atribuir el uso de forma temporal y rotatoria o forma alternativa a cada grupo familiar<sup>62</sup>.

Respecto a esta posibilidad que en la vivienda vivan hijos de relaciones diferentes —familias reconstruidas—. Señala la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de octubre de 2017<sup>63</sup> que «el artículo 96 del Código civil no contempla la situación familiar que deriva del interés de dos hijas de madres diferentes por mantenerse en la misma casa, que es además propiedad de los padres de uno de ellos, lo que pone en evidencia una vez más la necesidad de un cambio legislativo que, se adapte a estas nuevas realidades. La aplicación analógica que ha hecho la sentencia, incardinando la medida de uso en el párrafo 2.º y no en el 1.º del artículo 96 es correcta: solo en el caso de pluralidad de hijos y custodia dividida se concede normativamente al juez la decisión de atribuir el uso de la vivienda familiar a uno y otro progenitor en la que ha existido un convivencia estable». En esta línea, la sentencia del citado Alto Tribunal, de 14 de febrero de 2018<sup>64</sup> respecto de la que nos encontramos con que el recurrido tiene dos hijas menores de edad de una relación anterior, de las que ostenta la custodia exclusiva y al tiempo tiene un hijo con la ahora recurrente. Por tanto, no cabe una aplicación automática del artículo 96 del Código civil, a favor de la recurrente, pues si bien es cierto que, tiene un hijo en común con el Sr. Simón, también lo es que este tiene otras dos hijas menores bajo su custodia, unido a que la vivienda cuestionada es propiedad exclusiva del Sr. Simón y gravada con una hipoteca cuyo importe de amortización mensual asciende a 550 euros, por lo que, considerando igualmente que, los ingresos mensuales del demandado ascienden al importe aproximado de 1500 euros mensuales con prorrata de pagas extras, el uso de la vivienda le es imprescindible para garantizar el cuidado y la manutención de otras dos hijas menores a su cargo, habida de una anterior relación y sobre las que ejerce la custodia en exclusiva en virtud de sentencia judicial de fecha de 23 de noviembre de 2012. En definitiva, la convivencia del padre con las dos hijas menores también determina la procedente aplicación de la previsión contenida en el párrafo primero del artículo 96 del Código civil. En cuanto a la propuesta de «convivencia compartida» de la actora con las hijas del demandado, resulta absolutamente inviable, ya que, en primer término no mantiene relación de parentesco con estas menores que, pueda justificar, por su parte, el ejercicio ordinario de unas funciones de guarda que, le han sido atribuidas a su padre y sobre todo por el manifiesto deterioro de las relaciones personales de la actora con el demandado y sus dos hijas. En consecuencia, teniendo en consideración la

limitada capacidad económica del obligado al pago de los alimentos y las cargas familiares, se ha evaluado con ponderación y corrección cual es el interés más necesitado de protección, por lo que se atribuye al padre el uso de la vivienda.

En este contexto, respecto a la atribución del uso de la vivienda en caso de custodia compartida, hay que señalar que, el Código civil no introduce reglas especiales de atribución en caso de guarda y custodia compartida<sup>65</sup>, tampoco la Ley Foral navarra 3/2011, de 17 de marzo, regula esta cuestión. Las posibilidades, en consecuencia, son: a) Que los hijos permanezcan en la vivienda y sean los padres los que se desplacen en los períodos establecidos —conocido como vivienda-nido—. En este supuesto, la vivienda se atribuye a los hijos y al progenitor que, en cada momento los tenga en guarda y custodia<sup>66</sup>; b) Que sean los hijos los que cambien de domicilio. De forma que, para la atribución de la vivienda resulta lógico que, se atienda al interés del cónyuge más necesitado de protección, valorando entre otros factores que, disponga de otra vivienda el otro progenitor, apoyos familiares, situación económica de cada uno de los progenitores, estado de salud, etc. (art. 96.1 CC)<sup>67</sup>; o se atribuye de forma conjunta a ambos con un posible uso alternativo<sup>68</sup>; o, en caso de ser la vivienda ganancial o pertenecer a ambos cónyuges en propiedad común, o ser privativa de uno de los cónyuges o pertenecer a un tercero se aplica análogicamente lo previsto en el párrafo segundo del artículo 96 que, regula el supuesto ya analizado que existan varios hijos y unos queden bajo la custodia de un progenitor y otros en la del otro, resolviendo el juez lo que estime precedente. Si bien ello le obliga a una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, con especial atención a dos factores, en primer lugar, al interés más necesitado de protección que no es otro que aquel que permite compatibilizar los períodos de estancia de los hijos con sus dos padres; y, en segundo lugar, a si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos o pertenece a un tercero. En ambos casos, con la posibilidad de imponer una limitación temporal en la atribución del uso<sup>69</sup>; c) Que no se realice atribución a ninguno de los progenitores ni a los hijos<sup>70</sup>; o d) Se atribuye al cónyuge más necesitado de protección<sup>71</sup> con limitación temporal, en su caso. Tal temporalidad en la atribución es la regla general en la custodia compartida<sup>72</sup>. En todo caso, la falta de regulación en relación con esta medida y la guarda y custodia compartida contrasta con la existente en las legislaciones autonómicas que, incluso proponen una atribución temporal con posible prórroga<sup>73</sup>.

Ahora bien, la atribución del uso al hijo mayor de edad con capacidad sujeta a la patria potestad prorrogada o rehabilitada se opta por equipararlos en este aspecto a los menores de edad, porque su interés también resulta el más necesitado de protección, por lo que están incluidos en el artículo 96.1 del Código civil, que no distingue entre menores e incapacitados. Tal interpretación tiene su base legal en la necesidad de protección a los discapacitados acordada en la Convención Internacional de los Derechos de las personas con discapacidad y en la Ley 26/2011, de 1 de agosto<sup>74</sup>.

En cuanto al hijo mayor de edad discapacitado—con discapacidad reconocida—, a diferencia de lo que sucede con la prestación de alimentos que, se equiparan a los hijos menores de edad, en relación con la atribución del uso de la vivienda se excluye tal equiparación. Así, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de enero de 2017<sup>75</sup>, pues, no los considera como «interés más necesitado de protección».

#### IV. LA EXTINCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR: LA CONVIVENCIA MARITAL DEL USUARIO CON UN TERCERO

##### 1. CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL DERECHO DE USO EN GENERAL

Desde un punto de vista objetivo, la destrucción total o la ruina de la vivienda familiar puede dar lugar a la extinción del derecho de uso; si bien, cabe que no puede determinar proceda la misma si la destrucción es parcial y siempre que sirva a las necesidades habitacionales del cónyuge usuario y custodio y los hijos menores; si deja de ser apta para tal fin, tal circunstancia puede determinar la extinción del uso<sup>76</sup>. Desde un punto de vista subjetivo el fallecimiento del titular o beneficiario del uso puede, asimismo, implicar la extinción del uso por tratarse de un derecho personalísimo<sup>77</sup>.

Por otra parte, se ha planteado la posible limitación temporal del uso de la vivienda ante el riesgo que se corre de «expropiar» al propietario o copropietario de su uso o disponibilidad, sin que exista defensa para este<sup>78</sup>. Lo cierto es que, el artículo 96 del Código civil no establece la temporalidad del uso sobre la vivienda más que en el párrafo tercero cuando se trata de inexistencia de hijos (menores) y se atribuye la vivienda al cónyuge no titular<sup>79</sup>. Si bien, tal ausencia de mención en el párrafo primero del citado artículo 96, no permite pensar que el derecho de uso es indefinido, sino más bien que, no es precisa la fijación de un plazo de duración por el juez o por los cónyuges en el convenio regulador. En todo caso, la duración del derecho de uso está en función del estado de necesidad —interés más necesitado de protección— que, le ha servido de fundamento. Asimismo, este derecho de uso no se extingue al llegar los hijos a la mayoría de edad al poder subsistir el deber de alimentos, siendo la vivienda una de las partidas cubiertas por el mismo (art. 142 CC). Ello plantea la cuestión de si es posible limitar la duración del uso a un plazo determinado durante la minoría de edad de los hijos, o cuando estos alcanzan la mayoría de edad o en cualquier otra circunstancia. Sobre este particular se ha pronunciado el Tribunal Supremo, en sentencia de 14 de abril de 2011<sup>80</sup>, considerando que, cuando existen hijos menores conviviendo en el domicilio familiar no es posible establecer *a priori* ninguna limitación temporal. Asimismo, la sentencia de este mismo Tribunal de 16 de junio de 2014 señala que «*la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el juez, salvo lo establecido en el artículo 96 del Código civil*»<sup>81</sup>. Si bien, no faltan pronunciamientos a favor de la limitación temporal de la medida, fijando un plazo de duración concreto —uno, dos, tres, cinco años—<sup>82</sup>, o, simplemente, hasta la mayoría de edad de los hijos<sup>83</sup>, o cuando estos alcancen independencia económica<sup>84</sup>, o cumplan cierta edad<sup>85</sup>, e, incluso, se opta por fijar como criterio temporal la liquidación de la sociedad de gananciales<sup>86</sup> o la venta de la vivienda familiar; o, cuando al cónyuge usuario se le conceda o se le adjudique otra vivienda<sup>87</sup>, sobre el razonamiento que, la atribución preferente que, sanciona el artículo 96.1 del Código civil, no puede condicionar la indefinida privación al cónyuge no beneficiario del conjunto de las facultades dominicales que, en principio reconoce el artículo 348 del citado cuerpo legal, ya sea en orden a la ocupación futura de la vivienda, ya a los fines de lograr en un plazo razonable la efectiva, que no meramente formal o nominal, venta del patrimonio privativo o en su caso, de la venta o liquidación del patrimonio común de tener tal condición la vivienda familiar; o en fin, a la división de la

cosa común. También se puede establecer una limitación del uso durante un periodo concreto, transcurrido el cual se procede al uso alternativo de la vivienda hasta la liquidación de la sociedad de gananciales, la venta o la división de la cosa común<sup>88</sup>. De todas formas, como hemos señalado, respecto de los hijos mayores de edad, se suele optar mayoritariamente por su limitación temporal, si bien, se tiene en cuenta entre otros criterios, su independencia económica, su edad<sup>89</sup>. Asimismo, se opta por la temporalidad en el caso de hijos mayores de edad discapacitados<sup>90</sup> o de menores de edad en la modalidad de custodia compartida<sup>91</sup> pues, se entiende que, la limitación temporal del derecho de uso no es más que una manifestación de la naturaleza de este derecho y no puede prorrogarse de forma indefinida al entrar en colisión el derecho del beneficiario con los legítimos derechos dominicales que, corresponde al otro consorte sobre el inmueble —sea la titularidad exclusiva o compartida con su cónyuge—, no solo en cuanto a su eventual uso, sino también en lo relativo a su disposición; o, en fin, en caso de ausencia de hijos<sup>92</sup>. En todo caso, la temporalidad en el uso se aplica tanto en caso de vivienda privativa de uno de los cónyuges como en el caso de titularidad compartida, con el objeto de evitar que las facultades dominicales del cónyuge no beneficiario del derecho queden frustradas<sup>93</sup>.

Además de la temporalidad, otra causa de extinción del uso de la vivienda familiar puede derivar de la situación de precario en que se encuentra el cónyuge usuario. Así, puede darse el caso que, la vivienda sea propiedad de un tercero —habitualmente los progenitores del cónyuge no usuario, o de otra persona distinta—, por lo que salvo que se pruebe que la vivienda es ocupada por tolerancia o liberalidad de sus propietarios, ajenos al núcleo familiar, se entiende de forma mayoritaria que, estamos ante un supuesto de precario y en consecuencia, ostenta la condición de precaria el cónyuge al que se atribuye el uso. En estos casos, los propietarios pueden recuperar la vivienda mediante el ejercicio de la acción de desahucio por precario, al estar legitimados por la inexistencia de un contrato con el ocupante de la misma y, además, porque el derecho de uso no permite reconocer a quienes ocupan la vivienda una protección posesoria más vigorosa que la que corresponde al titular de la vivienda<sup>94</sup>. A tal fin, y para evitar un perjuicio para los hijos menores y en su interés, se puede atribuir judicialmente el uso de otra vivienda, siempre que esta sea adecuada y satisfaga las necesidades de habitación de los hijos<sup>95</sup>.

Asimismo, la división de la cosa común puede determinar o no la extinción del uso. Así, cabe plantearse diversas situaciones. Por un lado, si la vivienda pertenece en proindiviso a ambos cónyuges, subsiste el derecho de uso de la vivienda, aun cuando tal derecho no se haya inscrito en el Registro de la Propiedad, y aunque se venda la vivienda en pública subasta, salvo que tal uso se modifique por voluntad de los interesados o mediante resolución judicial en un procedimiento de modificación de medidas<sup>96</sup>. Por otro lado, si la cotitularidad de la vivienda la tiene el cónyuge no usuario con un tercero, o este con ambos cónyuges en estos casos, si el tercero extraño —cotitular de la vivienda— decide enajenar, gravar o ceder su cuota o ejercitar la acción de división de la cosa común extingue el derecho de uso, pues, aquel no ha sido parte en el procedimiento matrimonial y no resulta vinculado por lo que se decida en él. Lo cierto es que, no se le puede imponer un gravamen como el derecho de uso sin su consentimiento. En consecuencia, juega aquí la regla «resuelto el derecho del concedente, se resuelve el derecho del concedido»<sup>97</sup>. Ante la extinción del derecho de uso, deberá el cónyuge usuario instar un procedimiento de modificación de medidas que, determine la adopción de cualquier otra que, palie tal pérdida.

Ahora bien, si la titularidad es de un tercero con el cónyuge no usuario y este decide ejercitar la acción de división y venta de la vivienda familiar, debe ser calificado este acto de disposición y sujeto al régimen de consentimiento dual del artículo 96.4 del Código civil<sup>98</sup>. Si la cotitularidad es de un tercero y ambos cónyuges, y quien ejerce la acción de división es el cónyuge no usuario no resulta posible imponer el uso al adjudicatario, ni base para que opere el citado artículo 96.4 exigiendo el consentimiento del cónyuge usuario<sup>99</sup>. En fin, si la titularidad es de ambos cónyuges y el cónyuge no usuario ejerce la acción de división, si el cónyuge usuario se allana, y además ha consentido expresamente en convenio la cesación del uso en caso de venta de la vivienda, si esta se adjudica en subasta a un tercero, no cabe oponerle el derecho de uso<sup>100</sup>.

También puede tener lugar la extinción del uso por variación de la situación económica y patrimonial del cónyuge usuario<sup>101</sup>; por cambio de circunstancias de los hijos, por ejemplo, por un cambio en la guarda y custodia, atribuyéndose esta al cónyuge no usuario<sup>102</sup>, o porque los hijos alcancen la mayoría de edad e independencia económica<sup>103</sup>; o, en fin, por el no uso de la vivienda, esto es, deje de utilizarse para cubrir las necesidades de alojamiento de la familia, de lo que se deriva una falta de necesidad de ocupación<sup>104</sup>. Si bien esta situación de no uso ha de ser con carácter permanente, pues, no determina la extinción del derecho situaciones de no uso transitorias o puntuales<sup>105</sup>. Igualmente, la pérdida del carácter familiar, que puede tener lugar por el abandono de la misma al no necesitarla para cubrir las necesidades habitacionales de la familia, o cuando el cónyuge usuario y los hijos se trasladan a otra vivienda en la misma o distinta localidad<sup>106</sup>.

Por otra parte, el derecho de uso es inscribible como tal en el Registro de la Propiedad, por lo que tiene eficacia real. De forma que, si está inscrito en el Registro, subsiste el derecho de uso aunque se enajene la vivienda a un tercero<sup>107</sup>. Ahora bien, si no está inscrito, no es oponible frente a terceros de buena fe; de ahí que, el adquirente de la vivienda tiene preferencia sobre tal derecho de uso, por lo que este se extingue<sup>108</sup>. En caso de ejecución hipotecaria y siendo el uso de constitución posterior, queda el mismo sujeto a devenir del precedente derecho hipotecario —principio de purga registral— por lo que tal ejecución determina la extinción del derecho. También se declara la no oponibilidad de este derecho de uso al adjudicatario del bien en caso de enajenación en pública subasta, cuando siendo la vivienda privativa de uno de los cónyuges y previamente hipotecada, el otro acepta constituir en ella la vivienda familiar, sin que se pueda oponer al efecto que, la esposa no consintió la constitución de la hipoteca sobre la vivienda familiar, ya que se produjo en un momento en que no existía el matrimonio, ni siquiera convivencia y en el que por tanto, todavía no estaba constituida la vivienda familiar<sup>109</sup>.

En fin, nos queda por plantear que, sucede cuando tiene lugar el matrimonio o la convivencia marital del usuario con un tercero que, también disfruta del derecho de uso.

