

**INCIDENCIA DE LA CONVIVENCIA MARITAL EN LA VIVIENDA FAMILIAR  
SOBRE EL DERECHO DE USO ATRIBUIDO POR RAZÓN DE LA GUARDA DE LOS HIJOS:  
INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR E IMPLICACIONES DE GÉNERO**

*Esther Farnós Amorós*

Profesora *Tenure-Track* de Derecho civil  
Universidad Pompeu Fabra\*

---

TITLE: *The impact of cohabiting with a new partner in the family dwelling on the right of use awarded because of child custody: the child's best interests and gender issues*

RESUMEN: El punto de partida del presente trabajo es la norma del art. 96.1 CC que, en defecto de acuerdo, atribuye el uso de la vivienda familiar al progenitor que tras la crisis matrimonial obtiene la guarda de los hijos comunes menores de edad o en situación de discapacidad. En un contexto de ruptura y recomposición familiar, cada vez es más habitual que el progenitor titular del derecho de uso inicie una nueva relación de pareja con un tercero que pasa a convivir en la vivienda. En estas circunstancias, la STS (1ª) (Pleno) 20 noviembre 2018 (RJ 5086) inició una línea jurisprudencial que permite al progenitor propietario o copropietario que no tiene atribuido el derecho de uso solicitar con éxito su extinción. El trabajo somete a examen dicha línea jurisprudencial dados sus posibles efectos perjudiciales para los hijos, últimos beneficiarios del derecho de uso, y para las mujeres, quienes -por razones vinculadas a su rol social de cuidadoras principales y a su mayor desventaja económica respecto de los hombres- acostumbran a ser sus titulares. En ausencia de una respuesta legal específica, el trabajo propone prescindir de esta causa de extinción de origen jurisprudencial. En su lugar, sugiere valorar, a partir de un análisis caso por caso, si el nuevo matrimonio o la convivencia marital con un tercero implica un cambio relevante en la situación económica de los progenitores susceptible de extinguir el derecho de uso.

ABSTRACT: *The starting point of this paper is the rule of art. 96.1 of the Spanish Civil Code, which, if there is no agreement, awards the use of the family dwelling to the parent who, once the marriage comes to an end, is awarded the custody of minor children or children with disability. In a context of family breakdown and stepfamilies, it is increasingly common for the parent that is awarded the right of use to start a new relationship with a third party, who then goes to live in the family dwelling. In such circumstances, the ruling of the Spanish Supreme Court, 1<sup>st</sup> Chamber (Plenary), of 20 November 2018 (RJ 5086) was the first one in a new line of cases which allowed the parent who is the sole or joint owner of the dwelling and who has been deprived of the right of use to obtain the termination of this right. The paper scrutinises this case law, due to its especially harmful effects on children, who ultimately benefit from the right, and on women, who usually are the right's main holders due to their social role as primary carers, as well as to their economically disadvantaged position in relation to men. In the absence of a specific legal response, the author proposes that this ground for termination created by the courts is not applied. Instead, it suggests analysing, on a case-by-case basis, whether new marriage or marital cohabitation*

\* Este trabajo, cerrado el 8 de noviembre de 2021, se enmarca en la actividad del Grupo consolidado de Investigación en Derecho Patrimonial de la Universitat Pompeu Fabra (2017 SGR 1636) y del Instituto de Derecho Privado Europeo y Comparado de la Universitat de Girona.

*En memoria del profesor Ramón Casas Vallès.*

*with a third party implies a relevant change in the parents' financial situation that could terminate the right of use.*

PALABRAS CLAVE: atribución del derecho de uso sobre la vivienda familiar, guarda de los hijos, convivencia marital, causas de extinción del derecho, interés superior del menor, perspectiva de género.

KEY WORDS: *awarding the use of the family dwelling, child custody, marital cohabitation, grounds for termination of right of use, child's best interests, gender perspective.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. DATOS DE INTERÉS. 3. LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL Y EN LOS DERECHOS CIVILES AUTONÓMICOS. 3.1. *El «nuevo» artículo 96 del Código civil.* 3.2. *Los derechos civiles autonómicos.* 3.2.1. Consideraciones previas. 3.2.2. Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. 3.2.3. Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, por el que se aprueba el Código del Derecho Foral de Aragón. 3.2.4. Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, del País Vasco. 3.2.5. Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, o Fuero Nuevo. 4. LA CONVIVENCIA MARITAL EN LA VIVIENDA FAMILIAR COMO CAUSA DE EXTINCIÓN DEL DERECHO DE USO: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL. 4.1. *La división de las Audiencias.* 4.2. *Análisis crítico de la STS (1ª Pleno) 20 noviembre 2018.* 4.2.1. Antecedentes de hecho. 4.2.2. La desafectación o pérdida del carácter familiar de la vivienda. 4.2.3. El potencial sancionador de esta línea jurisprudencial: interés superior del menor e implicaciones de género. 4.2.4. Consolidación de la línea jurisprudencial. 5. EL NUEVO MATRIMONIO O LA CONVIVENCIA MARITAL CON UN TERCERO COMO CAUSA INDIRECTA DE EXTINCIÓN DEL DERECHO DE USO. 5.1. *Fundamento de la causa de extinción y relevancia indirecta.* 5.2. *La prueba de la convivencia marital.* 6. REFLEXIONES FINALES. BIBLIOGRAFÍA.

## 1. INTRODUCCIÓN

La atribución del derecho de uso sobre la vivienda familiar con motivo de la nulidad, separación o divorcio, regulada en el art. 96 CC, ha sido objeto de modificación por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (en adelante, Ley 8/2021), en vigor desde el pasado 3 de septiembre (DF 3ª). Dicha reforma, cuyo objetivo básico ha sido extender la protección a los hijos con discapacidad<sup>1</sup>, no ha afectado las reglas de atribución del derecho de uso, que se mantienen fieles a su versión original, introducida por la Ley 30/1981, de 7 de julio, por

<sup>1</sup> El nuevo art. 96 CC explicita la limitación temporal de la atribución del derecho hasta que todos los hijos comunes menores de edad alcancen la mayoría (art. 96.1.I, inciso primero, CC), contempla la minoría de edad de los hijos comunes con discapacidad como una circunstancia que permite la continuación temporal en el uso de la vivienda familiar tras alcanzar la mayoría (art. 96.1.I, inciso segundo, CC), equipara los hijos comunes mayores de edad con discapacidad a los menores en situación similar para el caso que sea conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar (art. 96.1.II CC), y declara que la restricción que dicha atribución comporta en la facultad dispositiva sobre la vivienda debe hacerse constar en el Registro de la Propiedad (art. 96.3 CC). Sobre los antecedentes del art. 96 CC y el sentido de la reforma, vid. GARCÍA MAYO, Manuel, «El uso de la vivienda familiar a la luz del nuevo art. 96 CC», *Revista de Derecho Civil* (2021), vol. VIII, núm. 3, pp. 187-221.

la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

La atribución del derecho de uso sobre la vivienda familiar es una de las medidas más controvertidas derivadas de la crisis matrimonial. Por sus efectos, que pueden calificarse de exorbitantes, constituye una medida singular, que nace en un contexto basado en modelos familiares tradicionales<sup>2</sup> y en el cual predomina el régimen de tenencia de la vivienda en propiedad<sup>3</sup>. Pese a las críticas que ha recibido, que comparto en cuanto proponen que la atribución del uso de la vivienda familiar sea un remedio subsidiario<sup>4</sup>, el presente trabajo parte de la opción legislativa que, en defecto de

<sup>2</sup> Además del CC español y algunas legislaciones autonómicas (vid. apartado 3.2.), la prevén, con algunas limitaciones y especialidades, el derecho francés (art. 285-1 del *Code*), el italiano (art. 337 *sexies* del *Codice*) o el holandés (art. 1:165 BW). Estas soluciones se diferencian de otras más habituales, basadas en la asignación en propiedad a uno de los cónyuges de la vivienda familiar y el ajuar doméstico comunes, con el fin de redistribuir la titularidad de los bienes en la liquidación del régimen económico matrimonial, normalmente con base en su mayor interés y en el de los hijos menores: vid. SCHERPE, Jens M., «The financial consequences of divorce in a European perspective», en SCHERPE, Jens M. (Ed.), *European Family Law*, Vol. III, Edward Elgar, Cheltenham and Camberley, 2016, pp. 146-208, en p. 154.

Los ordenamientos europeos que prevén una regla similar para las parejas de hecho son excepcionales: vid. BOELE-WOELKI, Katharina / FERRAND, Frédérique / GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina / JÄNTERÄ-JAREBORG, Maarit / LOWE, Nigel / MARTINY, Dieter / TODOROVA, Velina, *Principles of European Family Law Regarding Property, Maintenance and Succession Rights of Couples in 'de facto' Unions*, Intersentia, Cambridge, 2019, pp. 168-171. Pese a ello, a nivel de «soft law» el Principio 5:18 de los *Principles of European Family Law* (PEFL) elaborados por la *Commission on European Family Law*, relativos a la propiedad, los alimentos y los derechos de sucesión en parejas de hecho (2019), sí contempla tal posibilidad para el caso que la convivencia haya durado al menos cinco años o existan hijos menores o dependientes en común. Para una versión on-line de los principios, en castellano, vid. Spanish-De-Facto.pdf (ceflonline.net) [Consulta: 29 marzo 2021]. Dicha previsión se justifica, entre otros extremos, en la mayor exposición de las mujeres a riesgos económicos en el contexto de las relaciones familiares, con independencia del tipo de relación de que se trate y, en especial, cuando la relación finaliza.

<sup>3</sup> Vid., al respecto, los datos aportados en el último párrafo del apartado siguiente.

<sup>4</sup> Vid. MARTÍN MELÉNDEZ, María Teresa, *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (art. 96, P 1, 2 y 3 CC). Teoría y práctica jurisprudencial*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2005, pp. 147-163; LÓPEZ-BREA MARTÍNEZ, María Concepción, «El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de custodia compartida y tras la liquidación del patrimonio ganancial», en AA.VV., *El Derecho de familia ante la crisis económica. La liquidación de la sociedad legal de gananciales*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 257-304, en pp. 265 y ss. (edición en línea); MORALEJO IMBERNÓN, Nieves I., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», en GARRIDO MELERO, Martín / FUGARDO ESTIVILL, Josep Maria (Coords.), *Conflictos en torno a los patrimonios personales y empresariales*, Vol. 2, Tomo II, Bosch, Barcelona, 2010, pp. 963-1064, en p. 1027; PINTO ANDRADE, Cristóbal, «La atribución judicial de la vivienda familiar y su temporalización existiendo hijos menores de edad: actuales líneas jurisprudenciales y doctrinales», *Actualidad Civil* núm. 21, 2012, pp. 1-14; CUENA CASAS, Matilde: «Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario», *Revista de Derecho Civil* (2014), vol. I, núm. 2, pp. 9-39, en p. 16, «El régimen jurídico de la vivienda familiar», en YZQUIERDO TOLSADA, Mariano / CUENA CASAS, Matilde (Dirs.), *Tratado de Derecho de la Familia, Vol. III (Los regímenes económicos matrimoniales I)*, 2ª ed. (reimpresión revisada), Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 285-490, en pp. 388 y ss., y «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*

acuerdo, sigue atribuyendo el uso de la vivienda familiar al cónyuge que ostenta la guarda exclusiva de los hijos comunes (art. 96.1.I CC)<sup>5</sup>, con el fin de cuestionar la línea jurisprudencial iniciada por la STS (1ª) (Pleno) 20 de noviembre 2018 (RJ 5086), que permite extinguir dicho uso si se acredita la convivencia marital, en la vivienda, del progenitor guardador titular del uso con un tercero. La extinción del uso atribuido en un contexto de guarda compartida queda fuera del alcance de este trabajo, puesto que en estas circunstancias la atribución del uso siempre se limita temporalmente y, en último término, su extinción no afecta de forma tan directa el interés de los hijos<sup>6</sup>.

Los efectos de esta medida son especialmente severos cuando la vivienda familiar es propiedad exclusiva del cónyuge que no tiene atribuido su uso, bien porque la misma no se adquirió conjuntamente en un matrimonio celebrado bajo el régimen de separación de bienes (art. 1437 CC), bien porque se trataba de un bien privativo, pese a regirse el matrimonio por la sociedad de gananciales (art. 1346 CC). Dichos efectos se agravan cuando el inmueble se adquirió, como es habitual, mediante un crédito hipotecario y, en el momento de la crisis matrimonial, su titular todavía está haciendo frente a las cuotas hipotecarias<sup>7</sup>. Además, en ordenamientos como el catalán (art. 233-22 y 233-25 CCCat) o el navarro (Ley 72.V FN), en que, producida la ruptura, un cónyuge puede disponer unilateralmente de sus derechos sobre la vivienda, sin necesidad de recabar el consentimiento del otro o autorización judicial y sin perjuicio del derecho de uso<sup>8</sup>, la atribución de este derecho impide su enajenación voluntaria libre de cargas, lo que en caso de venta del bien puede comportar la depreciación de su valor de mercado.

---

9.12.2018; SANTOS MORÓN, María José, «La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de custodia exclusiva de un cónyuge: evolución jurisprudencial y anteproyecto de reforma», *Revista de Derecho Civil* (2014), vol. I, núm. 3, pp. 1-36; e YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, «La convivencia marital con un tercero hace perder a la vivienda su condición de vivienda familiar. Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2018 (641/2018)», en YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (Dir.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil)*, AEBOE-Dykinson, Madrid, 2018, pp. 165-174, en p. 172.

<sup>5</sup> Art. 96.I CC en su redacción anterior a la Ley 8/2021.

<sup>6</sup> Al respecto, vid. apartado 3.1. de este trabajo.

<sup>7</sup> CUENA CASAS, 2014, *Revista de Derecho Civil, cit.*, pp. 19 y ss.

<sup>8</sup> Cfr. con el art. 96.3 CC (art. 96.IV CC en su redacción anterior a Ley 8/2021), una norma limitadora de la facultad de disposición, puesto que el consentimiento se erige en el mecanismo de defensa de la posición del cónyuge al que la sentencia ha atribuido el uso: vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos, «Notas sobre adjudicación del uso de la vivienda familiar y responsabilidad hipotecaria (a propósito de una jurisprudencia del Tribunal Supremo)», en JIMÉNEZ LIÉBANA, Domingo (Coord.), *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor José González García*, Aranzadi-Thomson Reuters-Universidad de Jaén, Cizur Menor, 2012, pp. 1279-1286, en p. 1282. En términos similares al art. 96.3 CC se pronuncia el art. 12.14 de la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, del País Vasco (en adelante, LRFPV). En derecho aragonés, la ausencia de norma expresa conduce a la misma solución por aplicación supletoria del CC español (art. 1.2 CDFA).

En estas circunstancias no es extraño que el excónyuge no titular del derecho de uso que tiene conocimiento de que su excónyuge convive en la vivienda familiar con su nuevo cónyuge o pareja interponga una demanda de modificación de medidas derivadas de la separación o el divorcio (art. 90.3 y 91 CC y art. 775 LEC), con el fin de solicitar la extinción del derecho de uso que fue atribuido por sentencia -con base en la guarda exclusiva de los hijos comunes (art. 96.1.I CC)- o en convenio regulador.

A partir de este supuesto de hecho, el trabajo cuestiona la línea jurisprudencial iniciada por la mencionada STS 20 noviembre 2018, en que la Sala 1ª dio curso por primera vez a una demanda de extinción del derecho de uso, basada en la nueva convivencia marital de la exesposa<sup>9</sup>. La principal hipótesis del trabajo es que dicha jurisprudencia tiene efectos especialmente perjudiciales para los hijos menores de edad y para las mujeres, como principales titulares del derecho de uso sobre la vivienda familiar<sup>10</sup>. El elevado número de rupturas matrimoniales y el consiguiente incremento de familias reconstituidas con presencia de hijos no comunes<sup>11</sup> dotan a la cuestión de actualidad y relevancia práctica, como evidencia el intenso debate planteado a nivel jurídico<sup>12</sup>. En último término, a partir de algunas de las soluciones ofrecidas desde el derecho comparado y a nivel académico, el trabajo formula una propuesta alternativa a la línea jurisprudencial imperante.

## 2. DATOS DE INTERÉS

No hay datos estadísticos sobre la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar tras la ruptura. Pese a ello, de la regla que en defecto de acuerdo basa su atribución en

<sup>9</sup> Hasta entonces, la cuestión se había canalizado a través de peticiones de reajuste de la prestación de alimentos a favor de los hijos menores: al respecto, vid. la STS (1ª) 19 enero 2017 (RJ 754), que es objeto de análisis en el apartado 4.2.3.

<sup>10</sup> Pese a que legislaciones autonómicas como la catalana o la vasca aluden al cónyuge como beneficiario directo de la atribución del uso de la vivienda (vid. art. 233-20.7, 233-21.1, letra *a*, 233-21.3, 233-23.2 y 233-24.2 CCCat, y art. 12, apartados 9, 11 y 14 LRFVPV), en puridad los beneficiarios del derecho son los menores, mientras que el cónyuge es su titular: vid., entre otras, las RRDGRN 27 agosto 2008 (RJ 8285), 10 octubre 2008 (RJ 2009/634) y 9 julio 2013 (RJ 6668). Según la primera de las resoluciones citadas, el carácter familiar del derecho impone consecuencias especiales, «como la disociación entre la titularidad del derecho y el interés protegido por el mismo» (vid. FFJJ 1ª y 2ª). En este mismo sentido, vid. MARTÍN MELÉNDEZ, cit., pp. 239-242, y CUENA CASAS, 2017, cit., pp. 389-390.

<sup>11</sup> Al respecto, me remito al apartado siguiente y, en especial, a los datos aportados en nota 19.

<sup>12</sup> Vid. apartado 4.2.1.

la obtención de la guarda exclusiva de los hijos (art. 96.1.I CC)<sup>13</sup> se puede inferir que sus principales titulares siguen siendo las mujeres<sup>14</sup>.

	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
<b>Madre</b>	79,6%	76,2%	73,1%	69,9%	66,2%	65%	61,6%	58,1%	54,5%
<b>Padre</b>	5,3%	5,5%	5,3%	5,1%	5%	4,4%	4,2%	4,1%	3,9%
<b>Compartida</b>	14,6%	17,9%	21,2%	24,7%	28,3%	30,2%	33,8%	37,5%	41,4%
<b>Otros</b>	--	0,3%	0,4%	0,4%	0,5%	0,4%	0,4%	0,4%	0,3%

#### Evolución en la atribución de la guarda en España (2012-2020)

Fuente: Elaboración propia, a partir de la *Estadística de Nulidades, Separaciones y Divorcios* (ENSD)<sup>15</sup>

Entre 2012 y 2020 la guarda compartida pasó de otorgarse en un 14,6% de los procedimientos a un 41,4%. Pese a la tendencia cada vez más favorable a esta modalidad de guarda, la guarda exclusiva sigue siendo preferente y otorgándose, mayoritariamente, a favor de las madres. Si bien en los últimos años el porcentaje de guardas exclusivas a su favor ha disminuido considerablemente (del 79,6% de los casos en 2012 al 54,5% en 2020), en paralelo al mencionado aumento de las guardas compartidas, dicho porcentaje es claramente superior al de las atribuidas a los padres, que se mantiene bastante estable en unas cifras que van del 5,5% de los casos en 2012 al 3,9% de 2020. Esta diferencia importante a favor de la guarda materna se fundamenta en la existencia de variables psicosociales que evidencian una estructura

<sup>13</sup> Art. 96.I CC en su redacción anterior a la Ley 8/2021.

<sup>14</sup> La vinculación entre guarda exclusiva de los hijos y uso de la vivienda explica, además, que la primera se convierta a menudo en un elemento estratégico en la negociación previa al procedimiento de separación o divorcio: vid. LÓPEZ-BREA MARTÍNEZ, cit., pp. 261-262; ROCA I TRÍAS, Encarna, *Libertad y familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 192; y VALLESPÍN PÉREZ, David, «El derecho a rehacer la vida propia, tras el divorcio, y su repercusión en el uso de la vivienda familiar», *Práctica de Tribunales* (2019), núm. 137, pp. 1-11, en p. 2.

<sup>15</sup> Los datos anuales, desde 1998, pueden consultarse en la página web del INE. Disponible en [https://www.ine.es/dyngs/INEbase/operacion.htm?c=Estadistica\\_C&cid=1254736176798&menu=resultados&secc=1254736194764&idp=1254735573206](https://www.ine.es/dyngs/INEbase/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176798&menu=resultados&secc=1254736194764&idp=1254735573206) [Consulta: 18 octubre 2021].

Por tercer año consecutivo la última ENSD, publicada el 27 de septiembre de 2021 y correspondiente a 2020, incluye datos relativos a la incidencia de la guarda compartida en rupturas de matrimonios formados por personas del mismo sexo, que representa el 53,4% del total, enfrente del 41,4% en rupturas de matrimonios formados por personas de distinto sexo. Disponible en [https://www.ine.es/prensa/ensd\\_2020.pdf](https://www.ine.es/prensa/ensd_2020.pdf) [Consulta: 18 octubre 2021].

social desigual en el reparto de las funciones educativas y domésticas<sup>16</sup>. Los datos son coherentes con los relativos al pago de pensiones de alimentos a los hijos comunes y prestaciones compensatorias al excónyuge, que también presentan un claro sesgo de género. Puesto que entre 2012 y 2020 estas cifras han experimentado una evolución similar, destacaré tan solo las relativas a 2020, último año sobre el que hay datos disponibles. Así, del 58,8% de los casos de divorcio y separación de cónyuges de distinto sexo en que se asignó una pensión alimenticia a favor de los hijos, en el 61,4% su pago correspondió al padre, en el 3,8% a la madre y en el 34,8% a ambos cónyuges. Asimismo, del 8,5% de las separaciones y divorcios de cónyuges de diferente sexo en las que se fijó una pensión por desequilibrio a favor del ex cónyuge, su pago correspondió al marido en el 91,9% de los casos. Estos datos pueden completarse con los relativos al régimen de tenencia de la vivienda en España, según los cuales en 2020 el 76,9% de los hogares españoles ocupaba viviendas en propiedad, tanto con pagos pendientes como sin ellos, frente al 17,3%, que se encontraba en viviendas en alquiler<sup>17</sup>.

La generalización de la tenencia de la vivienda familiar en propiedad, unida a la vinculación entre guarda de los hijos y atribución del uso de la vivienda tras la crisis matrimonial, explica que las demandas de modificación de medidas que constituyen el supuesto de hecho del presente trabajo sean cada vez más frecuentes en España. Las cifras sobre rupturas matrimoniales<sup>18</sup> y recomposición familiar<sup>19</sup> avalan esta tesis.

<sup>16</sup> ZUBIKOA MENDIGUTXÍA, Marta, «Aspectos sociales de la ruptura de la pareja», en AA.VV., *Guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida*, Comisión de Igualdad del Consejo General del Poder Judicial, 2020, pp. 30-54, en p. 31.

<sup>17</sup> La «Encuesta Continua de Hogares», publicada el 7.4.2021, es accesible desde la página web del INE. Disponible en [https://www.ine.es/prensa/ech\\_2020.pdf](https://www.ine.es/prensa/ech_2020.pdf) [Consulta: 18 octubre 2021]. A nivel europeo, los últimos datos publicados comprenden hasta 2019. El régimen de tenencia en propiedad es también el más común en todos los Estados Miembros, donde en términos generales representa el 70% del total de hogares. Rumanía (96%), Hungría (92%) y Eslovaquia (91%) son los países con las tasas más elevadas de vivienda en propiedad, mientras que a la cabeza de los países con vivienda en régimen de alquiler se encuentran Alemania, Austria o Dinamarca, donde esta modalidad representa el 49%, el 45% y el 39%, respectivamente. Fuente: EUROSTAT, *House or flat – owning or renting*. Disponible en <https://ec.europa.eu/eurostat/cache/digpub/housing/bloc-1a.html> [Consulta: 18 octubre 2021].