## 2. LA CONVIVENCIA MARITAL COMO CAUSA DE EXTINCIÓN DEL DERECHO DE USO. A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, PLENO DE LA SALA DE LO CIVIL, DE 20 DE NOVIEMBRE DE 2018

El convenio regulador es un auténtico negocio jurídico de derecho de familia, que tiene carácter contractual que ha de reunir para su validez los requisitos

estructurales establecidos por la ley con carácter general (art. 1261 CC), además del cumplimiento de las formalidades especiales exigidas por la ley con carácter *ad solemnitatem* o *ad substantiam* para determinados actos de disposición. Al suponer un ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes, de la autorregulación de sus intereses, tiene como límite la ley, la moral y el orden público (art. 1255 CC), de manera que, lo pactado por las partes en convenio será válido y vinculante siempre que no contravenga tales límites y, asimismo, como manifestación del libre ejercicio de la facultad de autorregulación de las relaciones privadas no está condicionado en su validez vinculante *inter partes* a la aprobación y homologación judicial<sup>110</sup>. En este contexto, puede formar parte del contenido del convenio cuestiones susceptibles de libre disposición como las relativas a medidas económicas o patrimoniales —pensión compensatoria, pensión de alimentos o atribución del uso de la vivienda—. Por lo que, respecto a esta última medida es posible en el marco de un convenio regulador se pueda acordar como causa de extinción del derecho de uso el ulterior matrimonio o la convivencia marital del cónyuge usuario con una tercera persona<sup>111</sup>. De no existir tal pacto, no resulta hasta ahora posible tal extinción pues, no se contiene expresamente como causa de extinción de la medida en el artículo 96 del Código civil y, por ende, a falta de pacto en tal sentido, no puede operar. Ahora bien, si no se ha pactado en convenio regulador que, el matrimonio o la convivencia marital del cónyuge usuario con una tercera persona determine la extinción de la atribución del uso de la vivienda, podría, por un lado, si se demuestra que, la presencia de nuevo compañero/a sentimental que, convive maritalmente con el cónyuge es perjudicial para los hijos menores, solicitar una modificación de la medida de guarda y custodia que, puede conllevar la pérdida de tal guarda y custodia por parte del progenitor custodio y su atribución al otro, y, por ende, determinar, asimismo, una modificación en la atribución del uso<sup>112</sup>; o, por otro, solicitarse tal extinción también a través de un proceso de modificación de medidas, al entender que, el núcleo familiar a cuyo favor se hizo la atribución del uso, ha quedado alterada en su composición, dando lugar a una nueva unidad familiar, generándose con ello una total desafectación de la vivienda familiar respecto del uso inicialmente pactado y, a favor la originaria unidad familiar monoparental —cónyuge custodio e hijos menores de edad—, siendo indiferente, al respecto que la vivienda pertenezca a ambos cónyuges o únicamente al cónyuge no usuario<sup>113</sup>. Ciertamente, el supuesto planteado no es infrecuente en la realidad social española, pues, producida la ruptura de un matrimonio o de una pareja y atribuida judicialmente el uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad y al progenitor custodio, este puede rehacer su vida y comenzar a convivir maritalmente con un tercero en el inmueble que, constituye la vivienda familiar. Consecuencia de ello, la familia monoparental constituida por el progenitor guardador o custodio y los hijos menores de edad confiados a su custodia o guarda forman un nuevo núcleo familiar o lo que se conoce como una nueva familia reconstituida, pues, en ocasiones también se incorporan a esta nueva familia los hijos del nuevo cónyuge o conviviente que este puede tener de una anterior relación, bien de forma permanente porque aquel tiene también atribuida la guarda y custodia, o bien, de forma ocasional, al tener solo un derecho de visitas —fines de semana o períodos vacacionales—; o, incluso, nace hijos de esta nueva relación. En estos casos, cabe plantear qué efectos puede tener sobre el derecho de uso atribuido la circunstancia sobrevenida que, el progenitor o cónyuge usuario y custodio conviva con una tercera persona, determinando una modificación de lo que constituía la familia sobre la que se

concretó el uso, con independencia que la vivienda familiar sea propiedad de ambos cónyuges o, que pertenezcan privativamente al cónyuge no custodio, a lo que se debe añadir el consiguiente aprovechamiento o beneficio por parte de ese tercero del uso de la vivienda, y además el hecho que, el cónyuge no usuario, en la mayoría de los casos, asume el pago de los gastos relativos a la propiedad o hipotecarios en exclusiva, además de los suyos propios, lo que le puede generar importantes problemas económicos, que pueda derivar, incluso, en una situación de penuria económica.

La doctrina y la jurisprudencia no tienen una respuesta unánime, hasta ahora hay que decir, y fruto de ello son las diferentes posturas existentes. Así, para una parte, se entiende que, la respuesta a esta situación es la extinción del derecho de uso por desaparición del núcleo familiar sobre el que se basó la atribución del uso de la vivienda y esta deja de tener el carácter familiar inicial sobre el que se fijó el derecho de uso<sup>114</sup>; para otra parte, en cambio, tal circunstancia sobrevenida no afecta a la medida de atribución del uso de la vivienda, pues, no altera o modifica la necesidad de vivienda de los hijos en cuyo interés se atribuyó el uso, por lo que la convivencia marital del titular del derecho de uso con un tercero en la vivienda familiar no puede suponer una modificación o extinción del derecho de uso<sup>115</sup>, lo que no impide que, tal nueva circunstancia convivencial permita, sin embargo, sustentar la modificación de otras medidas también de contenido económico como la pensión de alimentos a favor de los hijos o la pensión compensatoria del conviviente con un tercero<sup>116</sup>, o una compensación económica al cónyuge no usuario por tal convivencia marital<sup>117</sup>; o en fin, en este contexto, no faltan quienes entienden que, la situación creada se resuelve con la exigencia de una previa liquidación de la sociedad de gananciales en caso de vivienda ganancial, o la división del patrimonio común en caso que, la vivienda pertenezca a ambos cónyuges en *pro indiviso* (art. 400 CC).

De las tres opciones expuestas, nuestro Tribunal Supremo ha optado por la primera, en la sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil, de 20 de noviembre de 2018 pues, en la posible colisión de intereses como el del cónyuge titular o cotitular de la vivienda no usuario, el del cónyuge usuario que ha iniciado una nueva relación y sin obviar el interés superior de los hijos menores de edad que, conviven con el cónyuge usuario, ha considerado que el derecho de uso se extingue cuando este constituye un nuevo núcleo familiar con el tercero con el que convive y perdiendo por ello la vivienda el carácter familiar inicial que, determinó la fijación de tal medida, constituyendo ahora la convivencia marital causa de extinción del derecho de uso<sup>118</sup>.

Recordemos y así lo hemos reseñado que, ya en su momento manifestó este Alto Tribunal en la sentencia 33/2017 de 19 de enero que, por esta causa se puede reducir el importe de las pensiones alimenticias de los menores y asimismo, nuestro legislador ha previsto como causa de extinción de la pensión compensatoria la convivencia marital con otra persona del beneficiario de tal pensión (art. 101.1 CC). Sin embargo, no se ha pronunciado en ningún momento la Sala de lo Civil sobre la incidencia de esta circunstancia de convivencia marital en el asunto objeto que se trae a resolver, y, se puede decir hasta ahora. De todas formas, en el recurso de casación que, interpone el Ministerio Fiscal, este alegó, por un lado, la jurisprudencia invocada en la sentencia recurrida así las sentencias de 18 de noviembre de 2013 y 23 de enero de 2017, a lo que responde el Tribunal Supremo que, se parte de un supuesto fáctico diferente al enjuiciado, pues atiende al carácter no familiar de la vivienda o a no ser esta domicilio familiar, y, por otro, a la sentencia de 19 de enero de 2017, a lo que, asimismo,

responde el Alto Tribunal que, en esta sentencia no se planteaba sobre el efecto de la presencia de un tercero en el derecho de uso.

Pues bien, en este contexto y, en relación a la atribución del uso de la vivienda nuestro Tribunal Supremo se plantea entre otras cuestiones, si la convivencia estable de un tercero es causa de extinción del uso de la vivienda, para lo cual opta por dar una respuesta afirmativa. Así en esta sentencia del Pleno fija como doctrina jurisprudencial al respecto 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, aspecto que se examina, cambia el estatus del domicilio familiar. 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 es que esta libertad se utilice en perjuicio de otros, en este caso del progenitor no custodio. 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 que, en relación a lo que aquí se cuestiona, se deberán tener en cuenta, sin perder de vista ese interés de los hijos, que es el que sirvió de título de atribución del uso, al amparo del artículo 96 del Código civil». Ciertamente, aunque no se impide que, cualquiera de los cónyuges puedan reanudar su vida sentimental con nuevas parejas, esa nueva relación, si tiene lugar en el cónyuge usuario, no puede perjudicar el interés del otro copropietario de la vivienda que, no tiene el uso. Además, con este nuevo elemento, como es la convivencia marital con otra persona del cónyuge usuario determina la modificación de los criterios que sirvieron de base para la concreción de la medida —esto es que se ponderaron por el juez para su adopción— y por ende, la atribución del uso a favor del cónyuge usuario y custodio y a los hijos menores.

Por otra parte, esta Sala de lo Civil considera pertinente advertir una vez más sobre la insuficiencia del artículo 96 del Código civil para resolver este y otros problemas asociados al uso del domicilio familiar y la necesidad de una reforma de su contenido que se adapte a la nueva realidad social —la existencia de familias reconstituidas— y económica del país.

Ahora bien, no debemos olvidar que, tanto en la adopción como en su modificación o extinción de esta medida como en otras, entra en juego la necesidad de proteger a los hijos menores de edad y por tanto tener como criterio preferente el interés superior de aquellos. Precisamente, en relación con el interés superior de los hijos menores de edad, la sentencia del Tribunal Supremo 221/2011, de 1 de abril manifestó que: «la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el juez, salvo lo establecido en el artículo 96 del Código civil». De ahí que, se plantea nuestro Alto Tribunal si la extinción del uso vulnera el interés del menor y, por ende contradice el tenor literal del artículo 96.1. A tal fin afirma que: «Sin duda, el interés prevalente del menor es la suma de distintos factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, de lo que puede ser corolario lógico y natural la guarda y custodia compartida, sino también con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del niño, y que a la poste van a condicionar el mantenimiento de un *status* si no similar sí parecido al que disfrutaba hasta ese

momento —se pretende ocasionar el menor perjuicio a los menores que va a ser parte protagonista, quieran o no, en la ruptura conyugal de sus progenitores—. Esto se consigue 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 divorcio, para hacer frente tanto a los gastos que comporta una doble ubicación de los progenitores —gastos de hipoteca, derivados de la propiedad (impuestos, contribuciones)—, como a los alimentos presentes y futuros —pensión de alimentos—. Nadie duda que, la situación del grupo familiar no va a ser la misma antes que, después de la separación o divorcio, especialmente para aquellas economías familiares más débiles, esto es, con menos recursos, pues son las que más van a sufrir en su situación financiera lo que supone la separación o el divorcio. Particularmente, ello tiene especial manifestación cuando uno de los cónyuges debe abandonar el domicilio familiar con la consiguiente asunción de nuevos gastos relativos a procurarse una vivienda donde habitar, o cuando deja de ser operativa la disposición del patrimonio común por ambos cónyuges, lo que conlleva que la cobertura económica al dividirse, no sea tan mayor como constante matrimonio, lo que afecta no solo a los hijos, sino a los propios padres, pues el patrimonio común que se ha creado, queda afectado tras la separación a una situación de disminución cuantitativa y de real incertidumbre.

Ahora bien, cuando hay hijos comunes y se trata de conciliar los intereses de estos con los de aquel progenitor cotitular o titular único de la vivienda al que se priva del uso cuando se atribuye el uso de la vivienda al otro cónyuge, cotitular o no de la vivienda y que tiene la guarda y custodia de aquellos con carácter indefinido manifestamos en líneas precedentes, que pese a la reticencia en estos casos a la temporalidad de la medida, hay dos factores que eliminan el rigor de la norma cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges: uno, el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida, entendiendo que una cosa es el uso que se hace de 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. Otro, que el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios; solución que requiere que la vivienda alternativa sea idónea para satisfacer el interés prevalente del menor». Asimismo, «la remisión al interés del menor para valorar esta nueva situación exige tener en cuenta los cambios introducidos por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio. Con esta Ley se desarrolla y refuerza el derecho del menor a que su interés superior sea prioritario, algo que no es nuevo, si bien, teniendo en cuenta, entre otras cosas: a) Que este 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 derechos fundamentales 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 sobre cualquier otro que pudiera concurrir».

Por lo que, sobre tales premisas nuestro Alto Tribunal considera que, la solución dada por la Audiencia Provincial en su sentencia —que es objeto de recurso de casación—, no vulnera este interés superior del menor, ni contradice la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en la interpretación del artículo 96 del Código civil entre otras razones: «1. El derecho de uso de la vivienda familiar existe y deja de existir en función de las circunstancias que concurren en el caso. Se confiere y se mantiene en tanto que conserve este ca-

rácter familiar. La vivienda sobre la que se establece el uso no es otra que aquella en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia (sentencia 726/2013, de 19 de noviembre). En el presente caso, este carácter ha desaparecido, no porque la madre e hijos hayan dejado de vivir en ella, sino por la entrada de un tercero, supone que, la vivienda ha dejado de servir a los fines del matrimonio. Efectivamente, 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», como dice la sentencia recurrida. 2. La medida no priva a los menores de su derecho a una vivienda, ni cambia la custodia, que se mantiene en favor de su madre. La atribución del uso a los hijos menores y al progenitor custodio se produce para salvaguardar los derechos de aquellos. Pero 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 no tiene el carácter de domicilio familiar, puesto que dejó de servir a los fines que determinaron la atribución del uso en el momento de la ruptura matrimonial, más allá del tiempo necesario para liquidar la sociedad legal de gananciales existente entre ambos progenitores».

Por lo que, concluye el Alto Tribunal que, «el interés de los hijos no puede desvincularse absolutamente del de sus padres, cuando es posible conciliarlos. 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 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, y que en el caso se ve favorecida 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»<sup>119</sup>.

En este contexto, la vivienda sobre la que se establece el uso no es otra que la vivienda en la que convivía la familia constante matrimonio y como se indica en la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2013 resulta necesario que los menores se mantengan en el mismo ambiente habitacional y que, constituye vivienda familiar aquella en la que ha convivido la familia con una vocación de permanencia, como que, el interés que se protege no es el de la propiedad de los bienes, sino el derecho que tiene el menor en situación de crisis de pareja (sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2014). Pues, bien, este mismo Tribunal Supremo en esta resolución de 2018 parte para este supuesto de convivencia marital del cónyuge usuario y custodio con un tercero, de la perdida del inicial carácter familiar de la vivienda sobre el que se ha establecido la medida de atribución del uso —sustentado en el cónyuge custodio e hijos menores de edad—, entre otros motivos «por servir en su uso a una familia distinta y diferente». De forma que, entre los factores que determinaron la atribución inicial de la medida como era su carácter familiar ha dejado de ser operativo al constituirse un nuevo entorno familiar. Por otra parte, frente al rigor normativo y el carácter taxativo del artículo 96.1 que, solo admite interpretaciones restrictivas siendo el interés del menor el criterio determinante para la atribución del uso a los hijos menores y al cónyuge custodio, no es menos cierto que, de nuevo nuestro Tribunal Supremo, sin perder esa línea jurisprudencial rigorista y de automaticidad en la aplicación del citado artículo 96.1, sin embargo, admite dos factores que lo atenúan. A los efectos que, a nosotros interesa uno de ellos, es el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida y es claro que este caso ha perdido tal carácter como se ha señalado, por una variación de la inicial estructura familiar con la incorporación de un nuevo miembro. Se parte de un

concepto mutable de vivienda familiar, pues, se entiende que, aunque es aquella en la que la familia convivo constante matrimonio y determinó su atribución al cónyuge custodio e hijos, siendo estos beneficiarios directos, esa inicial atribución que descansa sobre una estructura familiar, cuando esta varía por las circunstancias de la convivencia de un tercero, da lugar a una variación en la medida del uso por también haberse modificado la base familiar que la sustentó. Es cierto que, se podría haber establecido otro criterio que rompa ese automatismo del artículo 96.1, sin embargo, se ha optado por tomar como base la familia existente constante matrimonio para la atribución de uso y asimilar con ello atribución de uso con esa «originaria» familia, dando lugar con ello al binomio vivienda familiar-familiar originaria. Por lo que, cuando se rompe tal binomio y, por ende esa asimilación no es posible por la existencia de un nuevo miembro extraño —o de más si este tiene también hijos menores que conviven con él—, ello determina la pérdida del concepto inicial de vivienda familiar sobre la que se adoptó la medida del uso —cónyuge custodio e hijos—, al modificarse cuantitativamente los elementos personales de la familia, ahora sirve también a una familia, que en su composición no viene a ser la misma que la familia originaria y usuaria; se está ante «otra estructura familiar» en la que parte de sus miembros son familia del cónyuge no usuario, y respecto de los que no han variado las demás obligaciones asumidas en la correspondiente sentencia de divorcio. De forma que, tal vivienda no puede servir de domicilio familiar a esta nueva familia «reconstituida». No obstante, en este supuesto, aunque no lo plantea directamente el Tribunal Supremo, nos parece conveniente señalar que, deben los hijos encontrar satisfechas sus necesidades de habitación a través de otros medios. Lo que exige al menos la existencia de una vivienda alternativa que sea adecuada para satisfacer el interés del menor —a tal fin la liquidación de la sociedad de gananciales posibilita que, sea la misma vivienda donde residen, si el cónyuge usuario adquiere la otra mitad o, si se vende, poder adquirir o alquilar otra—.