<sup>18</sup> En 2019, la tasa de rupturas en España fue de 2,0 por cada mil habitantes, 0,2 puntos por encima de la media europea, en un contexto general de disminución de la tasa bruta de nupcialidad y de aumento de la de divorcio. Los últimos datos, correspondientes a 2019 y hechos públicos en mayo de 2021, pueden consultarse en la página web de EUROSTAT. Disponible en [https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Marriage\\_and\\_divorce\\_statistics#Fewer\\_marriages.2C\\_more\\_divorces](https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Marriage_and_divorce_statistics#Fewer_marriages.2C_more_divorces) [Consulta: 18 octubre 2021].

EUROSTAT no tiene en cuenta los datos relativos a 2020, el último sobre el que hay datos disponibles para España, donde se produjeron 1,7 rupturas por cada mil habitantes (vid. documento cit. en nota 15), por no considerarse representativos, dadas las restricciones motivadas por la COVID-19.

### 3. LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL Y EN LOS DERECHOS CIVILES AUTONÓMICOS

#### 3.1. El «nuevo» artículo 96 del Código civil

En defecto de acuerdo de los cónyuges, el art. 96.1.I CC -en la redacción introducida por la mencionada Ley 8/2021- atribuye en primer lugar el uso de la vivienda familiar «a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden, hasta que todos ellos alcancen la mayoría de edad.». Esta regla, formulada en términos imperativos, vincula la atribución del uso de la vivienda a la guarda exclusiva de los hijos, con independencia de la naturaleza privativa o común de aquella<sup>20</sup>.

Pese a su reciente reforma, el precepto sigue sin hacer referencia a la atribución del uso en los casos, cada vez más frecuentes, de guarda compartida<sup>21</sup>. El carácter limitado del precepto explica que la Sala 1ª del TS se haya tenido que pronunciar en diversas ocasiones sobre la atribución del uso en tales circunstancias. A falta de norma expresa,

---

<sup>19</sup> En 2001 las familias reconstituidas con presencia de hijos no comunes representaban el 4,5% del total de núcleos con hijos menores, mientras que en 2011 ya eran el 7,4%. Datos extraídos de los *Censos de Población y Viviendas de España*, elaborados por el INE cada diez años, por lo que el próximo debería referirse a 2021. Disponible en [https://www.ine.es/censos2011\\_datos/cen11\\_datos\\_inicio.htm](https://www.ine.es/censos2011_datos/cen11_datos_inicio.htm) [Consulta: 18 octubre 2021].

<sup>20</sup> MONTERO AROCA, Juan, *El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales (La aplicación práctica del art. 96 del Código Civil)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, p. 89.

<sup>21</sup> Ya lo habían denunciado, antes de la reforma introducida por la Ley 8/2021, DE VERDA BEAMONTE, José Ramón, «La atribución del uso de la vivienda familiar en casos de divorcio en el Derecho español: la superación del derecho positivo por la práctica jurisprudencial», *Actualidad Jurídica Iberoamericana* (noviembre 2015), núm. 3 bis, pp. 9-43, en pp. 15-21; ESCRIBANO TORTAJADA, Patricia, «Guarda y custodia compartida y atribución de la vivienda familiar», *Práctica de Tribunales* (2016), núm. 119 (edición en línea); ZUMAQUERO GIL, Laura, «La atribución judicial del uso de la vivienda familiar en caso de crisis matrimonial: régimen jurídico actual y propuestas de reforma», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial* (2016) núm. 41 (BIB 2016/85411), pp. 1-45, en p. 15; CUENA CASAS, 2017, cit., pp. 389 y 412 y ss.; CASTILLA BAREA, Margarita / CABEZUELO ARENAS, Ana Laura, «Disposiciones comunes a la nulidad, separación y divorcio (II)», en YZQUIERDO TOLSADA, Mariano / CUENA CASAS, Matilde (Dirs.), *Tratado de Derecho de la Familia, Vol. II (Las crisis matrimoniales)*, 2ª ed. (reimpresión revisada), Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 411-641, en p. 550; y ORDÁS ALONSO, Marta, *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, Bosch - Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2018, pp. 211 y ss.; PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier, «Artículo 96 CC», en DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés (Dir.), *Comentarios al Código civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 203-204, en p. 204; y DÍAZ MARTÍNEZ, Ana, «Artículo 96 CC», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Dir.), *Comentarios al Código civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, Tomo I, pp. 1000-1016, en p. 1000 (edición en línea). Los dos últimos consideraban que en estos casos debía estarse a lo prevenido por el art. 96.III (vigente art. 96.2), de modo que el criterio decisivo fuera el interés del progenitor más necesitado de protección. A favor, en cambio, de resolver estos casos a partir de la aplicación analógica del art. 96.II CC (vigente art. 96.1.IV) se pronunciaba LÓPEZ-BREA MARTÍNEZ, cit., pp. 281-283, y la jurisprudencia del TS cit. en nota 23.



la Sala 1ª ha recurrido a la aplicación analógica del art. 96.II CC<sup>22</sup>, que cuando algunos de los hijos quedan en compañía de un cónyuge y los restantes del otro permite a la autoridad judicial resolver «lo procedente»<sup>23</sup>. En todos estos casos, pese a decretarse una guarda compartida, el derecho de uso sobre la vivienda familiar también se ha acabado atribuyendo preferentemente a la madre<sup>24</sup>, aunque siempre con carácter limitado en el tiempo y no hasta la mayoría de edad de los hijos. Ello permite afirmar que la razón por que las mujeres siguen siendo con más frecuencia las titulares del derecho de uso no se explica solamente por su rol principal de guardadoras exclusivas de los hijos, sino también por otras diferencias de base estructural que las siguen situando en posiciones de desventaja económica respecto de los hombres y que justifican que también en caso de guarda compartida se les atribuya mayoritariamente el uso de la vivienda. En principio, esta preferencia también en los casos de guarda compartida debería permitir extender la hipótesis de este trabajo, según la cual la extinción del derecho por razón de la nueva convivencia marital con un tercero en la vivienda es especialmente perjudicial para los hijos menores y, en consecuencia, también para las mujeres. No obstante, es relevante que en los casos de guarda compartida ni la vivienda constituye el único hogar de los hijos ni, de extinguirse el uso sobre la misma, estos dejarán de habitar en ella durante aproximadamente la mitad de su tiempo, por lo que en el trabajo se prescinde de estos supuestos.

La norma sigue también sin resolver sobre la atribución del derecho de uso ante realidades familiares complejas que pueden resultar de fenómenos cada vez más frecuentes como la recomposición familiar. Ello explica que la Sala 1ª, al menos en dos ocasiones, ya se haya apartado de la regla general que atribuye el uso de la vivienda al progenitor que ostenta la guarda en exclusiva<sup>25</sup>. Con anterioridad, el carácter limitado

<sup>22</sup> Art. 96.1.IV en su redacción posterior a la Ley 8/2021.

<sup>23</sup> Ello obliga a ponderar las circunstancias del caso, de modo que es posible atribuir la vivienda al progenitor que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una -aunque no necesariamente hasta la mayoría de edad de los hijos-, en función del régimen de titularidad de la vivienda y el interés más necesitado de protección, que es el que permite compaginar los períodos de estancia de los hijos con los dos progenitores: vid., entre otras, las SSTS (1ª) 24 octubre 2014 (RJ 5180, FJ 3º), 9 septiembre 2015 (RJ 4179, FJ 4º), 17 noviembre 2015 (RJ 5392), 6 abril 2016 (RJ 1321, FJ 3º.3), 23 enero 2017 (RJ 363, FJ 2º), 12 mayo 2017 (RJ 2203, FJ 2º.3), 22 septiembre 2017 (RJ 4636, FJ 3º, y 4407, FJ 3º), 20 febrero 2018 (RJ 573, FJ 1º), 12 junio 2020 (RJ 1574, FJ 3º), 6 julio 2020 (RJ 2220) y 26 octubre 2020 (RJ 4165, FJ 3º). Solo en uno de estos doce casos, el segundo, el uso de la vivienda se atribuyó al padre.

<sup>24</sup> Vid. los casos cit. en nota anterior.

<sup>25</sup> Vid., al respecto, la STS (1ª) 17 octubre 2017 (RJ 4528), en que tras la ruptura de una unión extramatrimonial de la que había nacido una hija que concurría con otra hija menor que el padre tenía de una relación previa, se le atribuye el uso de vivienda familiar por aplicación analógica del art. 96.II CC (vigente art. 96.1.IV), con la consiguiente exclusión de su atribución a la madre y a la hija común a fin de proteger la relación personal entre las dos hermanas. Como circunstancias relevantes la sala tiene en cuenta que, pese a que el padre no tenía la guarda de la hija no común, sí convivía con esta en la

de la norma ya había motivado que la sala justificara su aplicación analógica a los casos de extinción de una pareja de hecho con hijos menores, con base en el interés superior del menor<sup>26</sup>.

En lo que aquí interesa, la norma sigue sin referirse a las causas de extinción del derecho de uso y, en consecuencia, no contempla la posibilidad de extinguirlo con motivo de la convivencia marital, en la misma, del progenitor guardador y titular del uso con un tercero<sup>27</sup>. Ello contrasta con el art. 101 CC, que respecto de la compensación por desequilibrio fijada en forma de pensión (art. 97 CC) sí prevé, entre otras causas de extinción, el nuevo matrimonio del acreedor o su convivencia marital con otra persona. Si el legislador de 1981 contempló dicha causa de extinción en relación con la pensión por desequilibrio pero no lo hizo al regular la atribución del derecho de uso sobre la vivienda, el silencio de la norma debería considerarse lo suficientemente explícito, en especial cuando los principales beneficiarios del uso son los hijos menores de edad, mientras que el de la pensión es uno de los cónyuges<sup>28</sup>.

---

vivienda familiar con cierta periodicidad para hacer efectivo su derecho a relacionarse con la menor; que la madre tenía otra vivienda a su disposición; y que la vivienda familiar era propiedad de los abuelos paternos: vid. el comentario de FERRER RIBA, Josep, «Atribución del uso de vivienda familiar en una ruptura de pareja de hecho concurriendo menores de edad hijos de distinto progenitor», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* (2018), núm. 108, pp. 51-68. Esta doctrina sirve de base a la Sala 1ª para dictar la STS 14 febrero 2018 (RJ 460). En el caso, el padre ostentaba la guarda exclusiva de dos hijas habidas de una relación anterior y la madre, quien tras la ruptura obtuvo la guarda exclusiva del hijo común y permaneció provisionalmente en la vivienda familiar propiedad del padre mientras este y sus otras hijas accedieron a una vivienda de alquiler, reclamaba para sí, entre otras medidas, el uso de la vivienda familiar. La mayor capacidad económica de la madre frente a la del padre resulta relevante para que las sucesivas instancias desestimen su pretensión. Pese a no tener origen en un caso de recomposición familiar, también tiene interés la SAP Islas Baleares (4ª) 14 abril 2021 (JUR 184766), que - a partir de una interpretación analógica del art. 96.III CC (vigente art. 96.2)- mantiene la atribución del uso de la vivienda familiar a favor de la madre, pese a que las hijas comunes menores de edad residían con el padre en Londres (FJ 4º).

<sup>26</sup> En este sentido, vid. las SSTS (1ª) 1 abril 2011 (RJ 3139) y 22 febrero 2017 (RJ 1079). En el mismo sentido, aunque con carácter «obiter dicta», se pronuncia la más reciente STS (1ª) 24 marzo 2021 (RJ 1307, FJ 3º.A).

<sup>27</sup> Pese a ello, vigente la versión original del precepto, introducida por la Ley 30/1981, un autor se refería al «nuevo matrimonio del ex cónyuge» como causa que permitía limitar temporalmente la utilización de la vivienda: GARCÍA CANTERO, Gabriel, «Artículo 96 CC», en ALBALADEJO, Manuel (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1982, pp. 3-4 (edición en línea). Otro autor extendía esta interpretación, que considero muy discutible, a los casos de convivencia marital con otra persona: vid. ESPIAU ESPIAU, Santiago, *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1992, p. 261. A favor de interpretar caso por caso circunstancias tales como «el matrimonio de este cónyuge con otro, la unión extramatrimonial o la convivencia con otros parientes, etc.», vid. O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, «El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales», *Actualidad Civil* (1986), núm. 19, pp. 1329-1339, en p. 1339.

<sup>28</sup> En este sentido, con posterioridad a la STS (1ª) 20 noviembre 2018, CUENA CASAS, 2018, cit., y RUBIO GIMENO, Gemma, «Ús de l'habitatge per raó de la guarda dels fills menors i la introducció d'un tercer: revisió de la regulació catalana a propòsit de la sentència del Tribunal Suprem 641/2018, de 20 de

La principal finalidad de la atribución del uso de la vivienda es el mantenimiento de las condiciones familiares existentes antes de la ruptura, por lo que la norma que en defecto de acuerdo atribuye dicho uso a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden tiene un marcado carácter asistencial<sup>29</sup>. El interés de los hijos (*favor filii*) en mantener una estabilidad en la residencia que haga menos traumático el cambio que ya supone la separación o divorcio de sus progenitores vendría a justificar la «expropiación» que en el orden patrimonial padece el titular de la vivienda en el cumplimiento de los deberes que le corresponden respecto de los hijos. Ahora bien, el automatismo en la atribución del uso magnifica sobremanera el impacto que para los menores tiene un cambio de vivienda tras un proceso de crisis matrimonial, en perjuicio de los intereses y necesidades también dignas de protección del progenitor no guardador, puesto que la ley prescinde de cualquier criterio de capacidad económica del guardador. En este contexto, cada vez son más las voces favorables a que la asignación del uso de la vivienda familiar por razón de la guarda exclusiva de los hijos sea un remedio subsidiario para los casos en que no se pueda garantizar de otro modo su derecho de habitación<sup>30</sup>.

El Anteproyecto de Ley sobre ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, presentado por el Ministerio de Justicia en 2013, contemplaba una reforma integral del art. 96 que, entre otras novedades, eliminaba el automatismo que implicaba la atribución del uso al cónyuge que ostentara la guarda de los hijos, a la vez que preveía una compensación económica indirecta para el caso de atribución del uso<sup>31</sup>. No obstante, en términos generales la propuesta se seguía

---

noviembre de 2018», *Revista Catalana de Dret Privat* (2019), vol. 20, pp. 37-74, en p. 41. A la misma conclusión habían llegado, antes de la STS, MARTÍN MELÉNDEZ, cit., p. 156, y MORALEJO IMBERNÓN, cit., p. 1051, para quienes la convivencia marital o el nuevo matrimonio del beneficiario del uso solo puede ser causa de extinción del derecho cuando aquel se hubiese atribuido en atención a la necesidad de uno de los cónyuges. En la jurisprudencia, vid. la SAP Asturias (1ª) 20 febrero 2009, cit. en nota 52.

<sup>29</sup> ROCA TRÍAS, Encarna, «Artículo 96 CC», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido / Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis / BERCOVITZ, Rodrigo / SALVADOR CODERCH, Pablo (Dirs.), *Comentario del Código Civil*, 2ª ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, Tomo I, pp. 398-402, en pp. 398-399.

<sup>30</sup> Vid. MARTÍN MELÉNDEZ, cit., pp. 147-163; LÓPEZ-BREA MARTÍNEZ, cit., pp. 265 y ss.; MORALEJO IMBERNÓN, cit., p. 1027; PINTO ANDRADE, cit., pp. 1-14; CUENA CASAS: 2014, *Revista de Derecho Civil*, cit., p. 16, 2017, cit., pp. 388 y ss., y 2018, cit.; SANTOS MORÓN, cit.; e YZQUIERDO TOLSADA, cit., p. 172. En la misma línea, vid. el documento de Conclusiones del «IV Encuentro de Magistrados y Jueces de familia y Asociaciones de Abogados de Familia y VI Jornadas nacionales de Magistrados, Jueces de Familia, Fiscales y Secretarios Judiciales», celebrado en Valencia del 26 a 28 de octubre de 2009. Disponible en <http://www.icasv-bilbao.com/images/comisiones/ConclusionesFamiliaValencia.pdf> [Consulta: 3 mayo 2020].

<sup>31</sup> Disponible en

<http://www.juecesdemocracia.es/LegislacionActual/Anteproyecto%20de%20Ley%20Custodia%20Compartida%20CM%2019-7-13.pdf> [Consulta: 8 mayo 2020].

considerando insuficiente<sup>32</sup>. El texto, que llegó a ser objeto de informe y dictamen por los altos órganos consultivos del Estado, no llegó a presentarse como proyecto de ley en el Congreso. Pese a que el art. 96 se ha visto finalmente modificado por la Ley 8/2021, la reforma no altera, como ya se ha dicho, las reglas básicas de atribución del derecho de uso sobre la vivienda familiar<sup>33</sup>.

A nivel académico, la Propuesta de Código civil presentada por la Asociación de Profesores de Derecho civil en 2018<sup>34</sup> no solo pretende poner fin al automatismo guarda-atribución del uso, puesto que si existen hijos menores lo atribuye a quien ostente su guarda siempre que «no disponga de medios suficientes para proporcionar un entorno adecuado al menor» (art. 219-25.1)<sup>35</sup>, sino que también contempla una norma expresa de extinción del derecho, que distingue en función de si este fue conferido por razón de la guarda o de la mayor necesidad de un cónyuge (art. 219-29). Si bien «el matrimonio o convivencia del usuario con tercera persona» solo se prevé como causa de extinción en el segundo caso y el primero remite a la finalización de la guarda, este contiene un último inciso de formulación abierta que permite a la autoridad judicial «decretar una limitación temporal cuando dicho mantenimiento comprometa gravemente la economía del cónyuge no adjudicatario o fomente situaciones abusivas.». A juzgar por la Exposición de Motivos del texto, según la cual «en justicia, la creación de una nueva unidad familiar no ha de imponer sobre el anterior cónyuge gastos que deben recaer ya sobre los componentes de esta última»<sup>36</sup>, dicha cláusula parece concebida para ser aplicada, tras un análisis caso por caso, a situaciones como las que son objeto de este trabajo.

### 3.2. Los derechos civiles autonómicos

#### 3.2.1. Consideraciones previas

En contraposición al Código civil, los derechos civiles autonómicos que regulan la atribución del derecho de uso sobre la vivienda familiar con motivo de la crisis sí

<sup>32</sup> Por todos, CUENA CASAS, 2014, *Revista de Derecho Civil*, cit., p. 33; SANTOS MORÓN, cit., pp. 12 y ss.; y ZUMAQUERO GIL, cit., pp. 28 y ss.

<sup>33</sup> El contenido del vigente art. 96 es idéntico al del previsto en el Proyecto de ley (BOCG núm. 27-1, de 17 de julio de 2020), el cual ya había sido objeto de críticas: RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca, «La extinción del derecho de uso de la vivienda familiar: nuevas perspectivas», *Revista Boliviana de Derecho* (julio 2020), núm. 30, pp. 100-121, en pp. 105-106.

<sup>34</sup> ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Propuesta de Código civil*, Tecnos, Madrid, 2018, pp. 1-884, en p. 384. Disponible en [http://www.derechocivil.net/images/libros/obra\\_completa.pdf](http://www.derechocivil.net/images/libros/obra_completa.pdf) [Consulta: 17 septiembre 2020].

<sup>35</sup> Vid. pp. 132-133 de la Exposición de Motivos de la propuesta cit. en nota 34.

<sup>36</sup> Vid. pp. 133-134 de la Exposición de Motivos de la propuesta cit. en nota 34.

distinguen en función de la guarda exclusiva o compartida de los hijos, y en algún caso incluso prevén las causas de extinción del derecho y comprenden, entre ellas, la convivencia marital del cónyuge titular del derecho con un tercero. A estas legislaciones autonómicas se dedican los subapartados siguientes, que las presentan en orden cronológico, en función de su más o menos reciente aprobación<sup>37</sup>.

3.2.2. Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia

En ausencia de pacto entre los cónyuges, el art. 233-24 CCCat contiene reglas distintas de extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar, en función de la causa que motivó su atribución. Así, conforme con su apartado 1, si el derecho de uso «se atribuyó por razón de la guarda de los hijos», el mismo se extingue por la finalización de esta. En cambio, cuando el derecho de uso se atribuyó con carácter temporal por razón de la necesidad del cónyuge<sup>38</sup>, entre las causas de extinción del derecho destaca, a los efectos de este trabajo, el matrimonio o convivencia marital del cónyuge beneficiario del uso con otra persona (art. 233-24.2, letra *b*, CCCat)<sup>39</sup>. Estas reglas también resultan de aplicación en caso de disolución de una pareja estable, a partir de la remisión que hace al art. 233-24, entre otros preceptos relativos a la atribución del uso de la vivienda en caso de crisis matrimonial, el art. 234-8.4 CCCat, situado dentro del capítulo dedicado a la convivencia estable en pareja. Ahora bien, a diferencia de los casos de ruptura matrimonial, a falta de acuerdo el art. 234-8.2 solo prevé la atribución del uso de la vivienda familiar si la pareja tiene hijos comunes menores de edad. En estos casos, a partir de la remisión a las normas relativas a la ruptura matrimonial, el uso se atribuye preferentemente al miembro de la pareja a quien corresponda su

<sup>37</sup> Quedan fuera de este análisis los derechos civiles autonómicos que, como el gallego o el balear, solo regulan algunas instituciones de derecho de familia y, en consecuencia, no prevén los efectos de la ruptura matrimonial ni, por ende, la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar.

<sup>38</sup> Conforme con los apartados 3 y 4 del art. 233-20 CCCat, son supuestos de atribución por razón de la necesidad de un cónyuge los de guarda compartida o distribuida entre ambos progenitores; ausencia de hijos o hijos mayores de edad; previsible extensión de la necesidad del progenitor que obtuvo el uso de la vivienda por razón de la guarda de los hijos más allá de la mayoría de edad de estos; y casos en los que, pese a existir hijos menores, la autoridad judicial atribuye el uso de la vivienda familiar al cónyuge que no tiene su guarda si es el más necesitado, y el que tiene la guarda tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos. Para todos estos casos el art. 233-20.5 dispone que la atribución del uso de la vivienda a uno de los cónyuges «debe hacerse con carácter temporal y es susceptible de prórroga, también temporal, si se mantienen las circunstancias que la motivaron».

<sup>39</sup> Esta causa de extinción se calificó como un «avance» generador de «cierta “clandestinidad” en las nuevas relaciones y que obligará a los tribunales a dilucidar qué debe entenderse a estos efectos por convivencia marital»: CASO SEÑAL, Mercedes, «Artículo 233-24 CCCat», en ROCA TRÍAS, Encarnación (Coord. general) / ORTUÑO MUÑOZ, Pascual (Coord. de volumen), *Persona y familia. Libro segundo del Código civil de Cataluña*, Sepín, Las Rozas, 2011, pp. 929-933, en p. 932.

guarda, mientras dure esta (letra *a*), y en caso de guarda compartida o distribuida entre ambos miembros de la pareja, al que tenga mayor necesidad (letra *b*)<sup>40</sup>.