Enlazando con lo expuesto, aunque pueda pensarse que, esa medida de extinción del uso de la vivienda en caso de convivencia marital del cónyuge usuario y custodio con un tercero por pérdida de su carácter familiar perjudica a los menores al privarles de la que hasta ahora era su vivienda habitual, lo cierto es que, resulta una constante que, solo se considera que hay tal perjuicio, si los hijos menores carecen de otra alternativa habitacional que, cumpla con las mismas exigencias de la vivienda familiar. Ciertamente, aunque resulta difícil, se intenta conciliar por nuestro Alto Tribunal el interés superior de los hijos menores de edad con el interés del progenitor no custodio y no usuario de la vivienda al que se le priva de su uso y que, además, tiene que sufragar los gastos que genera la vivienda —entre otros la hipoteca y los impuestos que gravan la vivienda según consta en los hechos relatados por la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid—, a la vez que de nuevo se intenta «excepcionar» el rigor normativo del artículo 96.1. No hay duda que, el inicial carácter familiar de la vivienda que, determinó la adopción de la medida, descansa en la madre custodia y los hijos menores de edad que, junto con el otro progenitor cotitular de la vivienda y no usuario constituyen el núcleo familiar de referencia tanto constante matrimonio como tras la separación o divorcio, y, precisamente, este núcleo familiar que ha servido de base para confirmar la adopción de la medida del uso de la vivienda, se ha visto alterado o modificado por la existencia de una persona ajena a tal núcleo familiar que, convive con el progenitor custodio y usuario y es una constante jurisprudencial que, la alteración de las circunstancias que determinaron la adopción de una medida han de revestir los presupuestos siguientes: 1. Que haya existido

y se acredite debidamente una modificación o alteración de las circunstancias tenidas en cuenta para su adopción; 2. Que sea sustancial, de tal importancia que haga suponer que de haber existido tales circunstancias en el momento de la separación o el divorcio, se habrían adoptado medidas distintas, al menos en la cuantía si se trata de prestaciones económicas; 3. Que no sea esporádica ni transitoria, sino que presente los caracteres de estabilidad o de permanencia; y, 4. Que la alteración o modificación no haya sido provocada voluntariamente o de propósito para obtener una modificación de las medidas ya adoptadas y sustituidas por otras que resulten más beneficiosas para el solicitante, en esencia, debe tratarse de una alteración objetiva. Por tanto, la razón de ser del proceso de modificación es realizar un juicio comparativo entre dos momentos, el de la sentencia que fija las medidas y el de la demanda, en que se pide su modificación<sup>120</sup>. No cabe duda que, operando sobre los factores indicados, la convivencia marital del cónyuge usuario con otra persona, o su eventual matrimonio puede determinar una necesaria modificación o, por ende, una extinción de la medida por suponer un cambio sustancial de las circunstancias que, determinaron la inicial atribución de la vivienda, tal como sucede en el presente supuesto<sup>121</sup>. En todo caso, las necesidades de los hijos no varían ni el régimen de guarda y custodia fijado, por lo que, entre otras, se ha de seguir garantizando sus necesidades habitacionales con una vivienda, si es posible, de similares características. Asimismo, se mantiene la prestación alimenticia a los hijos, pues, no se reduce y, se ofrece 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. Hasta que no tenga lugar tal liquidación, y aun después de tal operación, reiteramos de nuevo, se han de garantizar las necesidades habitacionales de los hijos menores de edad, pues, en el primer caso se mantienen en la vivienda hasta que se practiquen las operaciones liquidatorias de la sociedad conyugal y en el segundo caso, con la adquisición o alquiler de una nueva vivienda que, satisfaga tales necesidades habitacionales de los hijos menores de edad. En esta adquisición de la nueva vivienda puede participar el tercero conviviente o nuevo cónyuge, pues, en esta vivienda se va a desarrollar el nuevo núcleo familiar. Con ello se adapta el artículo 96 del Código civil a las nuevas situaciones familiares, lo que se conoce como familias reconstituidas y también se da solución a la situación de «una suerte de expropiación» de la vivienda familiar al cónyuge no usuario, que puede ser cotitular —como en este caso— o propietario único de la vivienda familiar y se le priva de su uso, a la par que se concilia tal interés con el interés superior de los hijos menores de edad. Esta nueva necesidad habitacional que se ha de proporcionar a los menores, no se descarta que pudiera quizás derivar en una modificación de la pensión de alimentos mediante la exigencia de un aumento de su cuantía, siempre que se pruebe por el cónyuge custodio la necesidad, a la par que una variación esencial de las circunstancias iniciales, todo ello unido al hecho que, la cobertura de las necesidades habitacionales de los hijos menores de edad son uno de los deberes integrantes de la patria potestad y corresponde a ambos.

Lo cierto es que, desde nuestro Tribunal Supremo y con apoyo en lo fijado como doctrina jurisprudencial en la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, lo que se considera justo y equitativo para todos los actores —hijos menores, cónyuge usuario y cónyuge cotitular no usuario—, ante la entrada de una tercera persona en el ámbito sentimental de la esposa —titular del derecho de uso— y

materialmente en lo que es la vivienda familiar es que, ante el hecho de perder por ello la vivienda su antigua naturaleza familiar identificada en lo que representa la madre y los hijos menores y servir ahora el uso a otra familia diferente —familia reconstituida—, se proceda a la extinción del uso, con la consiguiente liquidación de la sociedad de gananciales a la que pertenece la vivienda y que el nuevo núcleo familiar se instale en una nueva vivienda o inmueble diferente en la que desarrolle su vida familiar. Nueva vivienda con la que el cotitular no usuario de la primera vivienda no tiene ninguna obligación ni vinculación. Si bien, con el objeto de proteger el interés superior de los menores no se priva a estos y al cónyuge custodio de forma inmediata de la vivienda, pues, previamente se ha de proceder en este caso a la liquidación de la sociedad de gananciales, por lo que el uso se mantendrá en tanto no tenga lugar tal operación liquidatoria, esto es, hasta la sentencia de liquidación de la sociedad de gananciales y posterior adjudicación de bienes, por lo que la efectividad de la extinción del uso se aplaza a tal momento, sin perjuicio de la necesidad de garantizar una vivienda que, cubra las exigencias habitacionales de los hijos menores<sup>122</sup>. No parece descartable, la exigencia conjunta de la extinción del uso y la liquidación de la sociedad de gananciales<sup>123</sup>. En todo caso, el Tribunal Supremo ya ha fijado como momento temporal para la extinción del uso, la liquidación de la sociedad de gananciales sobre todo cuando hay hijos mayores de edad. Y, lo ha hecho al confirmar el pronunciamiento de la Audiencia Provincial en la que se dispuso que, la efectividad de la extinción del uso tendría lugar en el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales. Un procedimiento liquidatorio que, podría demorarse en el tiempo, siendo contencioso<sup>124</sup>. De todas formas, en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal de 16 de marzo de 2018 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<sup>125</sup>. Se podría haber establecido otro momento temporal, pero no lo ha hecho el Tribunal Supremo.

En este contexto, el derecho de uso de la vivienda familiar se atribuye, se mantiene o se modifica atendiendo a las circunstancias que concurren en cada caso, que, pueden suponer una variación de las que sirvieron inicialmente para su atribución, lo que determina una eventual modificación de la medida, como es que se haya perdido el carácter familiar por la existencia de un nuevo núcleo familiar distinto al inicial sobre cuya existencia se determinó la medida. Por lo que, se mantiene y se conserva el uso inicialmente establecido en tanto se mantenga o conserve el carácter familiar de la vivienda.

En cuanto al interés superior del menor ha de valorarse en correlación con los derechos de otras personas que pueden verse afectados —el progenitor no custodio y no usuario— y deben intentarse respetar todos los intereses legítimos concurrentes, y de no ser posible, ha de primar el interés del menor sobre cualquier otro. En todo caso, no se extingue el uso, en tanto no se liquida la sociedad de gananciales. Asimismo, resulta una exigencia necesaria que, los menores tengan resueltas sus necesidades habitacionales con la asignación de otra vivienda, distinta de la familiar que, sirva de igual forma o similar para satisfacer aquellas; lo que puede tener lugar tras la liquidación de la sociedad de gananciales con la adjudicación de la propia vivienda familiar al cónyuge custodio.

Otro de los intereses en juego en este supuesto, es el del cónyuge custodio y usuario al que, como se ha señalado por nuestro Tribunal Supremo, con esta medida de extinción del uso no se afecta a su dignidad como persona o al libre desarrollo de su personalidad, pues, puede tener relaciones de pareja con quien estime oportuno, pues, en este supuesto se opera en un contexto patrimonial y

no personal, pues, 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. Ahora bien, la convivencia de un tercero en la vivienda familiar dice el Tribunal Supremo ha de ser «una manifiesta relación estable de pareja», por lo que con ello se exige una cierta convivencia estable y permanente en la vivienda familiar, no una relación esporádica —de fines de semana— y además existente en el tiempo presente, esto es, debe tener existencia real en el momento en que se cuestiona la medida de la atribución del uso<sup>126</sup>. Por tanto, la extinción del uso tendrá lugar si se constata tal situación sentimental.

En todo caso, se opera sobre la cotitularidad de la vivienda familiar y la posibilidad de adquisición de la vivienda por el cónyuge usuario o, ante una venta de la misma, la posibilidad de obtener medios con los que poder adquirir otra vivienda.

En este supuesto, el Tribunal Supremo actúa sobre la atribución del uso de una vivienda ganancial; de ser la vivienda propiedad exclusiva del cónyuge no usuario no habría que liquidar la sociedad de gananciales, por la que la extinción del uso, en principio, operaría de forma automática<sup>127</sup>. De todas formas, en algunas legislaciones autonómicas se establece que, excepcionalmente y aunque existan hijos menores de edad, la autoridad judicial puede atribuir el uso de la vivienda familiar al que no tiene la guarda si es el más necesitado de protección y el cónyuge a quien corresponde la guarda tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos. Si bien, solo en este caso, pues, su operatividad se supedita a que se garantice una vivienda adecuada que cubra las necesidades de los hijos menores (art. 233-20.4 CC catalán y art. 12.3 de la Ley 7/2015).

En este contexto, no parece que, genere controversia y, por tanto, será fácilmente admisible que, tal extinción del uso por convivencia marital del cónyuge usuario al que se le atribuyó por ser el más necesitado de protección (art. 96.3) ante la inexistencia de hijos menores de edad, tenga lugar, tanto si la vivienda pertenece en cotitularidad a ambos 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<sup>128</sup>.

Ahora bien, si no es posible extinguir el uso, se ha planteado la posibilidad de una compensación por el uso de la vivienda al cónyuge usuario<sup>129</sup>, u operar sobre otra medida como la pensión de alimentos, solicitando su reducción. Esta forma de proceder fue la de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valladolid, número 3, de 17 de abril de 2017, objeto de recurso de apelación, en la que se mantiene la atribución del uso y disfrute del domicilio familiar y se acuerda modificar el importe de la pensión alimenticia que el padre abona a sus hijos, reduciéndose de 500 euros mensuales que se estipuló en la sentencia de divorcio a 400 euros mensuales —doscientos euros mensuales por cada hijo, actualizables anualmente conforme lo establecido en la sentencia de divorcio—.

No obstante, se constata por nuestro Tribunal Supremo y es un clamor en la doctrina la insuficiencia de la redacción del artículo 96 del Código civil para resolver este y otros problemas relacionados con la vivienda familiar y con la medida de atribución del uso, lo que exige una necesaria reforma<sup>130</sup>. Se podría operar como en el Código civil catalán poniendo el énfasis en la necesidad de valorar las circunstancias del caso concreto, y excluir de la atribución del uso de la vivienda familiar a quien siendo beneficiario, tiene medios suficientes para cubrir las necesidades de sus hijos.

De lo que no cabe duda es que, esta nueva línea jurisprudencial sienta doctrina y por ende, jurisprudencia, pues, se trata de una sentencia del Pleno, lo

que vinculará en su proceder a la jurisprudencia menor y, además va a conllevar un incremento notable del trabajo que desarrollan los despachos de abogados de familia y, por ende, detectives privados, precisamente, contratados para la búsqueda de pruebas que demuestren una convivencia marital del cónyuge usuario con una tercera persona. En la otra cara de la moneda 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 quizás conlleve como consecuencia adicional la ruptura de muchas parejas ante la nueva situación generada.

En fin, aunque la sentencia del Tribunal Supremo solo se refiere a la convivencia marital con un tercero, se puede, a nuestro entender, extender al matrimonio con un tercero del cónyuge usuario, por eso a lo largo de nuestra exposición hemos también aludido a este supuesto.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- CÁRCABA FERNÁNDEZ, M. (1987). La protección de la vivienda y el mobiliario familiar en el artículo 1320 del Código civil, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXIII, núm. 581, julio-agosto.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (2012). Atribución de la vivienda familiar en las parejas de hecho tras su ruptura: ¿Siempre en precario? ¿Siempre sin aplicar el artículo 96 del Código civil?. Comentario a la sentencia del TS de 6 de octubre de 2011, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 28, enero-junio.
- CERVILLA GARZÓN, M.<sup>a</sup> D. (2005). *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Madrid: Marcial Pons.
- (2017). Naturaleza jurídica del uso de la vivienda familiar y su eficacia frente a terceros. Su estudio desde la doctrina. En: G. Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.), *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*, Madrid: Reus.
- CUENA CASAS, M. (2014). Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario, *Revista de Derecho Civil*, vol. I, número 2, abril-junio.
- (2017). El régimen jurídico de la vivienda familiar. En: M. Yzquierdo Tosalda y M. Cuena Casas (coords.), *Tratado de Derecho de Familia*, vol. III, 2.<sup>a</sup> ed., Navarra: Aranzadi Thomson Reuters.
- (2018). La doctrina del TS sobre la extinción del derecho de uso de la vivienda familiar por convivencia marital con un tercero ¿Justicia a costa de la legalidad?, *Blog Hay Derecho*, 9 de diciembre, 1-12.
- DE LA PUENTE ALFARO, F. (2006). La protección de la vivienda familiar durante el matrimonio y tras su disolución, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXXXII, noviembre-diciembre, número 698.
- (2006). La protección de la vivienda familiar durante el matrimonio y tras su disolución, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXXXII, núm. 698, noviembre-diciembre.
- DÍEZ-PICAZO, L. (1961). La situación jurídica del matrimonio separado, *Revista de Derecho Notarial*, enero-marzo.
- ELORRIAGA DE BONIS, F. (1995). *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, Pamplona: Aranzadi.
- ERDOZÁIN LÓPEZ, J.C. (1997). La disposición de derechos sobre la vivienda habitual según la reciente jurisprudencia, *Aranzadi Civil*.

- GARCÍA CANTERO, G. (1986). Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español, *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona.
- GARCÍA-MAURIÑO, S., y DEL CARPIO FIESTAS, V. (1994). Atribución del uso de la vivienda familiar y «actio communi dividundo», *Actualidad Civil*, núm. 5, 31 de enero-6 de febrero.
- GARCÍA MAYO, M. (2019). Extinción del derecho de uso de la vivienda familiar por la convivencia marital con un tercero: ¿y el interés del menor?, *Actualidad Civil*, número 2, febrero.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M.<sup>a</sup> C. (1984). Comentario al artículo 70 del Código civil, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. 1.<sup>o</sup>, Madrid: Tecnos, Madrid.
- LACRUZ BERDEJO, J.L., et al. (2010). *Elementos de Derecho Civil*, T. IV Familia, 4.<sup>a</sup> edición revisada y puesta al día por J. Rams Albesa, Madrid: Dykinson.
- MANZANO FERNÁNDEZ, M.<sup>a</sup> del M. (1999). *El uso de los inmuebles en el Derecho Civil moderno*, Madrid: Centro de Estudios Registrales.
- MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T. (2009). Problemas que genera la actual regulación de la guarda y custodia compartida en el proceso contencioso, *La Ley*, núm. 7105, año XXX, 2 de febrero.
- MARTÍN MELÉNDEZ, M.<sup>a</sup> T. (2005). Reflexiones en torno a la naturaleza del uso de la vivienda familiar atribuido en sentencia de nulidad, separación o divorcio y sus consecuencias, en especial, respecto a los actos de disposición, *Actualidad Civil*, número 19, primera quincena noviembre.
- (2005). *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (arts. 96.1, 2 y 3 CC)*, Navarra: Thomson Civitas.
- MÉNDEZ TOJO, R. (2019). 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*, número 1, enero.
- MURCIA QUINTANA, E. (2002). *Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar (art. 1320 CC)*, Madrid: Civitas.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (1986). El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales, *Actualidad Civil-I*.
- ORDÁS ALONSO, M. (2018). *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de circunstancias concurrentes*, Barcelona: Bosch.
- (2019). El matrimonio o convivencia marital con un tercero extingue el derecho de uso de la vivienda familiar. Un halo de esperanza, *Diario La Ley*, núm. 9332, 8 de enero.
- PÉREZ MARTÍN, A.J. (2019). Luces y sombras tras la STS de 20 de noviembre de 2018 que, extingue el uso de la vivienda por convivencia del progenitor custodio con un tercero, *Revista de Derecho de Familia*, número 82, enero-marzo.
- RAMS ALBESA, J. (1987). *Uso, habitación y vivienda familiar*, Madrid: Tecnos.
- SALAS CARCELLER, A. (2019). La introducción de otra persona en el domicilio familiar y sus consecuencias respecto del derecho de uso atribuido en juicio de divorcio, *Revista Aranzadi Doctrinal*, número 1, enero.
- SALAZAR BORT, S. (2001). *La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales. Amplio estudio jurisprudencial*, Pamplona: Aranzadi.
- SERRANO ALONSO, E. (1986). La vivienda familiar en la liquidación del régimen económico del matrimonio y en el Derecho sucesorio, *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra.

VERDERA IZQUIERDO, B. (2017). La atribución del uso de otras residencias distintas de la familiar. Las segundas residencias, *Revista de Derecho de Familia*, número 74, enero-marzo.

## VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS, Sala de lo Civil, 20 de mayo de 1993.
- STS, Sala de lo Civil, 31 de diciembre de 1997.
- STS, Sala de lo Civil, 10 de marzo de 1998.
- STS, Sala de lo Civil, 27 de marzo de 2001.
- STS, Sala de lo Civil, 30 de octubre de 2008.
- STS, Sala de lo Civil, 14 de abril de 2011.
- STS, Sala de lo Civil, 27 de junio de 2011.
- STS, Sala de lo Civil, 30 de septiembre de 2011.
- STS, Sala de lo Civil, 26 de abril de 2012.
- STS, Sala de lo Civil, 3 de mayo de 2012.
- STS, Sala de lo Civil, 9 de mayo de 2012.
- STS, Sala de lo Civil, 15 de marzo de 2013.
- STS, Sala de lo Civil, 19 de noviembre de 2013.
- STS, Sala de lo Civil, 16 de junio de 2014.
- STS, Sala de lo Civil, 14 de octubre de 2014.
- STS, Sala de lo Civil, 16 de enero de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, 18 de mayo de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, 26 de abril de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 17 de enero de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, 19 de enero de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, 22 de enero de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, 8 de marzo de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, 27 de septiembre de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, 20 de febrero de 2018.
- STS, Sala de lo Civil, 9 de mayo de 2018.
- STS, Pleno Sala de lo Civil, 18 de julio de 2018.
- STS, Sala de lo Civil, 7 de noviembre de 2018.
- STS, Pleno Sala de lo Civil, 20 de noviembre de 2018.
- STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.<sup>a</sup>, 3 de febrero de 2014.
- STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.<sup>a</sup>, 28 de enero de 2016.
- STSJ de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.<sup>a</sup>, 16 de marzo de 2018.
- RDGRN de 19 de septiembre de 2007.
- RDGRN de 18 de noviembre de 2009.
- SAP de Barcelona, secc. 12.<sup>a</sup>, 3 de marzo de 2003.
- SAP de Vizcaya, secc. 4.<sup>a</sup>, 30 de abril de 2004.
- SAP de Valencia, secc. 10.<sup>a</sup>, 5 de octubre de 2005.
- SAP de Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, 15 de junio de 2006.
- SAP de Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, 31 de mayo de 2007.
- SAP de Murcia, secc. 4.<sup>a</sup>, 18 de febrero de 2010.
- SAP de Córdoba, secc. 2.<sup>a</sup>, 2 de marzo de 2012.
- SAP de A Coruña, secc. 3.<sup>a</sup>, 23 de julio de 2014.
- SAP de Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, 10 de abril de 2015.
- SAP de Las Palmas, secc. 3.<sup>a</sup>, 10 de julio de 2015.
- SAP de Pontevedra, secc. 1.<sup>a</sup>, 3 de mayo de 2016.

- SAP de Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, 4 de abril de 2016.
- SAP de Cádiz, secc. 5.<sup>a</sup>, 5 de abril de 2017.
- SAP de Islas Baleares, secc. 4.<sup>a</sup>, 18 de julio de 2017.
- SAP de Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, 12 de junio de 2018.

## NOTAS

<sup>1</sup> SERRANO ALONSO, E. (1986). La vivienda familiar en la liquidación del régimen económico del matrimonio y en el Derecho sucesorio, *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1986, 87 y 90; GARCÍA CANTERO G. (1986). Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español, *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona 1986, 70-71.

*Vid.*, asimismo, la STS, Sala de lo Civil, 31 de diciembre de 1994 (*RJ* 19994, 1030) estima que es «un bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asiente, quien quiera que sea el propietario»; las SAP de Valencia, 30 de septiembre de 1996 (*AC* 1996, 1537); SAP de Barcelona, secc. 12.<sup>a</sup>, 8 de septiembre de 1997 (*AC* 1997, 1914); y, 23 de abril de 1998 (*AC* 1998, 4537); SAP de Las Palmas, secc. 1.<sup>a</sup>, 2 de marzo de 1999 (*AC* 1999, 4917); y, 25 de septiembre de 2003 (*JUR* 2004, 25749); y, SAP de Asturias, 24 de noviembre de 2003 (*JUR* 2003, 277780) también califican la vivienda familiar como un bien familiar no patrimonial, adscrito al servicio del grupo familiar o ente pluripersonal que en ella se asienta, quien quiera que sea el propietario.

<sup>2</sup> *RJ* 1996, 9020. La SAP de Ciudad Real, secc. 2.<sup>a</sup>, 30 de diciembre de 1995 (*AC* 1995, 2306) precisa que, el concepto jurídico de vivienda familiar viene definido «por la utilización conjunta, permanente y habitual que los miembros de una familia hacen de aquella y donde priman los intereses de la familia, como entidad propia, frente a los particulares de uno de los cónyuges; y, la SAP de Las Palmas, secc. 3.<sup>a</sup>, 28 de septiembre de 2007 (*JUR* 2007, 353384) señala que «la vivienda familiar se corresponde con el espacio físico, generalmente cerrado, que es ocupado por los componentes de una pareja, y, en su caso, por sus descendientes más próximos (hijos), y que a su vez constituye el núcleo básico de la convivencia, es decir, el lugar donde se desarrollan habitualmente los quehaceres cotidianos más íntimos. Tal espacio puede tener diferente forma (vivienda unifamiliar, piso que forma parte de un edificio, dependencias dentro de una casa, etc.), puede situarse en el ámbito rural o urbano, y puede incluso ser compartido con otras personas (parientes o no), o familia, pero lo que le caracteriza y diferencia de otros es que simboliza y encarna uno de los aspectos de la vida máspreciados por el ser humano, cuál es su intimidad personal y familiar».

<sup>3</sup> GETE-ALONSO Y CALERA, M.<sup>a</sup> C. (1984) Comentario al artículo 70 del Código civil, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia, vol. 1.<sup>o</sup>*, Madrid: Tecnos, 349. Para SANTOS BRIZ, J. (1986). Criterios judiciales en la adjudicación del uso de la vivienda y ajuar familiares. Su aplicación en los distintos supuestos procesales, *Hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales*, Pamplona: Universidad de Navarra, 211 domicilio conyugal y vivienda familiar son términos sinónimos; sin embargo, para ORDÁS ALONSO, M. (2018). *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, Barcelona: Bosch, 87-88, no lo son. Por un lado «porque es posible la existencia de familia sin matrimonio previo entre los progenitores; y por otro, porque, si hay hijos, la familia es una realidad más amplia que la de meros cónyuges: por último, porque también es vivienda familiar, la habitada por familias monoparentales».

<sup>4</sup> *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 19 de noviembre de 2013 (*RJ* 2013, 7447).

<sup>5</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L., et al. (2010). *Elementos derecho Civil*, T.IV Familia, 4.<sup>a</sup> edición revisada y puesta al día por J. Rams Albesa, Madrid: Dykinson, 128 precisa que, por familia ha de entenderse aquí, incluso el matrimonio sin hijos. No, en cambio, el viudo con hijos.

<sup>6</sup> *Vid.*, ELORRIAGA DE BONIS, F. (1995). *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, Pamplona: Aranzadi, 45 y 226; CUENA CASAS, M (2017). El régimen jurídico de la vivienda familiar. En: M. Yzquierdo Tosalda y M. Cuenca Casas (coords.), *Tratado derecho de*

*Familia*, vol. III, 2.<sup>a</sup> ed., Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, 303; ERDOZÁIN LÓPEZ, J.C. (1997). La disposición derechos sobre la vivienda habitual según la reciente jurisprudencia, *Aranzadi Civil*, 81; por su parte, CÁRCABA FERNÁNDEZ, M. (1987). La protección de la vivienda y el mobiliario familiar en el artículo 1320 del Código civil, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXIII, núm. 581, julio-agosto, 1439-1440 y nota 20 «considera conveniente otorgar protección semejante a la del artículo 1320 del Código civil a las uniones de hecho estables, pero desde luego considera fuera de dudas que deberá hacerse a través de preceptos específicos reguladores de las mismas, sin que quepa la aplicación análoga de una norma matrimonial». Asimismo, *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 4 de abril de 1997 (*RJ* 1997, 2731); (Pleno) 12 de septiembre de 2005 (*RJ* 2005, 7148); 30 de octubre de 2008 (*RJ* 2009, 404); y, 6 de octubre de 2011 (*RJ* 2011, 6708) en las que se niega que la unión de hecho sea semejante a la matrimonial, y que por ello le sean aplicable por analogía los artículos 96 y siguientes del Código civil para el caso de ruptura de pareja. En particular se niega que, el artículo 96 resulte aplicable como pretensión del *ex miembro* de la pareja no titular del inmueble para permanecer en él tras la crisis de la convivencia, entendiendo que la permanencia en aquél inmueble debe considerarse en precario, y por tanto, desahuciable.

<sup>7</sup> CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (2012). Atribución de la vivienda familiar en las parejas de hecho tras su ruptura: ¿Siempre en precario? ¿Siempre sin aplicar el artículo 96 del Código civil? Comentario a la sentencia del TS de 6 de octubre de 2011, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 28, enero-junio, 607. *Vid.*, asimismo, las SSTS, Sala de lo Civil, 16 de diciembre de 1996 (*RJ* 1996, 9020); 1 de abril de 2011 (*RJ* 2011, 3139); 31 de mayo de 2012 (LA LEY 72585/2012); 16 de enero de 2015 (*RJ* 2015, 355); y, 22 de febrero de 2017 (*RJ* 2017, 1079); la STSJ de Navarra, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.<sup>a</sup>, 8 de noviembre de 2006 (*RJ* 2007, 1666); y, las SAP de Álava, secc. 1.<sup>a</sup>, 8 de marzo de 2001 (*AC* 2001, 785); y, SAP Pontevedra, secc. 1.<sup>a</sup>, 3 de mayo de 2016 (*JUR* 2016, 105791).

<sup>8</sup> *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, secc. 1.<sup>a</sup>, 12 de septiembre de 2005 (*RJ* 2005, 7148); y, 30 de octubre de 2008 (*RJ* 2009, 404).

Por su parte, las SSTS, Sala de lo Civil, 5 de julio de 2001 (*RJ* 2001, 4993); y, 16 de julio de 2002 (*RJ* 2002, 6246) aplican también por *analogía legis* el artículo 97 del Código civil sobre pensión compensatoria.

<sup>9</sup> *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 27 de marzo de 2001 (*RJ* 2001, 4770); 12 de septiembre de 2005 (*RJ* 2005, 7148); 8 de mayo de 2008 (*RJ* 2008, 3345); y, 30 de octubre de 2008 (*RJ* 2009, 404). Asimismo, *Vid.*, la SAP de Madrid, secc. 19.<sup>a</sup>, 24 de abril de 1998 (*AC* 1998, 5078).

Por su parte, la STS, Sala de lo Civil, 10 de marzo de 1998 (*RJ* 1998, 1272) descarta el recurso a la *analogía legis* del artículo 96 del Código civil para un caso de ruptura de parejas de hecho sin hijos comunes. Si bien, señala que, hay una laguna legal que colmar, y, en lugar de a la analogía, recurre al sistema de fuentes, en concreto a la función integradora de los principios generales del derecho para así atribuir el uso de la vivienda con fundamento en el principio de protección del conviviente injustamente perjudicado por la situación de hecho.

<sup>10</sup> Medida contemplada en el artículo 12.7 de la Ley 7/2015, de 30 de junio de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores del País Vasco; y, también se contempla en el artículo 6.1 de la Ley 5/2011, de 1 de abril de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven valenciana declarada inconstitucional.

La cuantía de la compensación podrá fijarse atendiendo al importe de la renta media de arrendamientos de un inmueble de iguales o similares características en la misma zona. OLIVA BLAZQUEZ, F. (2017). Atribución del uso de la vivienda familiar y compensación económica: escenarios y propuesta de reforma, en: G. Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.), *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*, Madrid: Reus 326 señala que, si la vivienda es propiedad de ambos el importe a pagar será la mitad del valor especificado en ella. *Vid.*, asimismo, la SAP Valencia, secc. 10.<sup>a</sup>, 9 de diciembre de 2014 (*JUR* 2015, 96730) se acuerda una compensación.

<sup>11</sup> *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 19 de enero de 2017 (*RJ* 2017, 754) integración de la vivienda en el concepto de alimentos. En este caso, la presencia de un tercero en la vivienda familiar cuyo uso fue asignado a la esposa e hijos menores no se plantea desde la medida del uso sino desde la prestación alimenticia. Así se indica al respecto que «el juicio de proporcionalidad en cuanto al caudal o medios del alimentante y las necesidades del alimentista se

ha aplicado correctamente en función de los datos que se tuvieron en cuenta en el momento de los alimentos, como son la contribución de ambos cónyuges a los gastos de la vivienda y el coste de una empleada de hogar lo que, a juicio de la Audiencia, son gastos de los que se beneficia la nueva familia en perjuicio del alimentante y que motiva que la obligación de pago deba reducirse en razón de la entrada en escena de un tercero que necesariamente debe contribuir a estos gastos, estando como está integrada en el concepto de alimentos». Asimismo, la STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.<sup>a</sup>, 28 de enero de 2016 (*RJ* 2016, 2048); y, SAP de Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, 16 de mayo de 2014 (*JUR* 2014, 167549).

En esta línea, ORDÁS ALONSO, M. (2018). *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, *op. cit.*, 64-65 para quien no cabe duda que «si el progenitor no custodio proporciona a sus hijos alojamiento, esta prestación *in natura* debe ser computada como atribución alimenticia en especie y, en consecuencia, ser tenida en cuenta a la hora de fijar la cuantía de la pensión en cuantía inferior a la que correspondería si no existiera dicha atribución del uso de la vivienda».

<sup>12</sup> *Vid.*, CERVILLA GARZÓN, M.<sup>a</sup> D. (2017). *Naturaleza jurídica del uso de la vivienda familiar y eficacia frente a terceros. Su estudio desde la doctrina*. En: G. Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.), *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*, Madrid: Reus, 25. Asimismo, *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 15 de octubre de 2018 (*RJ* 2018, 4424) importe de la pensión compensatoria que, ha sido sustituida por la adjudicación del uso y disfrute del domicilio conyugal durante dos años contados desde la sentencia de primera instancia, transcurridos los cuales, la vivienda queda para el uso y disfrute del esposo propietario de la misma; y, el artículo 233-20.7 del Código civil catalán; y los artículos 5 c) y 10.3 de la Ley 7/2015, de 30 de junio de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores del País Vasco.

<sup>13</sup> *RJ* 2018, 5086. El recurso de casación lo interpone el Ministerio Fiscal con apoyo en el siguiente motivo: Único: Infracción del artículo 96.1 del Código civil por vulneración en este tipo de procedimientos del principio prioritario del interés del menor, conforme a la jurisprudencia de esta Sala. Considera, además que, en esta clase de procedimientos debe primar el interés del menor, no el patrimonial de los progenitores.

<sup>14</sup> Ha de tratarse de una situación de vida análoga a la conyugal, esto es, estable y duradera de la que pueda presumirse una situación económica similar a la del matrimonio, y no de una relación esporádica u ocasional, y, puede ser de carácter homosexual como heterosexual. No parece que sea necesaria la convivencia en el mismo domicilio (sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 9 de febrero de y, 28 de marzo de 2012 (*RJ* 2012, 2040; *RJ* 2012, 5591). Asimismo, *Vid.*, las SAP de Cádiz, secc. 5.<sup>a</sup>, 13 de julio de 2015 (*JUR* 2015, 2308); y, SAP de Madrid, secc. 10.<sup>a</sup>, 31 de julio de 2017 (*JUR* 2017, 242047). Al respecto, precisa, la STS, Sala de lo Civil, 24 de marzo de 2017 (*RJ* 2017, 896) la posibilidad de extinguirse la pensión compensatoria aunque la esposa convive con otra persona solo los fines de semana. Por su parte, la SAP de Murcia, secc. 4.<sup>a</sup>, 8 de febrero de 2018 (LA LEY 2019/2018) nos recuerda que en lo tocante a «vivir maritalmente con otra persona», del que habla el artículo 101 del Código civil como motivo de extinción de la pensión compensatoria, o como impedimento para que surja el derecho: existen dos posturas: a) La que entiende que «vivir maritalmente» debe ser equivalente a convivencia matrimonial y, b) Los que entienden que cualquier tipo de convivencia estable de pareja lleva a la extinción de la pensión, excluyendo las convivencias esporádicas. En general, se sostiene que se produce convivencia cuando los sujetos viven como cónyuges, produciendo una creencia generalizada sobre el carácter estable de su relación. La convivencia more uxorio es de difícil prueba, pues no suele dejar constancia documental, pues son hechos que se desarrollan en la intimidad familiar. De ahí, razona la Sala, la necesidad de atender a indicios y presunciones. Si tenemos en cuenta que hoy se han relativizado las diferencias entre matrimonio y noviazgo, el mero deseo de permanecer juntos y mantener una relación afectiva es lo que caracteriza al «vivir maritalmente»; por tanto la estabilidad ya no es un dato tan importante a juicio de la Audiencia o al menos se tiene por más limitada en el tiempo. Así sobre tales bases, considera que, los datos que aparecen en el perfil de Facebook permiten acreditar la existencia de una relación afectiva, pública y notoria. Constituyen, por tanto, indicios suficientes. Además, la Sala no tiene en cuenta las alegaciones de la mujer

de que no concurrían los requisitos de permanencia en el tiempo, exclusividad y estabilidad en la relación. En esta línea, la SAP de Tarragona, secc. 1.<sup>a</sup>, 11 de mayo de 2018 (LA LEY 54196/2018) señala que, no procede extinguir la pensión compensatoria, pues, no se acredita que, la demanda tenga una relación sentimental comparable con una convivencia matrimonial. Existe una relación amistosa y de familiaridad, incluso sexual, con una tercera persona, pero sin que se pruebe la concurrencia de los requisitos de permanencia, duración y estabilidad propios de un compromiso materializado en un proyecto de vida en común. En fin, la STS, Pleno de la Sala de lo Civil, 18 de julio de 2018 (LA LEY 84412/2018) en cuanto a la determinación de cuando produce efectos la extinción de la pensión compensatoria por convivencia del excónyuge con un tercero fija como doctrina jurisprudencial que «la causa de extinción consistente en contraer nuevo matrimonio habrá de producir su efecto desde que este hecho se produce, con independencia de la fecha en que —conocida dicha situación— se interpone la demanda y se dicta sentencia decidiendo sobre la extinción».