El art. 233-24.1, al prever la extinción del derecho de uso atribuido «por razón de la guarda de los hijos» por la finalización de esta, no precisa si se refiere a la guarda exclusiva (art. 233-20.2 CCCat) o compartida (art. 233-20.3, letra *a*, CCCat). Ello plantea si la referencia a la atribución del uso por razón de la guarda comprende también los supuestos de guarda compartida en que el uso se atribuye al cónyuge más necesitado (art. 233-20.3, letra *a*, CCCat). De ser así, la causa de extinción basada en el matrimonio o la convivencia marital del beneficiario con un tercero (art. 233-24.2, letra *b*) tampoco podría operar en los casos de guarda compartida. A mi modo de ver esta interpretación resulta un tanto forzada, puesto que de acuerdo con el art. 233-20.3.a), en caso de guarda compartida o distribuida entre los progenitores la autoridad judicial debe atribuir el uso de la vivienda al cónyuge más necesitado, por lo que debe entenderse que su extinción no puede estar vinculada a la finalización de la guarda (art. 233-24.1), sino a las otras causas de extinción del art. 233-24.2, entre las que se encuentra el matrimonio o convivencia marital del cónyuge beneficiario del uso con otra persona. Puesto que en estos casos ambos cónyuges son guardadores, no sirve el criterio preferencial del art. 233-20.2 CCCat, sino que se adopta el de la mayor necesidad, que deberá también tener en cuenta la que pueda derivar de las específicas circunstancias que concurren en cada hijo<sup>41</sup>. El hecho de que el contenido del apartado 2 del art. 233-20 (atribución del uso por razón de la guarda) se contraponga al de los apartados 3 y 4 del mismo precepto (atribución del uso por razón de la mayor necesidad, lo que comprende el supuesto de guarda compartida), puesto en relación con las causas de extinción del uso de los apartados 1 y 2 del art. 233-24, viene a confirmar esta tesis.

<sup>40</sup> La remisión directa a las normas propias del matrimonio que efectúa para estos casos el art. 234-8.4 se limita a los arts. 233-20, apartados 6 y 7, y 233-21 a 233-25, por lo que queda fuera el art. 233-20.3, el cual permite atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge más necesitado.

<sup>41</sup> En este sentido, vid. EGEA FERNÁNDEZ, Joan, «Article 233-20 CCCat», en EGEA FERNÁNDEZ, Joan / FERRER RIBA, Josep (Dir.) / FARNÓS AMORÓS, Esther (Coord.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d'ajuda mútua*, Atelier, Barcelona, 2014, pp. 502-513, en p. 509; y CASO SEÑAL, «Artículo 233-24 CCCat», en ROCA TRÍAS (Coord. general) / ORTUÑO MUÑOZ (Coord. de volumen), cit., pp. 931-932. Para esta última es relevante que el legislador catalán quiso diferenciar las causas de extinción en uno y otro supuesto. En contra, BAYO DELGADO, para quien tampoco en los casos de guarda compartida el matrimonio o la convivencia del cónyuge beneficiario del uso puede suponer la extinción de la atribución porque ello implicaría discriminar negativamente a los hijos en guarda compartida en relación con los hijos en guarda exclusiva, lo que vulneraría el art. 39 CE: BAYO DELGADO, Joaquim, «Atribució o distribució de l'ús de l'habitatge familiar. Prestació compensatòria i prestació alimentària», en INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT - UNIVERSITAT DE GIRONA (Coord.), *Qüestions actuals del dret català de la persona i de la família. Materials de les Dissetenes Jornades de Dret català a Tossa*, Documenta Universitaria, Girona, 2013, pp. 355-374, en p. 364.

Esta interpretación, que una autora ha considerado compatible con el Código civil español por mucho que este guarde silencio sobre la atribución del uso en los supuestos de guarda compartida<sup>42</sup>, ha sido avalada por la STSJ Cataluña (Civil-Penal) 16 diciembre 2019 (JUR 2020\94119)<sup>43</sup>. La sentencia tiene origen en una demanda de modificación de medidas interpuesta por el padre, quien solicitaba algunos cambios en el régimen de guarda compartida establecido en procedimiento judicial de disolución de pareja estable de mutuo acuerdo, así como la extinción de la atribución del uso de la vivienda familiar propiedad de ambos progenitores, que pertenecía a la madre, por convivencia marital de esta en la misma con una tercera persona. El Juzgado y la Audiencia estimaron la pretensión del demandante. El TSJ estima los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la madre, al entender que no quedó probada dicha convivencia (FFJJ 1º y 2º). Y añade que, de haberse probado, puesto que los hijos se encontraban bajo un régimen de guarda compartida y, en consecuencia, la atribución del uso a la madre se había hecho en base al «interés más digno de protección», hubiera resultado de aplicación la causa de extinción basada en la convivencia marital del beneficiario del uso con otra persona (FJ 2º.3)<sup>44</sup>.

En consecuencia, el precepto que regula la causa de extinción del derecho de uso basada en el matrimonio o la convivencia marital del cónyuge beneficiario con otra persona (art. 233-24.2, letra *b*), interpretado *a contrario*, junto con la prevalencia del interés de los hijos menores, permite afirmar que en aplicación del derecho civil catalán dicha causa de extinción no opera cuando el uso no fue atribuido con carácter temporal por razón de la necesidad del cónyuge, sino de la guarda exclusiva de los menores<sup>45</sup>.

<sup>42</sup> DÍAZ MARTÍNEZ, «Artículo 96 CC», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), cit., p. 1007.

<sup>43</sup> En relación con el Código civil español, en esta misma línea, vid. las SSAP cit. en el apartado 4.2.3.

<sup>44</sup> La misma reflexión realiza, también con carácter «obiter dicta», la SAP Barcelona (18ª) 20 marzo 2018 (JUR 102817), en un caso en que la madre ostentaba la guarda exclusiva de la hija común: «Cuestión distinta sería que, habiéndose establecido un sistema de custodia compartida, se hubiera optado por atribuirle a la madre el uso de la vivienda por ser el suyo el interés más necesitado de protección, causa prevista en el artículo 233-20.3, apartado a)» (FJ 2º).

<sup>45</sup> A favor de establecer, con carácter general, los supuestos de extinción que el *Codi* solo contempla para los casos de uso otorgado por razón de la mayor necesidad de un cónyuge a los casos de uso atribuido por razón de la guarda exclusiva, se pronuncia MOLL DE ALBA LACUVE, Chantal, «Análisis crítico de la regulación de la extinción del uso de la vivienda familiar en el Código civil catalán y reforma del art. 96 CC», en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo (Dir.) / GARCÍA MAYO, Manuel (Coord.), *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*, Ed. Reus, Madrid, 2017, pp. 203-212, en pp. 206 y 212. También favorable a esta línea, aunque de forma más matizada, solo cuando existen las garantías oportunas (por ejemplo, que el guardador tenga posibilidad real de adquirir la mitad propiedad del no guardador), VALLESPÍN PÉREZ, cit., p. 4.

Esta interpretación debe matizarse cuando, pese a haberse atribuido el uso de la vivienda por razón de la guarda exclusiva, la causa de extinción basada en la convivencia marital del progenitor guardador se hubiere pactado en convenio regulador<sup>46</sup>. En este caso, antes de homologar el convenio la autoridad judicial debería valorar si la extinción pactada puede perjudicar el interés de los hijos menores (art. 231-20, 233-3.1 y 233-5.3 CCCat)<sup>47</sup>.

### 3.2.3. Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, por el que se aprueba el Código del Derecho Foral de Aragón

El derecho aragonés regula la atribución del uso de la vivienda familiar y del ajuar en el art. 81 CDFA. El precepto distingue en función del carácter compartido o exclusivo de la guarda. En caso de guarda compartida prevé que el uso se atribuya «al progenitor que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda» y, en su defecto, establece que «se decidirá por el Juez el destino de la vivienda en función del mejor

<sup>46</sup> También así lo han admitido, «obiter dicta», las SSAAPP Girona (1ª) 22 octubre 2019 (JUR 313271) y Barcelona (12ª) 10 marzo 2021 (JUR 155044), que desestiman la demanda de extinción de la atribución del uso de la vivienda familiar a la madre por convivencia marital en el inmueble con su nueva pareja. Pese a que en el primer caso la extinción del uso se había pactado en convenio regulador, la AP prescinde de esta circunstancia puesto que lo acordado fue que el uso se extinguiría cuando la hija menor dejara de convivir con su madre o cumpliera 23 años, y ninguno de estos extremos se había producido. Para la AP es relevante que «Los hoy litigantes, pudiendo prever entre las causas de extinción de la atribución de uso exclusivo el nuevo matrimonio de la apelante, no lo hicieron.» (FJ 2º). En el segundo caso, la AP tiene en cuenta que «en el convenio se pactó la atribución del uso por razón de la guarda y no se pactó ninguna causa de extinción, como podría ser la convivencia de la Sra. Rosario con una tercera persona» (FJ 3º).

<sup>47</sup> En este sentido, EGEA FERNÁNDEZ, Joan, «Article 233-24 CCCat», en EGEA FERNÁNDEZ / FERRER RIBA (Dir.) / FARNÓS AMORÓS (Coord.), cit., pp. 527-533, en p. 530. En el mismo sentido, respecto del CC español, LÓPEZ-BREA MARTÍNEZ, cit., p. 281; MAGRO SERVET, Vicente, «Incidencia de la convivencia marital con un tercero del progenitor custodio sobre el derecho de uso de la vivienda atribuido a los hijos y a éste/a» (foro abierto), *Boletín de Derecho de Familia*, El Derecho, 2010 (EDC 2010/1013826), pp. 1-25, en pp. 12-13; GIL MEMBRADO, Cristina, *La vivienda familiar*, Ed. Reus, Madrid, 2013, pp. 127-128; GARCÍA MAYO, Manuel: *Vivienda familiar y crisis de pareja: régimen jurídico*, Ed. Reus, Madrid, 2019, pp. 478-479, «Extinción del derecho de uso de la vivienda familiar por la convivencia marital con un tercero: ¿y el interés del menor?», *Actualidad civil* (2019), núm. 2, pp. 1-16, en p. 10; y GALLARDO RODRÍGUEZ, Almudena, *Controversias en torno a la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, La Ley, Madrid, 2020, p. 354. A favor, en todo caso, de la eficacia vinculante de estas cláusulas pactadas en convenio parecen pronunciarse ORDÁS ALONSO, 2018, cit., pp. 547 y ss., y BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, «La extinción del derecho de uso de la vivienda familiar, en especial por convivencia marital del usuario con otra persona», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (2019), núm. 774, pp. 2002-2042, en p. 2015. En el mismo sentido, vid. el documento de conclusiones del «IV Encuentro de Magistrados y Jueces de familia y Asociaciones de Abogados de Familia y VI Jornadas nacionales de Magistrados, Jueces de Familia, Fiscales y Secretarios Judiciales», cit. en nota 30, cuya medida 5ª c) dispone: «No existe obstáculo para la aprobación de cláusulas contractuales incluidas en el convenio regulador por las que se establezca la extinción del derecho de uso por la convivencia marital del titular del derecho con una tercera persona en el domicilio familiar.»



interés para las relaciones familiares.» (art. 81.1 CDFa). En caso de guarda exclusiva opta, siguiendo la regla general del Código civil, por la atribución del uso al cónyuge guardador «salvo que el mejor interés para las relaciones familiares aconseje su atribución al otro progenitor» (art. 81.2 CDFa).

La norma, que no prevé las causas de extinción de la atribución del derecho de uso, establece, en primer lugar, que dicha atribución, con independencia de la causa que la motivó, «debe tener una limitación temporal que, a falta de acuerdo, fijará el Juez teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada familia.» (art. 81.3 CDFa). En ello se ha visto, precisamente, una voluntad de «no lesionar el interés del otro padre»<sup>48</sup>. En segundo lugar, para los casos de tenencia en propiedad de la vivienda familiar por parte de los progenitores, dispone que «el Juez acordará su venta, si es necesaria para unas adecuadas relaciones familiares.» (art. 81.4 CDFa).