<sup>15</sup> Puede tratarse de matrimonio civil o religioso, si bien, este último, ha de ser reconocido como válido y eficaz en el orden civil. La nueva unión viene a proporcionar al cónyuge acreedor un nuevo *modus vivendi*, ligado al nacimiento de un nuevo deber de socorro como consecuencia del nuevo vínculo, que viene a reequilibrar la posición económica del excónyuge acreedor; además, de no resultar razonable que el nuevo cónyuge del acreedor se beneficie de la pensión que este obtiene de su excónyuge. Al ser causa automática, los efectos se producen desde la misma fecha en que se contrae matrimonio con independencia de la fecha en que se inscribe en el Registro Civil. Así se manifiesta la STS, Pleno de la Sala de lo Civil, 18 de julio de 2018 (RJ 2018, 2828).

<sup>16</sup> *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 26 de abril de 2016 (RJ 2016, 1698) acuerdo de los cónyuges aprobado judicialmente por el que la vivienda de propiedad del padre se atribuya al padre, y que los hijos residan con la madre en una vivienda arrendada, correspondiendo al padre satisfacer el total de la renta mensual; y, 27 de septiembre de 2017 (RJ 2017, 4219) en convenio regulador se atribuyó a la madre el uso de la vivienda familiar, propiedad de ambos cónyuges, lo fue para convivir en ella con sus dos hijas entonces menores de edad, por lo que no resulta de aplicación la doctrina del TS relativa a la mayoría de edad de los hijos en relación con el uso de la vivienda familiar, pues, no puede aplicarse lo dispuesto en el artículo 96.3 del Código civil respecto de la atribución temporal del uso de la vivienda al cónyuge más necesitado de protección, pues, en este caso, los propios cónyuges, dispusieron en libre ejercicio de su voluntad ex artículo 1255 del Código civil, judicialmente sancionado, atribuir el uso de la vivienda a la esposa copropietaria para vivir en ella con sus dos hijas, por lo tanto al margen de ser ella la progenitora custodia, se ha de atender a lo pactado en convenio.

<sup>17</sup> *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 8 de marzo de 2017 (RJ 2017, 696); y, la SAP Navarra, secc. 3.<sup>a</sup>, 12 de mayo de 2016 (JUR 2016, 249248) se acuerda que el uso de la vivienda se mantenga hasta la independencia del hijo menor o hasta que cumpla 25 años.

<sup>18</sup> MANZANO FERNÁNDEZ, M.<sup>a</sup> del M. (1999). *El uso de los inmuebles en el Derecho Civil moderno*, Madrid: Centro de Estudios Registrales, 166. En esta línea, LACRUZ BERDEJO, J.L. et al. (2005). *Elementos de Derecho Civil, T. IV Familia*, 2.<sup>a</sup> edición, revisada y puesta al día por J. Rams Albesa, Madrid: Dykinson, 102; GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2008). La especial naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar y su inscripción en el registro de la propiedad, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 710, 2522. Asimismo, *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de diciembre de 1992. Por su parte, LUNA SERRANO A. (1982). *El nuevo régimen de la familia. Matrimonio y divorcio*, Madrid: Civitas, 358 lo califica derecho real de habitación temporal no vitalicio constituido con arreglo a la ley o por decisión judicial. La STS, Sala de lo Civil, de 4 de abril de 1997 (RJ 1997, 2636) lo califica derecho de ocupación provisional oponible a terceros.

<sup>19</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, M.<sup>a</sup> T. (2005). Reflexiones en torno a la naturaleza del uso de la vivienda familiar atribuido en sentencia de nulidad, separación o divorcio y sus consecuencias, en especial, respecto a los actos de disposición, *Actualidad Civil*, número 19, primera quincena noviembre, 2336. En esta línea, MURCIA QUINTANA, E. (2002). *Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar (art. 1320 CC)*, Madrid: Civitas, 251; DE LA PUENTE ALFARO, F. (2006). La protección de la vivienda familiar durante el matrimonio y tras

su disolución, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXXXII, noviembre-diciembre, número 698, 2371.

<sup>20</sup> O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (1986). El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales, *Actualidad Civil*, 1332-1333.

<sup>21</sup> ELORRIAGA DE BONIS, F. (1995). *Régimen jurídico de la vivienda familiar, op. cit.*, 515-516. En el mismo sentido, CERVILLA GARZÓN, M.<sup>a</sup> D. (2005). *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Madrid: Marcial Pons, 43, que, si bien, señala es un derecho más cercano a los derechos reales que a los personales, no procede afirmar su carácter de derecho real pleno, ya que, de ser así, no sería preciso el consentimiento del usuario que exige el artículo 96 del Código civil. Así, pues, concluye que, también presenta rasgos de derecho personal, por lo que su naturaleza híbrida o de categoría intermedia es irrefutable; de la misma autora, Naturaleza jurídica del uso de la vivienda familiar y eficacia frente a terceros: Su estudio desde la doctrina, *op. cit.*, 37 que, afirma al respecto que, si bien conforme la actual regulación no cabe duda de su calificación como derecho personal, ello no es óbice para, como asimismo precisa, dejar constancia de su creciente acercamiento a los derechos reales.

<sup>22</sup> SALAZAR BORT, S. (2001). *La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales. Amplio estudio jurisprudencial*, Pamplona: Aranzadi, 136-139.

<sup>23</sup> DÍEZ-PICAZO, L. (1961). La situación jurídica del matrimonio separado, *Revista de Derecho Notarial*, enero-marzo, 897.

<sup>24</sup> ROCA I TRÍAS, E. (1984). Comentario del artículo 96 del Código civil, *VVAA Comentario a las reformas del Derecho de Familia, vol. I*, Madrid: Tecnos, Madrid, 612-613; de la misma autora (1991). Comentario al artículo 96 del Código civil, *Comentarios al Código civil*, Ministerio de Justicia, T. I, Madrid 401.

<sup>25</sup> CUENA CASAS, M. (2014). Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario, *Revista de Derecho Civil*, vol. I, número 2, abril-junio, 12-13.

<sup>26</sup> PRETEL SERRANO, J.J. (2017). Naturaleza jurídica del uso de la vivienda familiar y eficacia frente a terceros. Su estudio desde la práctica profesional, en: G. Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.), *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*, Madrid: Reus, 45.

<sup>27</sup> ORDÁS ALONSO, M. (2018). *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes, op. cit.*, 43-44.

<sup>28</sup> RJ 1992, 10136. En la misma línea, la STS, Sala de lo Civil, 20 de mayo de 1993 (RJ 1993, 3807).

<sup>29</sup> RJ 2004, 2713. La STS, Sala de lo Civil, 20 de mayo de 1993 (RJ 1993, 3807) parece asimilarlo a un derecho típico de uso o habitación. Igualmente, lo califican como derecho real oponible *erga omnes*, *Vid.*, las SAP de Barcelona, 21 de marzo de 1992 (AC 1992, 522); SAP de Las Palmas, secc. 2.<sup>a</sup>, 2 de junio de 1995 (AC 1995, 1654); y, 27 de marzo de 1999 (AC 1999, 4128); SAP de Islas Baleares, secc. 3.<sup>a</sup>, 20 de mayo de 1999 (AC 1999, 5815); SAP de Barcelona, secc. 11.<sup>a</sup>, 5 de mayo de 2000 (JUR 200, 210394); SAP de Granada, secc. 4.<sup>a</sup>, 4 de diciembre de 2001 (AC 2002, 297); SAP de Córdoba, secc. 2.<sup>a</sup>, 2 de abril de 2003 (JUR 2003, 142698); y, SAP de Madrid, secc. 18.<sup>a</sup>, 18 de enero de 2006 (AC 2006, 671).

<sup>30</sup> RJ 1999, 7680. *Vid.*, asimismo, la RDGRN, 19 de septiembre de 2007 (RJ 2007, 6167); y la SAP Córdoba, secc. 2.<sup>a</sup>, 2 de abril de 2003 (JUR 2003, 142698).

<sup>31</sup> RJ 1994, 2945. *Vid.*, también las SSTS, Sala de lo Civil, 31 de diciembre de 1994 (RJ 1994, 10330); y, 18 de enero de 2009 (RJ 2010, 1274); y las SAP de Teruel, 7 de junio de 1994 (AC 1994, 1027); y SAP de Sevilla, secc. 2.<sup>a</sup>, 22 de febrero de 2012 (JUR 2012, 7298922).

<sup>32</sup> RJ 2004, 1234.

<sup>33</sup> *Vid.*, en esta línea, la SAP de Asturias, secc. 6.<sup>a</sup>, 23 de enero de 1997 (AC 1997, 197). Por su parte, el AAP de Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, 8 de julio de 1999 (AC 1999, 1826) señala, en términos similares, que «la atribución judicial del derecho de uso de la vivienda familiar en proceso matrimonial no implica la constitución de un derecho real ni la transferencia de titularidad alguna, sino que comporta el establecimiento de una situación singular y "sui generis" que surge como consecuencia de la imposición judicial de una prestación en especie de carácter familiar, y que produce como efectos básicos el mantenimiento y fijación del "ius

*possidendi*" sobre el inmueble que al no titular correspondía ya desde antes de la resolución judicial en cuando tal inmueble constituyía la vivienda familiar a modo de tal que ese "*ius possidendi*" así mantenido y fijado excluye, mientras dure el que corresponde al titular».

<sup>34</sup> *Vid.*, las SAP de Barcelona, de 2 de junio de 1993 (AC 1993, 1901); SAP de Asturias, secc. 5.<sup>a</sup>, 21 de marzo de 1996 (AC 1996, 475); y, SAP de Las Palmas, secc. 3.<sup>a</sup>, 27 de mayo de 2004 (JUR 2004, 186909).

<sup>35</sup> *Vid.*, las SAP de Salamanca, 15 de diciembre de 1994 (AC 1994, 2304); SAP de Asturias, secc. 5.<sup>a</sup>, 21 de marzo de 1996 (AC 1996, 475); SAP de Girona, secc. 2.<sup>a</sup>, 28 de septiembre de 2000 (JUR 2001, 19256); y, SAP de Cádiz, secc. 5.<sup>a</sup>, 20 de marzo de 2017 (JUR 2017, 124359).

<sup>36</sup> *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 31 de diciembre de 1994 (RJ 1994, 10330); y, la SAP de Madrid, secc. 12.<sup>a</sup>, 29 de marzo de 2010 (AC 2010, 1211).

<sup>37</sup> RJ 1999, 6085. *Vid.*, la RDGRN, 19 de septiembre de 2007 (RJ 2007, 6167).

<sup>38</sup> RJ 2004, 2376. En el mismo sentido, las RDGRN, 5 de junio de 2008 (RJ 2008, 3155); 27 de agosto de 2008 (RJ 2008, 8285); 10 de octubre de 2008 (RJ 2009, 634), y, 18 de noviembre de 2009 (RJ 2010, 1667).

<sup>39</sup> RJ 2017, 5862.

<sup>40</sup> RJ 2018, 48.

<sup>41</sup> RJ 2010, 2323. *Vid.*, asimismo, la STS, Sala de lo Civil, 8 de octubre de 2010 (LA LEY 171465/2010).

<sup>42</sup> *Vid.*, por todos, DE LA PUENTE ALFARO F. (2006). La protección de la vivienda familiar durante el matrimonio y tras su disolución, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXXXII, número 698, noviembre-diciembre, 2372; y, las SSTS, Sala de lo Civil, 11 de diciembre de 1992 (RJ 1992, 10136); y, 22 de abril de 2004 (RJ 2004, 2713) y RDGRN 19 de septiembre de 2007 (RJ 2007, 6167). Por su parte, el artículo 233-22 del Código civil catalán posibilita la inscripción del derecho de uso en el Registro del Propiedad, o, si se ha atribuido como medida provisional, su anotación preventivamente en tal Registro.

<sup>43</sup> *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 8 de mayo de 2006 (RJ 2006, 2342).

<sup>44</sup> *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 22 de abril de 2004 (RJ 2004, 2713).

<sup>45</sup> *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 6 de marzo de 2015 (RJ 2015, 1104).

<sup>46</sup> *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil 8 de octubre de 2010 (RJ 2010, 7445).

<sup>47</sup> *Vid.*, el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero —reformado por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia— señala al respecto que, todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernen, tanto en el ámbito público como en el privado; y, las SSTS, Sala de lo Civil, 21 de mayo de 2012 (RJ 2012, 6532); 16 de junio de 2014 (RJ 2014, 3073); 16 de enero de 2015 (RJ 2015, 355); 8 de marzo de 2017 (RJ 2017, 633); y, 17 de octubre de 2017 (RJ 2017, 4528); y las SAP Granada, secc. 4.<sup>a</sup>, 20 de enero de 1998 (AC 1998, 3185); y, SAP de Murcia, secc. 1.<sup>a</sup>, 8 de febrero de 2002 (LA LEY 31329/2002).

<sup>48</sup> *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 29 de abril de 1994 (LA LEY 13928/1994); 1 de abril de 2011 (LA LEY 14453/2011) que, aplica analógicamente el artículo 96.1 del Código civil al supuesto de unión no matrimonial, pues, considera que la protección del interés del menor es la misma con independencia de que sus padres estén o no casados; 14 de abril de 2011 (RJ 2011, 3590); 21 de junio de 2011 (LA LEY 90854/2011); de 26 de abril de 2012 (LA LEY 56726/2012); 30 de mayo de 2012 (LA LEY 69264/2012) donde se precisa que, el interés de los hijos incapacitados deben ser equiparados a los menores, porque su interés resulta más necesitado de protección por lo que están incluidos en el artículo 96.1 del Código civil; 17 de octubre de 2013 (LA LEY 156714/2013); 17 de febrero de 2014 (LA LEY 10444/2014); 3 de abril de 2014 (LA LEY 40090/2014); 16 de junio de 2014 (LA LEY 68745/2014); 5 de diciembre de 2016 (RJ 2016, 5967) la vivienda familiar ha de adscribirse a los menores y con ellos al progenitor que ostenta la custodia; y, 22 de febrero de 2017 (RJ 2017, 1079) aplicación analógica a las parejas de hecho; y, las SAP de Las Palmas, 13 de marzo de 1995 (AC 1995, 758); SAP de Salamanca, 10 de diciembre de 1997 (AC 1997, 2439); SAP de Alicante, secc. 4.<sup>a</sup>, 27 de febrero de 1998 (AC 1998, 326); SAP de Murcia, secc. 1.<sup>a</sup>, 29 de junio de 1998 (JUR 1998, 89243); SAP de Valencia, secc. 7.<sup>a</sup>, 23 de julio de 1999 (LA LEY 115070/1999); SAP de Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, 15 de junio de 2006 (JUR 2007, 10406); SAP de

Lugo, secc. 1.<sup>a</sup>, 18 de enero de 2007 (LA LEY 27477/2007); SSAP de Murcia, secc. 4.<sup>a</sup>, 5 de noviembre de 2008 (LA LEY 279953/2008); y, 18 de febrero de 2010 (LA LEY 38828/2010); SAP de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.<sup>a</sup>, 20 de mayo de 2011 (LA LEY 125895/2011); SAP de Córdoba, secc. 2.<sup>a</sup>, 2 de marzo de 2012 (LA LEY 224628/2012); SAP de Murcia, secc. 4.<sup>a</sup>, 19 de julio de 2012 (LA LEY 120942/2012); SAP de Castellón, secc. 2.<sup>a</sup>, 13 de noviembre de 2012 (LA LEY 224164/2012); SAP de Barcelona, secc. 12.<sup>a</sup>, 12 de diciembre de 2013 (LA LEY 214050/2013); SAP de A Coruña, secc. 3.<sup>a</sup>, 23 de julio de 2014 (LA LEY 104742/2014); y, SAP de Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, 10 de abril de 2015 (*JUR* 2015, 173223).

Asimismo, *Vid.*, el artículo 233.10.1 del Código civil catalán; artículo 12.2 de la Ley 7/2015 del País Vasco; y artículo 81.2 del Código Foral aragonés.

<sup>49</sup> *Vid.*, la RDGRN 10 de octubre de 2008 (*RJ* 2009, 634).

<sup>50</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, M.<sup>a</sup> T. (2005). *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (arts. 96.1, 2 y 3 CC)*, Navarra: Thomson Civitas, 143-146. Por su parte, entiende PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1989). *Derecho de Familia*, Madrid: sección de Publicaciones, Facultad derecho, Universidad Complutense de Madrid, 518 que, la finalidad tutitiva de la patria potestad implica el deber de velar, en el sentido de que «el padre tiene que, prever y proveer» con especial cuidado de todo lo concerniente a «la persona y los intereses más personalísimos del hijo» y a su «vida social».

De todas formas, como precisa la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 3 de diciembre de 2008 (*RJ* 2009, 524) la división de la cosa común no impide la venta en pública subasta de la vivienda con subsistencia del derecho de uso constituido, en tanto este no se extinga por voluntad de aquellos o decisión del órgano que lo acordó. En el mismo sentido, la SAP de Huesca, secc. 1.<sup>a</sup>, 30 de junio de 2014 (*JUR* 2014, 295394).

<sup>51</sup> *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 5 de noviembre de 2012 (LA LEY 162416/2012).

<sup>52</sup> *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 19 de noviembre de 2013 (*RJ* 2013, 7447); y, 18 de mayo de 2015 (*RJ* 2015, 1919).

<sup>53</sup> *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 5 de noviembre de 2012 (*RJ* 2012, 10135); 18 de mayo de 2015 (*RJ* 2015, 1919), y 22 de julio de 2015 (*RJ* 2015, 3952); y, las SAP de Huesca, secc. 1.<sup>a</sup>, 10 de julio de 2014 (*JUR* 2014, 294955) hasta que cumpla 26 años; SAP de Ourense, secc. 1.<sup>a</sup>, 5 de abril de 2016 (*JUR* 2016, 89158) hasta la mayoría de edad de la menor; y, SAP de Barcelona, secc. 12.<sup>a</sup>, 21 de julio de 2016 (*JUR* 2017, 731340) hasta la mayoría de edad de la hija.

<sup>54</sup> *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 17 de junio de 2013 (*RJ* 2013, 4375); 16 de enero de 2015 (*JUR* 2015, 47658) que señala, al respecto, que «La finalidad de lo dispuesto en el artículo 96 del Código civil es la de proteger el interés del menor asegurándose en todo caso el uso de una vivienda, que será la que fue vivienda. Pero ello no impide que caso de existir más viviendas en las que el interés del menor, quede igualmente protegido, no pueda atribuirse a dicho menor el uso de otra vivienda que no sea la que ha constituido el último domicilio familiar. Entendemos que, si el menor tiene suficientemente cubierta su necesidad de vivienda, no está justificado limitar las facultades de disposición del derecho de propiedad que ostente el recurrente sobre la vivienda que, actualmente ocupan el menor y su madre»; y, 18 de mayo de 2015 (*RJ* 2015, 1919).

<sup>55</sup> ORDÁS ALONSO, M. (2018). *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, *op. cit.*, 143-144 y 147.

<sup>56</sup> Precisamente, esta es la orientación de las legislaciones autonómicas, *Vid.*, el artículo 81.2 del Código Foral aragonés y el artículo 233.21.1 del Código civil catalán.

<sup>57</sup> DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2013). Comentario al artículo 96 del Código civil. En: Bercovitz Rodríguez Cano R. (dir.), *Comentarios al Código civil, T. I*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1003; CERVILLA GARZÓN, M.<sup>a</sup> D. (2005). *La atribución del uso de la vivienda*, *op. cit.*, 37. Por su parte, ORDÁS ALONSO, M. (2018). *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, *op. cit.*, 167 señala que, son titulares ambos, hijos y cónyuge en cuya compañía queden pues «se trata de un sujeto plural y colectivo y no exclusivamente del cónyuge. Ahora bien, este último lo es *per relationem* dado que ostentará tal derecho de uso en la medida en que tiene atribuida la custodia de sus hijos y solo mientras esta permanezca».

<sup>58</sup> PÉREZ MARTÍN, A.J. (2011). La vivienda familiar, *Tratado derecho de Familia. Procedimiento Contencioso: separación, divorcio y nulidad. Uniones de hecho. Otros procedimientos*

*contenciosos*, 2.<sup>a</sup> ed., Valladolid: Lex Nova, 524. *Vid.*, las SAP Málaga, secc. 6.<sup>a</sup>, 12 de febrero de 2002 (LA LEY 33343/2002) teniendo en cuenta que la vivienda es privativa del esposo, y que la esposa posee otra vivienda, se atribuye el uso de la vivienda al padre y al hijo que convive con aquél; SAP de Cantabria, secc. 2.<sup>a</sup>, 25 de octubre de 2005 (LA LEY 208063/2005); y, SAP de Valencia, secc. 10.<sup>a</sup>, 14 de enero de 2010 (LA LEY 3028/2010) la esposa se fue a vivir con su madre, con la que reside junto con sus hijos desde un principio, y con la que sigue viviendo, al tener cubiertas sus necesidades de vivienda, se estima aconsejable otorgarle al padre y al hijo con el que convive el uso de la vivienda familiar.

<sup>59</sup> RAMS ALBESA, J. (1987). *Uso, habitación y vivienda familiar*, Madrid: Tecnos, 115; CUENA CASAS, M. (2011). El régimen jurídico de la vivienda familiar, *op. cit.*, 410.

<sup>60</sup> *Vid.*, la SAP de Málaga, secc. 6.<sup>a</sup>, 30 de septiembre de 2010 (LA LEY 277807/2010).

<sup>61</sup> *Vid.*, las SAP de Córdoba, secc. 2.<sup>a</sup>, 21 de mayo de 2003 (LA LEY 91309/2003); SAP de Málaga, secc. 6.<sup>a</sup>, 30 de abril de 2014 (*JUR* 2014, 281933); y, SAP de Les Illes Balears, secc. 4.<sup>a</sup>, 17 de octubre de 2018 (LA LEY 170320/2018) los cónyuges pactaron en el acuerdo de mediación una utilización de la vivienda familiar al 50% entre ambos por ser susceptible de división física, indicándose que, la parte de la vivienda correspondiente a la madre sería ocupada por ella y por su hijo menor. De no haber sido posible la división material de la vivienda, concluye la Audiencia que «el artículo 96.1 del Código civil hubiese obligado a asignar a la madre con su hijo la totalidad de la misma por su condición de progenitora custodia».

<sup>62</sup> Por la temporalidad se inclina ORDÁS ALONSO, M. (2018). *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, *op. cit.*, 211 apoyándose en dos argumentos: «Uno. Que no comparto, como he indicado la doctrina jurisprudencial que niega esta posibilidad en supuestos de guarda y custodia exclusiva, pues, el artículo 96.1 del Código civil atribuye el uso a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden, pero no establece que el mismo sea incondicional. Dos. El propio Tribunal Supremo, que exige una limitación temporal a dicho uso en casos de custodia compartida, lo hace atribuyendo el uso con base en el artículo 96.II aplicado por analogía».

<sup>63</sup> *RJ* 2017, 4528 en un caso de unión extramatrimonial. Si el uso del bien inmueble se atribuye a la menor hija común, se vería desplazado del mismo a la otra hija del padre, desfavoreciendo sus necesidades de convivencia con el progenitor que, tiene en común. No se atribuye a la madre como custodia de una de los hijos, pues, tiene una vivienda en la misma zona y de la que no se niega que pueda utilizarla y satisfacer las necesidades de escolarización y desarrollo social de menores de corta edad.

<sup>64</sup> *RJ* 2018, 460.

<sup>65</sup> La STS, Sala de lo Civil, 13 de julio de 2012 (LA LEY 134899/2012) señala que, la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio de interés del menor que, no puede ser limitada por el juez, salvo lo establecido en el artículo 96 del Código civil.

<sup>66</sup> *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 17 de febrero de 2017 (*RJ* 2017, 483); y, 17 de enero de 2019 (*JUR* 2019, 26098) se adscribe la vivienda familiar a los menores y madre al ser lo solicitado por el padre; y, el ATS, Sala de lo Civil, 24 de enero de 2018 (*JUR* 2018, 31651) atribución del uso a los menores hasta la liquidación de la sociedad de gananciales, turnándose semanalmente los progenitores en el uso de la vivienda; y, las SAP de Alicante, secc. 4.<sup>a</sup>, 31 de enero de 2014 (*JUR* 2014, 119200) atribución a los menores; de la SAP de Zaragoza, secc. 2.<sup>a</sup>, 8 de julio de 2014 (LA LEY 108568/2014) alternancia de los padres cada quince días hasta que el hijo cumpla 18 años; SAP de Córdoba, secc. 1.<sup>a</sup>, 30 de julio de 2014 (LA LEY 141867/2014) los progenitores se alternan anualmente en el uso de la vivienda; SAP de Guipúzcoa, secc. 3.<sup>a</sup>, 16 de septiembre de 2014 (*JUR* 2014, 276233) atribución del uso a la menor y desplazamiento de los padres, ocupándola durante el tiempo que les corresponda la guarda; SAP de Guipúzcoa, secc. 2.<sup>a</sup>, 26 de septiembre de 2014 (*JUR* 2014, 298695) al hijo menor y ambos progenitores alternativamente en función de semanas y períodos vacacionales; SAP de Navarra, secc. 3.<sup>a</sup>, 15 de marzo de 2016 (*JUR* 2016, 248972); y, SAP de Barcelona, secc. 12.<sup>a</sup>, 27 de marzo de 2017 (*JUR* 2017, 197016) alternancia anual.

<sup>67</sup> *Vid.*, el ATS, Sala de lo Civil, 17 de febrero de 2016 (*JUR* 2016, 42455) se adjudica a la esposa la vivienda familiar del esposo, hasta que la hija menor de edad alcance la mayoría de edad; la STS, Sala de lo Civil, 22 de septiembre de 2017 (*RJ* 2017, 4636) limitación

temporal a dos años; y, las SAP de Girona, secc. 1.<sup>a</sup>, 26 de febrero de 2014 (*JUR* 2014, 135654) con carácter temporal a la madre por ser el interés más necesitado de protección; SSAP de Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, 26 de marzo de 2014 (*JUR* 2014, 135522) atribución a la esposa hasta que finalice el sistema de guarda y custodia compartida que, se acuerde; y, 27 de mayo de 2014 (*JUR* 2014, 178933); SAP de Alicante, secc. 4.<sup>a</sup>, 10 de julio de 2014 (*JUR* 2015, 52617) atribución a la esposa; SAP de Álava, secc. 1.<sup>a</sup>, 17 de junio de 2014 (*JUR* 2014, 246623) atribución al padre, vivienda privativa del mismo, y donde van los hijos todos los días a comer; SAP de Burgos, secc. 2.<sup>a</sup>, 27 de octubre de 2014 (*JUR* 2015, 49497); y, SAP de Álava, secc. 1.<sup>a</sup>, 19 de mayo de 2017 se atribuye a la madre durante dos años al ser esta quien objetivamente presenta mayores dificultades de acceder a una vivienda.

Por su parte, el artículo 233.20-3 del Código civil catalán; el artículo 81.1 del Código Foral aragonés y el artículo 12.4 de la Ley 7/2015 del País Vasco aluden como criterio a tener en cuenta el progenitor más necesitado de protección.

<sup>68</sup> *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 20 de febrero de 2018 (LA LEY 3974/2018) donde finalmente se da la razón a los pedimentos del exesposo de que el uso y disfrute de la vivienda familiar fuese compartida entre ambos progenitores por anualidades alternas hasta que se procediera a separar los patrimonios que tienen en común, sin compensación por pérdidas de uso. La vivienda familiar pertenece a ambos esposos en régimen de copropiedad (50%) y su régimen económico es el de separación de bienes. El Tribunal Supremo entiende que, el interés superior del menor debe ser valorado y considerado primordial, sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas, educativas y emocionales, pero también deben valorarse los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectadas; y, 7 de junio de 2018 (*RJ* 2018, 2857); y, las SSAP de Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, 14 de julio de 2014 (*JUR* 2014, 234601) se atribuye a ambos durante el tiempo que tengan la guarda; y, 23 de julio de 2014 (*JUR* 2014, 233941) uso alternativo por períodos temporales; y, SAP de Álava, secc. 1.<sup>a</sup>, 19 de mayo de 2017 (*JUR* 2017, 198058).

<sup>69</sup> LUQUE JIMÉNEZ M.<sup>a</sup> del C. (2012). La atribución del uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial, *Cuadernos de Derecho Registral*, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantil de España, 84; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO T. (2009). Problemas que genera la actual regulación de la guarda y custodia compartida en el proceso contencioso, *La Ley*, n.<sup>o</sup> 7105, año XXX, 2 de febrero, 7. *Vid.*, asimismo, las SSTS, Sala de lo Civil, 3 de diciembre de 2013 (*RJ* 2013, 7834); 22 de octubre de 2014 (LA LEY 145489/2014); 24 de octubre de 2014 (*RJ* 2014, 5180) impone una atribución temporal de dos años contados desde la sentencia en cuanto se trata de una situación que la esposa ha consentido; 6 de abril de 2016 (*RJ* 2016, 1321) atribución temporal hasta la liquidación de la sociedad de gananciales; 27 de junio de 2016 (*RJ* 2016, 2876) mantenimiento de la esposa en la vivienda que, se mantendrá durante un año contado desde la sentencia; 21 de julio de 2016 (*RJ* 2016, 3445) se asigna la vivienda familiar, privativa del esposo, a la menor y su madre, durante el periodo de dos años computables desde la fecha de la presente sentencia de casación. Con ello se armonizan dos intereses contrapuestos: el del titular de la vivienda que quedaría indefinidamente frustrado al no permitírselle disponer de ella, incluso en los períodos que el hijo permanece con él y el de hijo de comunicarse con su madre en otra vivienda; 16 de septiembre de 2016 (*RJ* 2016, 4449); 23 de enero de 2017 (*RJ* 2017, 363) se determina que la madre podrá mantenerse en la vivienda que fue familiar durante tres años desde la fecha de la sentencia, con el fin de facilitar a ella y la menor (interés más necesitado de protección) la transición a una nueva residencia; 14 de marzo de 2017 (*RJ* 2017, 878); y, 9 de mayo de 2018 (*RJ* 2018, 1852); y, las SAP de Sevilla, secc. 2.<sup>a</sup>, 20 de febrero de 2012 (LA LEY 136661/2012); y, SAP de Córdoba, secc. 1.<sup>a</sup>, 18 de julio de 2016 (*JUR* 2016, 221681).

<sup>70</sup> *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 22 de octubre de 2014 (LA LEY 145489/2014) adoptándose el sistema de custodia compartida, el hijo queda en compañía de ambos cónyuges, no constando que la madre precise de una protección especial. La vivienda familiar queda sin adscripción expresa dado que ambos padres tienen la custodia y no consta que la madre necesite una especial protección, así que quedaría sometido el inmueble al correspondiente proceso de liquidación en su caso, por lo que la Sala fija un plazo prudencial a la demandada para desalojarlo en seis meses; 17 de febrero de 2017 (*RJ* 2017, 483) constando que la vivienda familiar fue entregada al banco en dación en pago, el cual facilitó al padre su

permanencia como vivienda social, no procede a entrar en la cuestión relativa a la vivienda que fue familiar dado que ya no pertenece a la sociedad de gananciales, debiendo resolverse en ejecución de sentencias las incidencias que procedan; y 22 de septiembre de 2017 (*RJ* 2017, 4636).

<sup>71</sup> *Vid.*, la SAP de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.<sup>a</sup>, 10 de junio de 2013 (*JUR* 2013, 317947) a la esposa.

<sup>72</sup> *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 22 de septiembre de 2017 (*RJ* 2017, 4636) una limitación temporal a dos años; 10 de enero de 2018 (*RJ* 2018, 74) ponderando el interés más necesitado de protección, se fija un periodo de dos años desde la sentencia para facilitar la transición a otra residencia, transcurrido el cual la vivienda queda supeditada a la liquidación de la sociedad de gananciales; 9 de mayo de 2018 (*RJ* 2018, 1852) limitación temporal a tres años; y 13 de noviembre de 2018 (*RJ* 2018, 4930) la vivienda la utiliza el padre durante dos años computados desde la fecha de la presente sentencia; y, la SAP de Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, 16 de enero de 2018 (*JUR* 2018, 38141) atribución a la madre por el plazo de un año.

<sup>73</sup> Así el artículo 233-20.5 del Código civil catalán; y, el artículo 12.5 de la Ley 7/2015 del País Vasco.

En todo caso, se aboga en la doctrina por la excepcionalidad de la prórroga, pues, de lo contrario se convertiría en indefinida o casi indefinido el uso, *Vid.*, ORDÁS ALONSO, M. (2018). *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, *op. cit.*, 241.