3.2.3. Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, del País Vasco

El art. 12.11.d) LRFPV prevé como causa de extinción del derecho de uso, con independencia de la circunstancia que hubiera motivado su atribución -ya fuera esta la guarda exclusiva o la mayor necesidad en caso de guarda compartida o de no obtención de la guarda (art. 12, apartados 1 a 4)-, «El matrimonio o convivencia marital del beneficiario del uso con otra persona, *salvo que expresamente se hubiera pactado lo contrario*.». En consecuencia, esta causa de extinción opera en el País Vasco de forma automática y con independencia de la modalidad de guarda, de modo que si los progenitores no desean que en caso de nuevo matrimonio o convivencia marital el uso se extinga deberán alcanzar un acuerdo al respecto. Aunque la norma permite a los progenitores renunciar a dicha causa de extinción, considero que preverla con carácter general y automático puede perjudicar el interés de los hijos menores cuando el uso se atribuyó con base en su guarda exclusiva. Es por ello que la extinción del uso en estas circunstancias debería ser objeto de una valoración caso por caso por la autoridad judicial<sup>49</sup>.

<sup>48</sup> SERRANO GARCÍA, José Antonio, «Artículo 81 CDFa», en DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús (Dir.) / BAYOD LÓPEZ, María del Carmen / SERRANO GARCÍA, José Antonio (Coords.), *Comentarios al Código del Derecho Foral de Aragón*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 198-201, en p. 200 (edición en línea).

<sup>49</sup> También crítica con dicho automatismo, CASTELLANOS CÁMARA, para quien «ni la situación económica del adjudicatario mejora de forma automática por tener una nueva pareja [...], ni, lo que es más importante, aquel hecho garantiza *per se* que la necesidad de habitación del menor [...] vaya a quedar de otro modo debidamente cubierta»: CASTELLANOS CÁMARA, Sandra, «La atribución del uso de la vivienda familiar en el Derecho civil vasco», en GALLARDO RODRÍGUEZ / ESTACONA PÉREZ / BERTI DE MARINIS (Coords.), cit., pp. 277-291, en p. 289.

### 3.2.5. Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, o Fuero Nuevo

La Ley 72 FN, bajo el título «Habitación de los menores», regula de forma novedosa en derecho navarro los criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en caso de guarda individual y compartida<sup>50</sup>. La legislación navarra tampoco se refiere a las causas de extinción del derecho de uso. En caso de guarda individual la atribución del uso se vincula al tiempo de duración de la guarda: al respecto, el segundo párrafo de la Ley 72 FN establece que «el juez atribuirá el uso de la vivienda a los menores y al progenitor en cuya compañía permanezcan *durante el tiempo en que se mantenga dicha situación de guarda*», con la salvedad de «que dicho progenitor pueda garantizar suficiente y adecuadamente sus necesidades de habitación por otros medios, en cuyo supuesto resolverá lo procedente sobre su atribución y, en su caso, duración de la misma, en atención a los intereses más necesitados de protección.». En caso de guarda compartida el tercer párrafo de la Ley 72 simplemente prevé que se acuerde la atribución del uso a favor de uno o de ambos progenitores «por el tiempo que razonablemente se estime adecuado» en atención a una serie de circunstancias, entre las que figuran el concreto sistema de reparto del tiempo establecido en la guarda y contactos, o el arraigo personal, social y educativo de cada uno de los menores en el entorno en el que se encuentre la vivienda. La referencia al «tiempo que razonablemente se estime adecuado» deja la decisión última en manos de la autoridad judicial, que deberá atender a las circunstancias del caso concreto.

## 4. LA CONVIVENCIA MARITAL EN LA VIVIENDA FAMILIAR COMO CAUSA DE EXTINCIÓN DEL DERECHO DE USO: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

### 4.1. *La división de las Audiencias*

La STS (1ª) (Pleno) 20 noviembre 2018 (RJ 5086) ha dado respuesta a una cuestión que el Código civil no regula y sobre la que las Audiencias venían manteniendo posiciones antagónicas, aunque con cierta prevalencia de la línea jurisprudencial contraria a la extinción del derecho de uso por convivencia marital en la vivienda, con base en el interés superior del menor. Las dos sentencias que se presentan a continuación ilustran bien ambas posiciones.

<sup>50</sup> Al respecto, vid. RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, Julia, «Comentario a la Ley 72», en RUBIO TORRANO, Enrique / ARCOS VIEIRA, María Luisa (Dir.), *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, 2ª ed., Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 303-310.

A favor de la extinción destaca la SAP Almería (1ª) 19 marzo 2007 (AC 505). En el caso, el uso de la vivienda familiar ganancial había sido atribuido a la progenitora por razón de la guarda exclusiva del hijo común. El inicio por esta de una nueva convivencia marital condujo a la Audiencia a estimar la demanda de modificación de medidas interpuesta por el progenitor, con el argumento de que «resulta innegable que se ha producido una esencial modificación de las circunstancias que en su momento fueron tomadas en cuenta para el establecimiento de la medida atributiva del uso del tan reiterado», en lo que consideró una conducta contraria al principio que impide el enriquecimiento injusto y el abuso de derecho (FJ 2º). La alusión al cambio de circunstancias, al enriquecimiento injusto y al abuso de derecho es una constante en las sentencias favorables a la extinción del derecho de uso por convivencia marital en la vivienda<sup>51</sup>.

Esta línea contrasta con la mantenida, entre otras, por la SAP Pamplona (2ª) 4 abril 2007 (JUR 290370), muy próxima en el tiempo a la anterior y basada en un supuesto de hecho idéntico. En su argumentación la Audiencia descartó, en contra de lo que pretendía el padre recurrente, que la convivencia marital de la madre con su nueva pareja, el hijo que aquella tenía con el recurrente y el habido de la nueva relación constituyera abuso de derecho, por no tratarse de un comportamiento «contrario a la ley, ni formal, ni sustancialmente», al no concurrir el requisito del daño exigido por el art. 7.2 CC (FJ 3º.D.5.I), y añadió que el régimen jurídico de la atribución del uso de la vivienda familiar que establece el art. 96 CC «Tampoco fomenta situaciones de abuso de derecho que, en caso de producirse, siempre podrán rechazarse mediante la aplicación de las técnicas jurídicas precisas para erradicar los posibles abusos; ni propicia enriquecimientos injustos y correlativos perjuicios económicos para el progenitor no custodio en la medida en que el sacrificio económico que para él supone la privación del uso de la vivienda familiar encuentra su razón de ser, su fundamento y justificación, en el interés prevalente» (FJ 3º.D.2.III)<sup>52</sup>.

<sup>51</sup> Esta doctrina ha sido reiterada por sentencias posteriores, como la SAP Barcelona (18ª) 4 diciembre 2009 (JUR 2010\117862): «Una vez que en la vivienda se ha conformado un núcleo familiar distinto, participando o debiendo contribuir a los gastos y necesidades de esta nueva familia un tercero ajeno al procedimiento en que se atribuyó el uso del inmueble, se ha producido una alteración sustancial de aquellas circunstancias y en consecuencia, la vivienda ha perdido el carácter de vivienda familiar y por lo tanto no cabe efectuar atribución del uso a ninguna de las partes, quedando sin efecto aquél efectuado en el proceso anterior.» (FJ 3º).

<sup>52</sup> En el mismo sentido, con posterioridad, vid. la SAP Asturias (1ª) 20 febrero 2009 (JUR 188730), según la cual: «una cosa es la efectividad de la presencia de otra persona con la que alguno de los miembros del matrimonio separado o disuelto sostenga una nueva relación matrimonial o estable de convivencia, en cuanto a la pensión compensatoria, que se extingue (art. 101 CC ), y otra la de tal situación en relación con la vivienda, puesto que en ninguno de los preceptos del Código Civil ni de la Ley de Enjuiciamiento Civil se sienta consecuencia de clase alguna. Dicho en otros términos, la ley no prevé que esta situación

## 4.2. Análisis crítico de la STS (1ª) (Pleno) 20 noviembre 2018

### 4.2.1. Antecedentes de hecho

Al tratarse de una sentencia de Pleno, la STS (1ª) 20 noviembre 2018 sienta jurisprudencia sin necesidad de un nuevo pronunciamiento de la sala sobre la cuestión, pese a que desde su publicación otras dos sentencias han afianzado esta línea jurisprudencial<sup>53</sup>. Su importancia práctica se observa si prestamos atención a las opiniones que ha generado, tanto a favor<sup>54</sup> como en contra<sup>55</sup>.

La sentencia tiene origen en un procedimiento de divorcio contencioso en que la progenitora obtuvo la guarda exclusiva de los dos hijos del matrimonio, de 5 y 8 años y, en consecuencia, el uso de la vivienda ganancial. Un tiempo después aquella empezó a convivir en la vivienda con una nueva pareja, razón por la cual el exmarido interpuso demanda de modificación de medidas solicitando la extinción del derecho de uso y, potestativamente, la venta o adjudicación de la vivienda a una de las partes con abono del importe correspondiente a la otra. Subsidiariamente, el exmarido instó la reducción del importe de las pensiones de alimentos que satisfacía a los hijos. En su contestación a la demanda, la progenitora se opuso a estas pretensiones y solicitó el incremento de las pensiones de alimentos a favor de los hijos. El Juzgado estimó en parte la demanda,

---

determine la posible privación del derecho de uso de la vivienda a los hijos que lo tengan concedido por resolución judicial anterior.» (FJ 2º).

<sup>53</sup> Ambas SSTs son objeto de análisis en el apartado 4.2.4. de este trabajo.

<sup>54</sup> Vid., entre otros, BERROCAL LANZAROT, cit., pp. 2017 y ss.; ORDÁS ALONSO, Marta, «El matrimonio o convivencia marital con un tercero extingue el derecho de uso de la vivienda familiar. Un halo de esperanza (1)», *Diario La Ley*, núm. 9332, 8 de enero de 2019, pp. 1-8; CABEZUELO ARENAS, Ana Laura, «Desafectación del inmueble y extinción del uso por convivencia de la madre guardadora con su nueva pareja. Creación de una familia distinta a la que justificó el reconocimiento del uso. Compaginación del interés del menor con el de sus progenitores», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* (2019), núm. 19 (BIB 2019/1389), pp. 1-20; MÉNDEZ TOJO, Ramón, «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* (2019), núm. 1, pp. 1-14, en especial pp. 13-14; SÁNCHEZ JORDÁN, María Elena, «Consecuencias de la convivencia de un tercero con el cónyuge custodio (y con los hijos menores del matrimonio) en la casa ganancial: la “desfamiliarización” de la vivienda», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial* (2019), núm. 48 (BIB 2019/1093), pp. 1-29, en especial pp. 11 y ss.; SALAS CARCELLER, Antonio, «La introducción de otra persona en el domicilio familiar y sus consecuencias respecto del derecho de uso atribuido en juicio de divorcio. Comentario a la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 641/2018, de 20 de noviembre», *Revista Aranzadi Doctrinal* (2019), núm. 1 (BIB 2018/14698), pp. 1-6; y GALLARDO RODRÍGUEZ, cit., pp. 353-363.

<sup>55</sup> De «sentencia justa pero no jurídica» la califica YZQUIERDO TOLSADA, cit., pp. 168 y 172-173. En el mismo sentido, CUENA CASAS, 2018, cit., se pregunta «¿Justicia a costa de legalidad?». También críticos, RUBIO GIMENO, cit., p. 48; MARTÍNEZ CALVO, Javier, «La extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar como consecuencia de la convivencia con un tercero. Reflexiones a la luz de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista de Derecho Civil* (2019), vol. VI, núm. 3, pp. 155-178; y RAMÓN FERNÁNDEZ, cit., pp. 100-121.

manteniendo el uso de la vivienda, pero reduciendo el importe de las pensiones a cargo del exmarido. Este interpuso recurso de apelación, que la Audiencia estimó al declarar extinguido el uso de la vivienda familiar en el momento en que se procediera a la liquidación de la sociedad de gananciales, con el argumento según el cual «la entrada de una tercera persona en el ámbito sentimental de la esposa y materialmente en la que fue vivienda familiar hace perder a la vivienda su antigua naturaleza de vivienda familiar». La sentencia fue recurrida en casación por el Ministerio Fiscal, en base al interés superior del menor. La Sala 1ª desestima el recurso y confirma la sentencia de la Audiencia en base a una doble argumentación: en primer lugar, considera que la entrada de un tercero en la vivienda determina la pérdida de su condición «familiar» (FJ 2º.1 y 2º.5.i) y, en segundo lugar, entiende que el derecho de habitación de los menores, que obedece a su interés superior, puede verse satisfecho a través de otros medios (FJ 2º.3). Como se argumenta en las páginas que siguen, ambas tesis resultan problemáticas. También es controvertida la remisión de la extinción del derecho de uso al momento de liquidación de la sociedad de gananciales. Esta aproximación, también fiel a la tesis de la Audiencia, había sido objeto de críticas incluso entre los favorables a la extinción del derecho de uso por convivencia marital en la vivienda, puesto que el procedimiento de liquidación de la vivienda ganancial, de ser contencioso, podría demorarse en el tiempo, a diferencia de lo que sucede cuando la vivienda es propiedad exclusiva de un cónyuge, en que la extinción es automática<sup>56</sup>. Las dos sentencias posteriores del TS vienen a clarificar este punto<sup>57</sup>.

#### 4.2.2. La desafectación o pérdida del carácter familiar de la vivienda

La tesis según la cual el carácter familiar de la vivienda se pierde con la entrada en la misma de una tercera persona no resulta convincente por varias razones. En primer lugar, el concepto «vivienda familiar», que según el TS comprende el inmueble en el que la familia original convivió, es discutible, pues la vivienda solo deja de ser familiar cuando dejan de habitar en ella el progenitor y los hijos que viven en su compañía<sup>58</sup>.

<sup>56</sup> BERROCAL LANZAROT, cit., pp. 2022-2023; y PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier, «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* (2019), núm. 82 (BIB 2019/645), pp. 1-13, en pp. 12-13.

<sup>57</sup> Vid. apartado 4.2.4. de este trabajo.

<sup>58</sup> Ya antes de la STS este mismo argumento había sido apoyado, por mayoría, en el documento AA.VV., «Incidencia de la convivencia marital con un tercero del progenitor custodio sobre el derecho de uso de la vivienda atribuido a los hijos y a éste/a» (foro abierto), *Boletín de Derecho de Familia*, El Derecho, 2010 (EDC 2010/1013826), pp. 1-25. En el mismo sentido, tras la STS, vid. también CUENA CASAS, 2018, cit., para quien el carácter familiar «no cambia por el hecho de que un tercero entre en la vivienda porque, como dice la sentencia, ha dejado “de servir a los fines del matrimonio” ¿Pero qué matrimonio? Por definición, el matrimonio ha dejado de existir y vivienda familiar es la morada en la que residen el

Así había sucedido, por ejemplo, en el caso que dio origen a la STS (1ª) 3 mayo 2016 (RJ 2215), en que por acuerdo de los cónyuges posterior a la ruptura y como consecuencia de la atribución al marido de la vivienda familiar y la compra de otra vivienda por la esposa, a la que se trasladó a vivir con la hija menor cuya guarda ostentaba, quedaron satisfechas las necesidades de habitación (FJ 2º in fine). En segundo lugar, si como afirma el Supremo la vivienda pierde el carácter «familiar» con la entrada del tercero, debe observarse que tal carácter ya debió desaparecer en un estadio previo que es el momento de la ruptura matrimonial, en que la vivienda dejó de servir a los fines del matrimonio<sup>59</sup>. Lo anterior motivaría que normas como la del art. 96 CC perdieran su razón de ser.

Aunque podemos aceptar que desde la entrada de un tercero en la vivienda habita en ella una nueva familia, no puede pasarse por alto, en línea con la tesis de una destacada jurisprudencia menor<sup>60</sup>, que en la misma siguen viviendo los menores que se encuentran bajo la guarda del progenitor titular del derecho de uso, y que fue precisamente esta circunstancia la que motivó su atribución<sup>61</sup>. En mi opinión, la tesis mantenida por la Sala 1ª en la sentencia objeto de análisis entra en conflicto con la comunidad familiar básica que resulta del art. 96, que concreta la protección constitucional de la familia, en tanto que otorga a las necesidades familiares una tutela prioritaria<sup>62</sup>. El art. 96 extiende el régimen jurídico de protección de la vivienda familiar incluso producida la ruptura matrimonial, y la convivencia marital con una nueva pareja no es motivo para cesar en esa protección cuando la necesidad, con independencia de las circunstancias sentimentales del progenitor guardador, sigue existiendo. En otras

---

progenitor y los hijos y esto no cambia porque entre un tercero.» En cambio, a favor de distintas formas de «desfamiliarización» de la que fuera la vivienda familiar, entre las que se encuentra la que nos ocupa, SÁNCHEZ JORDÁN, cit., pp. 19-23. También avala este argumento el documento de Conclusiones del «IV Encuentro de Magistrados y Jueces de familia y Asociaciones de Abogados de Familia y VI Jornadas nacionales de Magistrados, Jueces de Familia, Fiscales y Secretarios Judiciales», cit. en nota 30, pp. 19-20 y, en particular, la medida 5ª c): «En caso de no haberse pactado en el convenio la extinción del derecho de uso por tal circunstancia, podrá solicitarse y obtenerse dicha medida a través del proceso de modificación de medidas, al considerar que la unidad familiar a cuyo favor se hizo la atribución del uso ha quedado sustancialmente alterada en su composición, dando lugar a una nueva unidad familiar, generándose una desafectación de la vivienda familiar respecto del uso inicialmente atribuido.»

<sup>59</sup> En el mismo sentido, CUENA CASAS, 2018, cit.; y MARTÍNEZ CALVO, cit., pp. 162-164.

<sup>60</sup> Vid., entre otras, las SSAAPP Pamplona (2ª) 4 abril 2007, y Asturias (1ª) 20 febrero 2009, cit. en el apartado 4.1., y la SAP Málaga (6ª) 27 febrero 2017, que es objeto de análisis en nota 64.

<sup>61</sup> Según YZQUIERDO TOLSADA, cit., pp. 169-172, la convivencia de tercero en el domicilio familiar «nada cambia en relación con el interés inicialmente protegido». En el mismo sentido, GARCÍA MAYO, «Extinción del derecho...», cit., pp. 5-6, y 2020, cit., pp. 441-442. En la protección del interés de los hijos menores ve RUBIO GIMENO, cit, p. 60, el principal escollo para aplicar esta línea jurisprudencial en Cataluña, pues dicho interés no se sacrifica por la introducción de un tercero en la vivienda.

<sup>62</sup> Sobre el fin tuitivo del precepto, vid. ROCA TRÍAS, «Artículo 96 CC», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ / Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN / BERCOVITZ / SALVADOR CODERCH (Dirs.), cit., pp. 400-401.

palabras, el art. 96 se configura como una norma de protección de la familia, «aunque no de la familia existente antes de la crisis, sino de la familia residual configurada por el progenitor beneficiario y los hijos comunes»<sup>63</sup>.

En consecuencia, si la atribución del uso de la vivienda se realizó a un cónyuge en atención a la guarda de los hijos comunes, siendo estos los beneficiarios de tal medida, la convivencia marital de dicho cónyuge con un tercero en el inmueble no puede constituir una alteración extraordinaria de las circunstancias que afecte a los menores, en atención a los cuales se estableció. Es por ello que la convivencia marital de un tercero en el inmueble, desde un plano estricto de interpretación del artículo 96 CC, no debería permitir la modificación de la medida<sup>64</sup>. Cuestión distinta es, como se analiza en el apartado 5.1., que pueda probarse que la convivencia con un tercero en el inmueble ha supuesto una mejora sustancial de la situación económica del progenitor guardador, que puede ir acompañada del empeoramiento de la del no guardador y puede determinar que el interés de los menores deje de ser el más necesitado de protección<sup>65</sup>.

<sup>63</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, cit., p. 85.

<sup>64</sup> En este sentido ya se había pronunciado la SAP Málaga (6ª) 27 febrero 2017 (JUR 268592), que tiene origen en un caso en que el padre solicitaba en procedimiento de modificación de medidas alcanzadas de mutuo acuerdo, entre otras, la atribución de la guarda exclusiva de la hija menor y la extinción de la atribución del uso de la vivienda familiar concedido inicialmente a la esposa con motivo de la guarda de la hija, con la correspondiente disolución del régimen de gananciales y venta de la vivienda. Entre otros argumentos, el demandante invocaba la convivencia de la madre con su nueva pareja en el inmueble. La Audiencia entendió que no se había producido un cambio de circunstancias que justificara la modificación de la guarda solicitada, y confirmó la desestimación de la demanda, afirmando, respecto de la convivencia marital sobrevenida de la madre, que esta «no modifica, altera ni hace desaparecer en modo alguno las necesidades habitacionales de los hijos, que continúan siendo idénticas a las del momento de adopción de la medida de atribución del uso, por sentencia o convenio, ya que tales necesidades son independientes y completamente ajenas a los avatares sentimentales del progenitor custodio y a la decisión de éste de compartir o no la vivienda familiar con su nuevo consorte o pareja estable haciendo vida marital.» (FJ 7º). En la misma línea, entre los autores, GIL MEMBRADO, cit., p. 130; CUENA CASAS: 2014, *Revista de Derecho Civil*, cit., p. 34, y 2018, cit.; GARCÍA MAYO: *Vivienda familiar...*, cit., pp. 470-471, y 2020, cit., pp. 440-443. Mucho antes de la STS, ROCA TRÍAS, «Artículo 96 CC», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ / DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN / BERCOVITZ / SALVADOR CODERCH (Dirs.), cit., p. 401, ya consideraba problemática la posibilidad de instar la modificación de las medidas inicialmente acordadas por alteración sustancial de las circunstancias basada en el nuevo matrimonio del cónyuge no titular. Para MONTERO AROCA, cit., p. 217, la convivencia con un tercero no es alteración sustancial que permita una modificación del derecho de uso, «sobre todo cuando se advierte que ese derecho es propiamente de los hijos menores, para atender después al derecho constitucional de la mujer a contraer segundo matrimonio».

<sup>65</sup> En este sentido, GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, «Incidencia de la convivencia marital con un tercero del progenitor custodio sobre el derecho de uso de la vivienda atribuido a los hijos y a éste/a» (foro abierto), *Boletín de Derecho de Familia*, El Derecho, 2010 (EDC 2010/1013826), pp. 1-25, en pp. 7-11; y GARCÍA MAYO: *Vivienda familiar...*, cit., pp. 471-472, «Extinción del derecho...», cit., p. 6, y 2020, cit., p. 442.

#### 4.2.3. Potencial sancionador de esta línea jurisprudencial: interés superior del menor e implicaciones de género

El TS consideró, como hemos visto, que el derecho de habitación de los menores podía verse satisfecho «a través de otros medios» que no llegó a concretar, limitándose a afirmar que el interés de los menores «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, como a los alimentos presentes y futuros». A ello añadió que «El interés de los hijos no puede desvincularse absolutamente del de sus padres, cuando es posible conciliarlos» (FJ 2º, apartados 2 y 5.ii)<sup>66</sup>. Con anterioridad, la STS (1ª) 19 enero 2017 (RJ 754) sí había concretado cuáles podían ser los «otros medios» a los que se refiere la sentencia analizada. Sin entrar en la afectación sobre el uso de la vivienda copropiedad de ambos progenitores derivada de la presencia de la nueva pareja y un nuevo hijo de la exmujer, pues el exmarido no planteaba la modificación de medidas en relación con este punto, sino con la prestación alimenticia, el TS consideró que esta debía verse reducida puesto que se beneficiaba de la misma la nueva familia de la demandada en perjuicio del alimentante. Al respecto, el TS confirma el razonamiento de la Audiencia según el cual la nueva convivencia de la exmujer disminuye la cantidad a pagar, en concepto de pensión de alimentos a los hijos, por el excónyuge no guardador (FJ 1º «in fine»)<sup>67</sup>.