<sup>74</sup> *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 30 de mayo de 2012 (*RJ* 2012, 6547). Por su parte, en el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad de 25 de septiembre de 2018 que, entre otros preceptos modifica el artículo 96 del CC, en su párrafo segundo se equipara a los hijos comunes mayores de edad que al tiempo de la nulidad, separación o divorcio precisen de medidas de apoyo que hicieran conveniente el uso de la vivienda familiar, a los hijos menores que se hallan en la misma situación. En el Informe del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 29 de noviembre de 2018 a tal Anteproyecto de Ley se dispone que las modificaciones que se introducen en el artículo 96 del Código civil han de ser acogidas favorablemente (apartado 144).

<sup>75</sup> *JUR* 2017, 20694. Asimismo en esta línea, *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 8 de marzo de 2017 (*JUR* 2017, 60732). Sin embargo, la SAP de Huelva, secc. 3.<sup>a</sup>, 26 de enero de 2015 (*JUR* 2016, 4526) se atribuye la vivienda a la madre, al entender que hay que cubrir las necesidades del hijo común con una discapacidad psíquica importante del 65% y que es dependiente económicamente de sus padres.

<sup>76</sup> En esta línea, GAVILÁN LÓPEZ, J. (2016). *Medidas definitivas de nulidad, separación y divorcio, Memento Práctico Familia 2016-2017*, Madrid. Francis Lefebvre-El Derecho, 610; ORDÁS ALONSO, M. (2018). *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, *op. cit.*, 516-517.

<sup>77</sup> ORDÁS ALONSO M. (2018). *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, *op. cit.*, 517-520 se refiere a los diferentes supuestos que se derivan del fallecimiento del cónyuge usuario y custodio, de alguno o de todos los hijos, del cónyuge y de alguno de los hijos.

<sup>78</sup> *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 29 de marzo de 2011 (LA LEY 9107/2011); y 5 de noviembre de 2012 (LA LEY 162426/2012).

<sup>79</sup> El artículo 96.3 del Código civil tiene carácter excepcional y su interpretación restrictiva, máxime cuando la vivienda es propiedad del otro cónyuge, *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 14 de noviembre de 2012 (*RJ* 2012, 10432); 23 de junio de 2015 (*RJ* 2015, 2546); y 1 de marzo de 2017 (*RJ* 2017, 608). Asimismo, la SAP Huelva, secc. 2.<sup>a</sup>, 13 de julio de 2017 (*JUR* 2017, 239706) limitación temporal a dos años.

<sup>80</sup> *RJ* 2011, 3590.

<sup>81</sup> LA LEY 68745/2014. Igualmente, señala que «el interés que se protege no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja. Una interpretación correctora de esta norma implicaría la vulneración de estos derechos, que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 de la Constitución Española) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de Protección del Menor, habiendo señalado esta Sala como doctrina jurisprudencial la

siguiente «la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor que, no puede ser limitada por el juez, salvo lo establecido en el artículo 96 del Código civil». En esta línea, las SSTS, Sala de lo Civil, 9 de mayo de 2007 (*RJ* 2007, 3561); 3 de diciembre de 2008 (*RJ* 2009, 524) donde se mantiene el uso de la vivienda, a pesar de la división y se impone incluso a terceros adjudicatarios; 14 de abril de y 21 de junio de 2011 (LA LEY 14453/2011; LA LEY 90854/2011); 30 de septiembre de 2011 (LA LEY 186204/2011); 26 de abril de 2012 (LA LEY 56726/2012); 21 de mayo de 2012 (LA LEY 58422/2012); 13 de julio de 2012 (LA LEY 134899/2012); 17 de octubre de 2013 (LA LEY 156714/2013); de 3 de abril de 2014 (LA LEY 40090/2014); 29 de mayo de 2014 (LA LEY 95232/2014); 2 de junio de 2014 (LA LEY 64164/2014); 16 de junio de 2014 (*RJ* 2014, 3073); 28 de noviembre de 2014 (*RJ* 2014, 6048); 5 de diciembre de 2016 (*RJ* 2016, 5967); y, 22 de febrero de 2017 (*RJ* 2017, 1079); y, la STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.<sup>a</sup>, 12 de noviembre de 2012 (LA LEY 224413/2012); y, la SAP de Valencia, secc. 10.<sup>a</sup>, 25 de julio de 2012 (*JUR* 2012, 357810).

Por otra parte, esta misma doctrina se aplica cuando se atribuye la vivienda en situaciones de convivencia prolongada de un hombre y mujer como pareja, *Vid.*, el ATS, Sala de lo Civil, 13 de mayo de 2014 (*JUR* 2014, 151805); y, la STS, Sala de lo Civil, 16 de enero de 2015 (*RJ* 2015, 355).

<sup>82</sup> *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 10 de octubre de 2011 (LA LEY 194732/2011); 17 de junio de 2013 (LA LEY 87809/2013) uso por el hijo y la esposa durante tres años; 16 de septiembre de 2016 (*RJ* 2016, 4449) durante un año computable desde la fecha de la presente sentencia con el fin de facilitar a la madre y los menores (interés más necesario de protección) la transición a una nueva residencia; y, 27 de septiembre de 2017 (*RJ* 2017, 4639) un año a contar desde la sentencia; las SAP de Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, 5 de julio de 2008, dos años desde que el hijo menor viva de forma independiente; SAP de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.<sup>a</sup>, 28 de junio de 2010 (LA LEY 223438/2010) límite temporal máximo de cuatro años; y, SAP de Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, 24 de mayo de 2011 (LA LEY 130663/2011) a dos años.

<sup>83</sup> *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 10 de febrero de 2006 (*RJ* 2006, 549); y, las SAP de Barcelona, secc. 12.<sup>a</sup>, 21 de julio de 2016 (*JUR* 2017, 31340), y SAP de Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, 26 de enero de 2018 (*JUR* 2018, 73703). Por su parte, en el Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad también se opta por la temporalidad, pues el uso de la vivienda se mantiene hasta que todos los hijos alcancen la mayoría de edad (artículo 96 párrafo 1). Una vez extinguido el uso por tal circunstancia, las necesidades de vivienda de los hijos mayores de edad que carezcan de independencia económica, se regirá por lo previsto en el Título VI del Libro I del CC relativo a los alimentos entre parientes.

<sup>84</sup> *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 17 de marzo de 2016 (*RJ* 2016, 978) hijos mayores de edad independizados económicamente; y, las SAP de Segovia, secc. 1.<sup>a</sup>, 20 de octubre de 2009 (*JUR* 2010, 28500); SAP de Castellón, secc. 2.<sup>a</sup>, 18 de febrero de 2011 (LA LEY 55229/2011) poner lo siguiente: SAP de Asturias, secc. 7.<sup>a</sup>, 15 de marzo de 2013 (LA LEY 42578/2013); y, SAP de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.<sup>a</sup>, 30 de abril de 2014 (*JUR* 2014, 275595) hasta que logre independizarse.

<sup>85</sup> *Vid.*, las SSAP de Madrid, secc. 12.<sup>a</sup>, 29 de marzo de 2010 (AC 2010, 1211) cuando el hijo del matrimonio cumpla 25 años; y, secc. 22.<sup>a</sup>, 8 de marzo de 2013 (*JUR* 2013, 159485) hasta que el hijo alcance los 21 años; SAP de Navarra, secc. 3.<sup>a</sup>, 12 de mayo de 2016 (*JUR* 2016, 249248) hasta la independencia de la hija menor o hasta que cumpla 25 años; y, SAP de Guadalajara, secc. 1.<sup>a</sup>, 20 de julio de 2016 (*JUR* 2016, 200384) hasta que cumpla 25 años.

<sup>86</sup> *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 19 de noviembre de 2013 (LA LEY 180585/2013); y, 20 de junio de 2017 (*RJ* 2017, 3060) que, señalan al respecto que, el artículo 96.3 del Código civil no autoriza a imponer, a falta de acuerdo entre las partes, un uso indefinido e ilimitado de la vivienda familiar. Procede la atribución del uso hasta la fecha de la liquidación de la sociedad de gananciales; y, las SAP de Valladolid, secc. 1.<sup>a</sup>, 21 de mayo de 2007 (LA LEY 117631/2007); SAP de Madrid, secc. 24.<sup>a</sup>, 10 de octubre de 2012 (LA LEY 175093/2012); y, SAP de Valladolid, secc. 1.<sup>a</sup>, 22 de marzo de 2013 (LA LEY 52437/2013).

<sup>87</sup> *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 8 de marzo de 2017 (*RJ* 2017, 696) atribución del uso a la esposa hasta se le conceda o adjudique una vivienda de protección oficial, bien en régimen de alquiler o de propiedad.

<sup>88</sup> *Vid.*, las SAP de Granada, secc. 3.<sup>a</sup>, 29 de junio de 2002 (*JUR* 2002, 203984); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.<sup>a</sup>, 30 de marzo de 2007 (*JUR* 2007, 313811); y, SAP de Islas Baleares, secc. 4.<sup>a</sup>, 4 de julio de 2017 (*JUR* 2017, 220891).

<sup>89</sup> *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 25 de octubre de 2016 (*RJ* 2016, 4962); 19 de enero de 2017 (*RJ* 2017, 924) atribución por tres años del uso de la vivienda familiar privativa del esposo a la esposa y a los hijos mayores de edad que conviven con ella; y, 27 de septiembre de 2017 (*RJ* 2017, 4639) un año a contar desde la sentencia; y, las SAP de Segovia, secc. 1.<sup>a</sup>, 20 de octubre de 2009 (*JUR* 2010, 28500); SAP de Asturias, secc. 7.<sup>a</sup>, 15 de marzo de 2013 (LA LEY 42578/2013); SAP de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.<sup>a</sup>, 30 de abril de 2014 (*JUR* 2014, 275595) hasta que logre independizarse; SAP de Guadalajara, secc. 1.<sup>a</sup>, 20 de julio de 2016 (*JUR* 2016, 200384) hasta que cumpla 25 años; SAP de Barcelona, secc. 12.<sup>a</sup>, 21 de julio de 2016 (*JUR* 2017, 31340), y SAP de Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, 26 de enero de 2018 (*JUR* 2018, 73703).

<sup>90</sup> *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 19 de enero de 2017 (*RJ* 2017, 924) hijo mayor de edad discapacitado por periodo de tres años; y, la SAP Madrid, secc. 24.<sup>a</sup>, 2 de noviembre de 2007 (*JUR* 2008, 102636) hijo autista durante el periodo de dos años. También se opta por la temporalidad en el citado Anteproyecto de Ley en materia de discapacidad al disponer que, si entre los hijos hubiera alguno en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar después de su mayoría de edad, la autoridad judicial determinará el plazo de duración de ese derecho (artículo 96 apartado 1 inciso segundo). En el Informe aprobado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 29 de noviembre de 2018 sobre este Anteproyecto se indica que respecto a este supuesto, se debería precisar con claridad, si el derecho de uso de la vivienda familiar a favor del hijo mayor de edad con discapacidad es independiente del derecho del cónyuge en cuya compañía ha quedado.

<sup>91</sup> *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 27 de junio de 2016 (*RJ* 2016, 2876) atribuir el uso a uno de los cónyuges hasta la mayoría de edad de la hija común conlleva una incorrecta armonización de los intereses contrapuestos, al no existir a dicha edad custodia compartida y se aparta del uso de la vivienda todo este tiempo al cotitular, frustrando indefinidamente el disfrute de la misma, ponderación de la mejor situación de la esposa que es la que ha venido disfrutando de la vivienda, por lo que se fija un año de uso desde la presente sentencia; 21 de julio de 2016 (*RJ* 2016, 3445) vivienda privativa del esposo, asignación a la menor y su madre durante el periodo de dos años computables desde la fecha de la presente sentencia de casación, debe evaluarse si el tiempo por el que se fija la adscripción de la vivienda es acorde o no con el principio de proporcionalidad; 23 de enero de y 14 de marzo de 2017 (*RJ* 2017, 363; *RJ* 2017, 878) en caso de paridad económica de los progenitores y no existiendo una residencia familiar sino dos, por lo que no se podrá hacer adscripción de la vivienda familiar indefinida a la menor y al padre o la madre que con él conviva, se aplica analógicamente el artículo 96.2 del Código civil, y se opta por la temporalidad en el uso; 12 de mayo de 2017 (*RJ* 2017, 2203) atribución del uso de la vivienda a las hijas comunes y a la madre con limitación a tres años atendidas las circunstancias de empleo de la madre y la edad de las menores; 22 de septiembre de 2017 (*RJ* 2017, 4407) atribución temporal por periodo de dos años a la madre y a las menores ponderando el interés más necesitado de protección de estas, computables desde esta sentencia con el fin de facilitar a ella y a las menores la transición a una nueva residencia, transcurrido el cual la vivienda quedará para el uso exclusivo de su titular; 27 de septiembre de 2017 (*RJ* 2017, 4636); 10 de enero de 2018 (*RJ* 2018, 74) no cabe su atribución indefinida a la esposa e hija dado que al alternarse la custodia entre padre y madre la vivienda familiar no puede quedar adscrita a uno de ellos con exclusividad, ponderando el interés más necesitado de protección, se fija el periodo de dos años desde esta sentencia para facilitar la transición a una nueva vivienda, transcurrido el cual la vivienda quedará supeditada al proceso de liquidación de la sociedad de gananciales; 20 de febrero de 2018 (*RJ* 2018, 573) atribución del uso por anualidades alternas hasta la división del patrimonio común de los litigantes, manteniéndose la esposa en el uso durante la primera anualidad confirmando lo acordado por la sentencia de primera instancia; y, 7 de junio de 2018 (*RJ* 2018, 2857) atribución por periodos alternos de una semana hasta la liquidación de la sociedad de gananciales.

<sup>92</sup> *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 9 de septiembre de 2015 (*RJ* 2015, 4179) por un plazo de tres años; y, las SAP de Islas Baleares, secc. 3.<sup>a</sup>, 29 de noviembre de 2005 (*JUR* 2006,

13094) por tres años; y, SAP de Valencia, secc. 10.<sup>a</sup>, 13 de junio de 2016 (*JUR* 2016, 21934) durante cuatro años desde la sentencia.

<sup>93</sup> *Vid.*, la SAP de Islas Baleares, secc. 4.<sup>a</sup>, 28 de septiembre de 2011 (*JUR* 2011, 367371).

<sup>94</sup> *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 29 de octubre de 2008 (*RJ* 2008, 6923); 14 de octubre de 2014 (*RJ* 2014, 4729); y, de 28 de abril de 2016 (*RJ* 2016, 2216), y la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 9.<sup>a</sup>, 18 de septiembre de 2012 (*JUR* 2012, 368684).

<sup>95</sup> *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 18 de enero de 2010 (*RJ* 2010, 1274); y, 11 de noviembre de 2010 (*RJ* 2010, 8048).

<sup>96</sup> *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 8 de mayo de 2006 (*RJ* 2006, 2342); 3 de diciembre de 2008 (*RJ* 2009, 524); 14 de enero de 2010 (*RJ* 2010, 2323); y, 27 de febrero de 2012 (*RJ* 2012, 3383); y, la STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.<sup>a</sup>, 19 de marzo de 2018 (*RJ* 2018, 2841); y, las SAP de Jaén, secc. 2.<sup>a</sup>, 9 de octubre de 2013 (*AC* 2013, 2264); SAP de Madrid, secc. 13.<sup>a</sup>, 29 de enero de 2016 (*JUR* 2016, 52809); y, SAP de Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, 2 de noviembre de 2018 (LA LEY 172195/2018) división de la vivienda familiar, manteniendo el derecho de uso vitalicio reconocido a favor de la exesposa.

Para CUENA CASAS, M. (2011). El régimen jurídico de la vivienda familiar, *op. cit.*, 370 «esta doctrina no solo implica admitir la naturaleza *erga omnes* del derecho de uso, sino que también deja sin aplicación la restricción a la facultad de disposición del inmueble prevista en el artículo 96.4 del Código civil, y que, considera ociosa si se admite el carácter real del derecho de uso».

<sup>97</sup> ELORRIAGA DE BONIS, F. (1995). *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, *op. cit.*, 509; GARCÍA-MAURIÑO, S., y DEL CARPIO FIESTAS, V. (1994). Atribución del uso de la vivienda familiar y «actio communi dividundo», *Actualidad Civil*, núm. 5, 31 de enero-6 de febrero de 1994, 84; CUENA CASAS, M. (2011). El régimen jurídico de la vivienda familiar, *op. cit.*, 370-371.

<sup>98</sup> CERVILLA GARZÓN, M.<sup>a</sup> D. (2017). Naturaleza jurídica del uso de la vivienda familiar y eficacia frente a terceros, *op. cit.*, 33.

<sup>99</sup> En esta línea, CERVILLA GARZÓN, M.<sup>a</sup> D. (2017). Naturaleza jurídica del uso de la vivienda familiar y eficacia frente a terceros..., *op. cit.*, 34.

<sup>100</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 6 de febrero de 2018 (*RJ* 2018, 352).

<sup>101</sup> *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 2.<sup>a</sup>, 1 de septiembre de 2001 (*AC* 2001, 2582) obtención *mortis causa* por el cónyuge usuario de un importante patrimonio inmobiliario.

<sup>102</sup> *Vid.*, la SAP de Santa Cruz de Tenerife, secc. 4.<sup>a</sup>, 14 de marzo de 2005 (*JUR* 2005, 103595); y, SAP de Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, 5 de junio de 2018 (*JUR* 2018, 223732) cese de la guarda a favor de la madre.

<sup>103</sup> *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 17 de marzo de 2016 (*RJ* 2016, 978); y, 19 de enero de 2017 (*RJ* 2017, 274), y, la SAP de Cádiz, secc. 5.<sup>a</sup>, 20 de marzo de 2015 (*JUR* 2015, 127066); SAP de Las Palmas, secc. 3.<sup>a</sup>, 10 de julio de 2015 (*JUR* 2016, 41296); y, SAP Córdoba, secc. 1.<sup>a</sup>, 26 de junio de 2018 (*JUR* 2018, 260195) por mayoría de edad.

<sup>104</sup> *Vid.*, las SAP de Lleida, secc. 1.<sup>a</sup>, 13 de abril de 2002 (*JUR* 2002, 157777) ha estado la vivienda conyugal deshabitada de forma continuada; SAP de Murcia, secc. 4.<sup>a</sup>, 29 de marzo de 2012 (*JUR* 2012, 155694) vivienda sin habitar durante un año; y, SAP de Albacete, secc. 1.<sup>a</sup>, 5 de julio de 2018 (*JUR* 20187258878).

<sup>105</sup> *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 27 de septiembre de 2017 (*RJ* 2017, 5912); la STSJ Aragón, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.<sup>a</sup>, 6 de junio de 2014 (*RJ* 2014, 3571); y, la SAP Sevilla, secc. 2.<sup>a</sup>, 21 de enero de 2002 (*JUR* 2002, 159932).

<sup>106</sup> *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 3 de mayo de 2016 (*RJ* 2016, 2215); y, 27 de noviembre de 2017 (*RJ* 2017, 6187); y, las SAP de Asturias, secc. 6.<sup>a</sup>, 14 de abril de 2008 (*JUR* 2008, 323194); SAP de Málaga, secc. 6.<sup>a</sup>, 22 de diciembre de 2008 (*JUR* 2013, 145388); SAP de Granada, secc. 5.<sup>a</sup>, 5 de febrero de 2016 (*JUR* 2016, 113291); y, SAP de Jaén, secc. 1.<sup>a</sup>, 18 de febrero de 2016 (*JUR* 2016, 108227).

<sup>107</sup> *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 8 de mayo de 2006 (*RJ* 2006, 2342).

<sup>108</sup> *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 22 de abril de 2004 (*RJ* 2004, 2713).

<sup>109</sup> *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 6 de marzo de 2015 (*RJ* 2015, 1104).

<sup>110</sup> *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 15 de febrero de 2002 (*RJ* 2002, 1619).

Por su parte, la STS, Sala de lo Civil, 22 de abril de 1997 (*RJ* 1997, 3251) pone de relieve que en las situaciones de crisis matrimoniales pueden coincidir tres tipos de acuerdos: «en primer lugar, el convenio, en principio y en abstracto, es un negocio jurídico derecho de familiar; en segundo lugar, el convenio regulador aprobado judicialmente, queda integrado en la resolución judicial con toda la eficacia procesal que ello conlleva; y, en tercer lugar, el convenio que no ha llegado a ser aprobado judicialmente, tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico tanto más su contiene una parte ajena al contenido mínimo que prevé el artículo 90 del Código civil». Si bien, dentro de los convenios se ha venido distinguiendo entre acuerdos entre cónyuges en contemplación de las situaciones de crisis matrimonial (sentencia 116/2002, de 15 de febrero) o en previsión de posibles rupturas (sentencia 217/2011 de 31 de marzo) y acuerdos transaccionales posteriores al convenio regulador, pero todos ellos sin llegar a ser aprobados judicialmente.

Asimismo, la STS, Sala de lo Civil, 19 de octubre de 2015 (*RJ* 2015, 4869) afirma que la autonomía de la voluntad de los cónyuges despliega su eficacia en muchas ocasiones a efectos de regular u ordenar situaciones de ruptura conyugal. Cita la sentencia de 24 de junio de 2015 rec. 2392/2013 que expone, en justificación de esa doctrina que «en el profundo cambio de modelo social y matrimonial que se viene experimentando (art. 3.1 CC) la sociedad demanda un sistema menos encorsetado y con mayor margen a la autonomía dentro del derecho de familia, compatible con la libertad de pacto entre cónyuges que proclama el artículo 1323 del Código civil, a través del cual debe potenciarse la facultad de autorregulación de los cónyuges (art. 1255 CC) que ya tiene una regulación expresa en lo que se refiere a los pactos prematrimoniales, previsores de crisis conyugal, en el artículo 231-19 del Código civil catalán». En fin, la STS, Sala de lo Civil, 7 de noviembre de 2018 (*RJ* 2018, 4748) relativo a la validez y eficacia del convenio regulador de divorcio suscrito por los cónyuges y no ratificado judicialmente, que se aporta después al divorcio contencioso.

<sup>111</sup> ORDÁS ALONSO, M. (2018). *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, *op. cit.*, 547; CABEZUELO ARENAS, A.L. (2008). Extinción de la atribución del uso de la vivienda familiar tras el divorcio por convivencia extramatrimonial con un tercero, *Revista de Derecho Patrimonial*, número 21, 315.

<sup>112</sup> ORDÁS ALONSO, M. (2018). *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, *op. cit.*, 545. *Vid.*, también la SAP de Granada, 14 de diciembre de 1992 (AC 1992, 1671) no se acredita que sea perjudicial para las hijas la pareja conviviente con la madre.

<sup>113</sup> En esta línea, las conclusiones del IV Encuentro de Magistrados, Fiscales y Secretarios Judiciales con la Asociación Española de Abogados de familia celebrado en Valencia los días 26, 27 y 28 de octubre de 2018.

Asimismo, *Vid.*, la SAP de Valencia, secc. 10.<sup>a</sup>, 5 de octubre de 2005 (*JUR* 2005, 274240).

<sup>114</sup> ORDÁS ALONSO, M. (2018). *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, *op. cit.*, 543; de la misma autora (2019). El matrimonio o convivencia marital con un tercero extingue el derecho de uso de la vivienda familiar: un halo de esperanza, *Diario La Ley*, núm. 9332, sección Doctrina, 8 de enero, 2. *Vid.*, la STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.<sup>a</sup>, 3 de febrero de 2014 (*RJ* 2014, 1568); y, las SAP de Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, 2 de septiembre de 2002 (*JUR* 2002, 271492) ha perdido el carácter familiar por habitar una nueva familia, diferente a la originaria, al haberse casado la demandada, estableciendo en la vivienda litigiosa su domicilio conyugal, accordándose ante esta situación que el derecho de uso subsista hasta que se proceda a la división o venta de la vivienda; SAP de Cádiz, secc. 7.<sup>a</sup>, 16 de septiembre de 2002 (*JUR* 2002, 281274); SAP de Vizcaya, secc. 4.<sup>a</sup>, 30 de abril de 2004 (*JUR* 2004, 296197); SAP de Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, 4 de noviembre de 2005 (*JUR* 2006, 15978); SAP de Almería, secc. 1.<sup>a</sup>, 19 de marzo de 2007 (AC 2007, 505); SAP de Murcia, secc. 5.<sup>a</sup>, 9 de diciembre de 2009 (*JUR* 2010, 34610); y, SAP de Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, 12 de junio de 2018 (*JUR* 2018, 223603).

Por el contrario, se entiende que no procede la supresión, sin disponer ningún otro efecto, las SAP de Valladolid, secc. 1.<sup>a</sup>, 22 de diciembre de 1995 (AC 1995, 2449); SAP de Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, 7 de junio de 2013 (*JUR* 2013, 264269); y, SAP de Tarragona, secc. 1.<sup>a</sup>, 4 de enero de 2016 (*JUR* 2016, 63874).

<sup>115</sup> CUENA CASAS, M. (2014). Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario, *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 2, abril-junio, 33-34; ELORRIAGA BONIS, F. (1995). *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, *op. cit.*, 564; DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. y CARAPEZZA FIGLIA, G. (2012). El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas españolas e italiana, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 752, 3410-3411. *Vid.*, las SAP de Toledo, secc. 1.<sup>a</sup>, 28 de noviembre de 1995 (AC 1995, 2219); SAP de Murcia, secc. 1.<sup>a</sup>, 21 de junio de 1999 (JUR 1999, 272220); SAP de Barcelona, secc. 12.<sup>a</sup>, 3 de marzo de 2003 (JUR 2003, 196943); SAP de Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, 31 de mayo de 2007 (JUR 2007, 312681); y, SAP de Les Illes Balears, secc. 4.<sup>a</sup>, 17 de octubre de 2018 (LA LEY 170320/2018) los cónyuges pactaron una utilización de la vivienda familiar al 50% por ser susceptible de división física. El padre solicita una nueva distribución de los elementos del domicilio, alegando que la madre ha rehecho su vida con otra pareja en cuyo domicilio convive. Sin embargo, la Audiencia desestima esta pretensión y acuerda mantener lo acordado por falta de prueba de la convivencia de la madre con su nueva pareja, y además señala que «no puede hacerse depender la necesidad de vivienda del hijo menor de la estabilidad sentimental de la madre con la nueva pareja, ello en el supuesto en que se hubiese demostrado que conviven los tres en otra vivienda distinta a la familiar».

<sup>116</sup> *Vid.*, la SAP de Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, 4 de abril de 2016 (JUR 2016, 131580).

<sup>117</sup> *Vid.*, el AAP de Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, 16 de julio de 2002 (JUR 2002, 227646).

<sup>118</sup> Adoptando la doctrina fijada en la SAP de Valladolid, secc. 1.<sup>a</sup>, 15 de enero de 2018 (JUR 2018, 64717) que, es objeto del actual recurso de casación y obviando la posición fijada en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 3, de Valladolid, de 14 de abril de 2017, objeto de recurso de apelación, en el que se mantuvo el uso y disfrute de la vivienda familiar pese a la convivencia marital del cónyuge usuario con un tercero; y, sin embargo, se acordó modificar el importe de la pensión alimenticia reduciendo los 500 euros mensuales que estipuló la sentencia de divorcio en 400 euros mensuales —doscientos por cada hijo—. Se opta en lugar de por la extinción del uso, por reducir la pensión alimenticia.

<sup>119</sup> Se muestran partidarios de la doctrina fijada por el Tribunal Supremo, ORDÁS ALONSO, M. (2019). El matrimonio o convivencia marital con un tercero extingue el derecho de uso de la vivienda familiar: un halo de esperanza, *op. cit.*, 3 al afirmar que no puedo estar más de acuerdo con la sentencia. De hecho como hemos constatado en otra parte de nuestro estudio, es una idea que siempre ha defendido la autora; SALAS CARCELLER, A. (2019). La introducción de otra persona en el domicilio familiar y sus consecuencias respecto del derecho de uso atribuido en juicio de divorcio, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, enero, 5 (versión digital) al afirmar que «en el presente caso, el carácter de vivienda familiar ha desaparecido por la entrada de un tercero, dejando de servir con ello a los fines del anterior núcleo familiar. (...) Esta medida no priva a los menores de su derecho a una vivienda, ni cambia la custodia, que se mantiene a favor de la madre, pero no es posible mantenerlos en el uso de un inmueble que no tiene el carácter de domicilio familiar, puesto que dejó de servir a los fines que determinaron la atribución del uso en el momento de la ruptura matrimonial, tal atribución no puede extenderse más allá del tiempo necesario para liquidar la sociedad de gananciales existente entre ambos progenitores»; MÉNDEZ TOJO, R. (2019). 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, enero, 10. En contra, CUENA CASAS, M. (2018). La doctrina del TS sobre la extinción del derecho de uso de la vivienda familiar por convivencia marital con un tercero ¿Justicia a costa de legalidad?, *Blog Hay Derecho*, 9 de diciembre de 2018, 1-12. También en esta línea GARCÍA MAYO, M. (2019). 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, febrero, 11 para quien «la mera convivencia marital del cónyuge —o miembro de la pareja en su caso— beneficiario del uso de la vivienda familiar con un tercero, no puede ser estimado, *per se*, como una causa de extinción del referido derecho, pues, no lo contempla, como tal el Código civil como si ocurre en otras legislaciones forales y extranjeras». A lo que añade que «en cualquier caso existen o no hijos menores, cuando se entienda que se ha producido una alteración sustancial de las circunstancias que se tuvieron en cuenta en el momento

de la atribución, podrá instarse un procedimiento de modificación de medidas que podrá terminar declarando la extinción del uso atribuido. Posibilidad, esta última, que se aleja de la consideración de la reiterada circunstancia como un causa de extinción automática».

<sup>120</sup> *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 27 de junio de 2011 (RJ 2011, 4890).

<sup>121</sup> El demandante D. Basilio interpuso demanda de modificación de medidas contra D.<sup>a</sup> Nieves solicitando la extinción del derecho de uso de la vivienda que constituye el domicilio familiar a favor de la madre con hijos.

<sup>122</sup> En esta línea, PÉREZ MARTÍN, A.J. (2019). «Luces y sombras tras la STS de 20 de noviembre de 2018 que, extingue el uso de la vivienda por convivencia del progenitor custodia con un tercero», *Revista derecho de Familia*, núm. 82, enero-marzo (versión digital), 5.

<sup>123</sup> PÉREZ MARTÍN, A.J. (2019). Luces y sombras tras la STS de 20 de noviembre de 2018 que, extingue el uso de la vivienda por convivencia del progenitor custodia con un tercero, *op. cit.*, 9.

<sup>124</sup> CUENA CASAS, M. (2018). La doctrina del TS sobre la extinción del derecho de uso de la vivienda familiar por convivencia marital con un tercero ¿Justicia a costa de legalidad?, *op. cit.*, 10, considera que la liquidación «contenciosa» se puede prologar a 10 años. Para PÉREZ MARTÍN, A.J. (2019). «Luces y sombras tras la STS de 20 de noviembre de 2018 que, extingue el uso de la vivienda por convivencia del progenitor custodia con un tercero», *op. cit.*, 6 si se interpone un recurso de apelación contra la sentencia del inventario y otro recurso contra la sentencia de liquidación posiblemente señala «nos vamos a cuatro años, dándose la circunstancia que el uso estaba atribuido hasta la liquidación».

<sup>125</sup> LA LEY 37023/2018. Se convino por las partes que la atribución del uso de dos viviendas de las que son copropietarios ambos litigantes, tendría lugar hasta que se procediera la liquidación de la sociedad de gananciales. En el momento del divorcio las hijas del matrimonio eran mayores de edad e independientes. Ante la imposibilidad de alcanzar un acuerdo liquidatorio por la resistencia de la exesposa a poner fin a la comunidad patrimonial que ella misma había acordado, considera el Tribunal que esto constituye una modificación sobrevenida, sustancial y relevante de las circunstancias concurrentes que justifica la supresión de la atribución del uso de ambas viviendas, así como el desalojo de las mismas en la fecha de un mes desde la sentencia.

<sup>126</sup> PÉREZ MARTÍN, A.J. (2019). Luces y sombras tras la STS de 20 de noviembre de 2018 que, extingue el uso de la vivienda por convivencia del progenitor custodia con un tercero, *op. cit.*, 6 y 8, si bien, discrepa en que, no hace falta que la convivencia estable continúe en la actualidad, pues, basta con acreditar que esa convivencia en el domicilio familiar ha tenido lugar. *Vid.*, la SAP de Barcelona, secc. 18<sup>a</sup>, 10 de octubre de 2012 (JUR 2012, 369601) de la prueba aportada se constata la existencia de una relación estable y permanente en el tiempo.

<sup>127</sup> PÉREZ MARTÍN, A.J. (2019). Luces y sombras tras la STS de 20 de noviembre de 2018 que, extingue el uso de la vivienda por convivencia..., *op. cit.*, 9.

<sup>128</sup> *Vid.*, el artículo 233-24.2 b) del Código civil catalán que, posibilita en este supuesto tal extinción del uso. Asimismo, *Vid.*, la SAP Murcia, secc. 5.<sup>a</sup>, 9 de diciembre de 2009 (JUR 2010, 34610); y 15 de diciembre de 2009 (JUR 2010, 76302) en este caso la convivencia de la esposa con tercera persona sin que se le haya atribuido la guarda y custodia de los hijos determina el cese automático del uso y disfrute en exclusiva de la vivienda en el momento en que se liquide la sociedad de gananciales. Y, en la doctrina, ORDÁS ALONSO, M. (2019). *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrente*, *op. cit.*, 544; SALAS CARCELLER, A. (2019). La introducción de otra persona en el domicilio familiar y sus consecuencias..., *op. cit.*, 3.

<sup>129</sup> ORDÁS ALONSO, M. (2019). *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, *op. cit.*, 552. Para DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. y CARAPEZZA FIGLIA, G. (2015). El derecho de uso de la vivienda..., *op. cit.*, 3411 optan por acudir al abuso del derecho y el enriquecimiento injusto.

<sup>130</sup> En esta línea, ORDÁS ALONSO, M. (2019). El matrimonio o convivencia marital con un tercero extingue el derecho de uso de la vivienda familiar: un halo de esperanza, *op. cit.*, 2; MÉNDEZ TOJO, R. (2019). Extinción de la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges por convivencia con tercera persona..., *op. cit.*, 10.