En este contexto se plantea si la decisión de un adulto consistente en empezar a convivir con su nueva pareja en el hogar familiar puede repercutir en una medida (la atribución del derecho de uso sobre la vivienda familiar) que se dictó en beneficio de los hijos<sup>68</sup>. Esta cuestión ha sido analizada, entre otras, por la SAP Asturias (1ª) 20 febrero 2009 (JUR 188730), según la cual «las necesidades de la menor se mantienen en la misma medida en que estaban presentes en el momento en que se produjo la ruptura de la convivencia» (FJ 2º). La SAP Málaga (6ª) 27 febrero 2017 (JUR 268592) ahonda en este argumento, al considerar que la extinción del derecho de uso por

<sup>66</sup> Critica que la sentencia considere el interés del menor como prevalente o prioritario pero, en cambio, no resuelva en esta línea, GARCÍA RUBIO, María Paz, «¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?», *Actualidad Jurídica Iberoamericana* (agosto 2020), núm. 13, pp. 14-49, en p. 27.

<sup>67</sup> Para CUENA CASAS, 2017, cit., pp. 453-454, aunque la solución incentiva que los terceros no vivan «gratis» en la vivienda familiar, parece imponerles la obligación de atender las necesidades de los hijos de su pareja, lo que implica un riesgo para los menores, por cuanto lleva a la solución poco razonable de tener que instar otra modificación de medidas en caso de ruptura de la nueva relación del cónyuge usuario.

<sup>68</sup> CUENA CASAS, 2018, cit.



convivencia marital con un tercero en la vivienda familiar prescinde del criterio básico del interés superior del menor, el cual «subsiste plenamente y quedaría desprotegido, y al albur del éxito o fracaso de las relaciones de pareja del custodio, en caso de admitirse, como causa de extinción del derecho de uso, la convivencia marital en la vivienda de un tercero, pues el derecho de los menores a ocupar la vivienda familiar podría perderse definitiva e irremediabilmente por el solo hecho de establecer el custodio una relación estable de pareja, que después puede fracasar, sin posibilidad de recuperar entonces aquel derecho, el cual permanecería siempre a expensas de que la consolidación de una relación de convivencia de pareja del cónyuge custodio pueda suponer su extinción.» (FJ 7º)<sup>69</sup>.

La regulación del Código civil de Cataluña, en cuanto no contempla la nueva convivencia en la vivienda como causa de extinción del derecho de uso atribuido por razón de la guarda exclusiva de los hijos menores, se basa en una aproximación en principio más coherente con el interés superior del menor<sup>70</sup>. En este marco se explican sentencias como la del JPI núm. 7 de Cerdanyola del Vallès (Barcelona) 1 marzo 2019 que, pese a basarse en unos hechos muy similares a los de la STS 20 noviembre 2018,

<sup>69</sup> En el mismo sentido, ESPINOSA CONDE, Gema, «Incidencia de la convivencia marital con un tercero del progenitor custodio sobre el derecho de uso de la vivienda atribuido a los hijos y a éste/a» (foro abierto), *Boletín de Derecho de Familia*, El Derecho, 2010 (EDC 2010/1013826), pp. 1-25, en pp. 6-7; GONZÁLEZ DEL POZO, cit., pp. 7-11; y LÓPEZ-BREA MARTÍNEZ, cit., p. 276, esta última enfatizando el carácter a menudo totalmente volátil de las nuevas relaciones de los progenitores. En la misma línea, con motivo del análisis de la STS, se ha pronunciado CUENA CASAS, 2018, cit., para quien el TS resuelve «*matando moscas a cañonazos*, haciendo pagar a los hijos las consecuencias de los actos del progenitor custodio»; y GARCÍA MAYO: *Vivienda familiar...*, cit., pp. 474-475, «Extinción del derecho...», cit., pp. 7-8, y «Desprotección jurídica de los hijos en la vivienda familiar: propuestas de mejora a la luz de la última jurisprudencia», en GALLARDO RODRÍGUEZ, Almudena / ESTACONA PÉREZ, Araya Alicia / BERTI DE MARINIS, Giovanni (Coords.), *Los nuevos retos del derecho de familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 433-444, en pp. 439-443 (edición en línea).

<sup>70</sup> También siguen esta línea los tribunales italianos al interpretar el art. 337 *sexies* del *Codice*. Aunque de acuerdo con su formulación la convivencia «*more uxorio*» o el nuevo matrimonio del beneficiario del derecho entrarían en juego de forma automática como causas de extinción de la atribución del uso, en la práctica las mismas se someten a la interpretación correctora que las supedita al interés superior del menor. Al respecto, vid. SESTA, Michele, *Manuale di Diritto di Famiglia*, 5ª ed., Cedam, Padova, 2013, pp. 203-204; y GARCÍA MAYO: *Vivienda familiar...*, cit., pp. 474-475, «Extinción del derecho...», cit., pp. 7-8, y 2020, cit., p. 443. En este punto el precepto es idéntico al derogado art. 155 *quater* del *Codice*. Disponible en <https://www.brocardi.it/codice-civile/libro-primi/titolo-ix/capo-ii/art337sexies.html> [Consulta: 10 abril 2020]. Dicho artículo fue sometido a cuestión de constitucionalidad por su falta de razonabilidad y por amenazar la libertad de convivir *more uxorio* o de contraer nuevo matrimonio, y el TC italiano se pronunció a favor de una interpretación constitucional de la norma, según la cual la extinción de la atribución del uso de la vivienda no puede operar por el mero establecimiento de una convivencia de hecho o de la celebración de nuevo matrimonio, sino solo cuando en el caso concreto la nueva unión resulta contraria al interés del menor.

se distancia expresamente de esta línea jurisprudencial<sup>71</sup>. Para el Juzgado es esencial que el Código civil catalán regula expresamente la cuestión, a diferencia del Código civil español, por lo que no hay laguna alguna que integrar. En consecuencia, dado que «la vivienda familiar se atribuyó por razón de la guarda de los hijos menores [...] el uso se extinguirá cuando finalice la guarda respecto de la hija menor» (FJ 4º). Con posterioridad, han seguido la misma línea las SSAAPP Girona (1ª) 22 octubre 2019 (JUR 313271) y Barcelona (12ª) 10 marzo 2021 (JUR 155044). Esta última presenta un interés especial, puesto que admite que la jurisprudencia del TS se basa en la interpretación del art. 96 CC, una regulación que difiere en aspectos sustanciales de la del CCCat, y considera que la interpretación del concepto «vivienda familiar» debe tener en cuenta las familias reconstituidas que el CCCat contempla (FJ 3º)<sup>72</sup>. Al respecto, llama la atención que el legislador estatal ignore en términos generales al nuevo cónyuge o pareja del progenitor pero, en cambio, sí lo tome en consideración para extinguir el derecho de uso sobre la vivienda familiar<sup>73</sup>.

El interés superior del menor debería permitir descartar las soluciones basadas en la extinción del derecho de uso por el mero hecho de acreditarse la convivencia marital del progenitor titular del derecho con un tercero en la vivienda. Sin embargo, la línea jurisprudencial consolidada por la STS 20 noviembre 2018 no solo prescinde de dicho interés, sino que indirectamente causa un mayor perjuicio a las mujeres por ser

<sup>71</sup> Ya antes varias Audiencias catalanas habían aclarado que, desde la entrada en vigor del Libro segundo del CCCat, la convivencia con una pareja en la vivienda familiar no es causa de extinción del derecho de uso sobre la misma cuando la razón de la atribución ha sido la guarda exclusiva de los hijos: vid., entre otras, las SSAAPP Barcelona (18ª) 18 junio 2013 (JUR 337718), 4 abril 2016 (JUR 131580), 23 noviembre 2016 (JUR 2019\142390, FJ 2º), 20 marzo 2018 (JUR 102817, FJ 2º) y 28 septiembre 2018 (JUR 276557).

<sup>72</sup> Se desmarca de esta interpretación, que a mi parecer es la correcta, la SAP Barcelona (18ª) 7 febrero 2020 (JUR 58658) que, con cita literal de la STS (1ª) (Pleno) 20 noviembre 2018, confirma la extinción del derecho de uso de la vivienda familiar de la que ambos cónyuges eran copropietarios y que había sido atribuida a la madre en convenio, por ser quien tenía la guarda exclusiva de la hija común, al contraer aquella nuevo matrimonio y pasar a residir con su marido en la vivienda. Según la Audiencia, la doctrina de la Sala 1ª del TS «coincide con lo dispuesto en el art. 233-24.2.b), según el cual el derecho de uso se extingue por matrimonio o convivencia marital del cónyuge beneficiario del uso con otra persona» (FJ 2º «in fine»). Sin embargo, tal afirmación resulta errónea a la luz del derecho catalán, puesto que obvia, como se ha defendido en el apartado 3.2.2. de este trabajo, que dicha causa de extinción no opera cuando, como sucedía en el caso, el uso se atribuyó por razón de la guarda exclusiva, pues en este supuesto opera el art. 233-24.1 «in fine», según el cual el derecho de uso se extingue «por la finalización de la guarda».

<sup>73</sup> Las familias reconstituidas han recibido muy poca o nula atención legislativa en España. Solo algunos ordenamientos autonómicos ofrecen regulación específica, aunque muy básica, que permite a la persona que convive con el progenitor (en algunos casos, como el de Aragón, solo si es su cónyuge) ejercer ciertas facultades relacionadas con la potestad parental sobre los menores y, en caso de muerte de este, asumir su titularidad o, excepcionalmente, obtener la guarda exclusiva de los mismos que tenía atribuida el difunto o un régimen de relaciones personales: vid., a modo de ejemplo, los arts. 236-14 y 236-15 CCCat, el art. 85 CDFA y, con una referencia todavía más tímida a «los otros parientes o allegados», la Ley 71 FN.

quienes, tras la ruptura, por razones vinculadas a su rol social de cuidadoras principales y a su posición de desventaja económica respecto de los hombres, obtienen en mayor medida la guarda de los hijos comunes y, con ella, el uso de la vivienda familiar<sup>74</sup>. A lo anterior podría objetarse que la convivencia marital ya se prevé como causa de extinción de determinados derechos patrimoniales, como la compensación por desequilibrio fijada en forma de pensión (art. 101.I CC), y que en el ámbito sucesorio la controvertida condición absoluta de no contraer primero o ulterior matrimonio puede desplegar efectos si concurren las circunstancias del art. 793 CC<sup>75</sup>. Sin embargo, considero que estas situaciones no son comparables con la que nos ocupa, puesto que el fin primordial de la atribución del uso de la vivienda es proteger a los hijos comunes menores de edad, y la protección del cónyuge guardador es solo instrumental. Es por ello que la citada SAP Málaga (6ª) 27 febrero 2017 afirmaba que «no puede desconocerse que el cónyuge custodio que habita con los hijos en la vivienda familiar puede, en uso de su libertad personal y amparado en los derechos a la dignidad personal y al libre desarrollo de la personalidad consagrados en el art. 10.1 CE, establecer relaciones estables de pareja con quien estime conveniente y decidir convivir o no con su nuevo consorte o pareja en el domicilio que ocupe, y que *tal libertad personal resultaría mermada u obstaculizada, si la convivencia marital de un tercero en la vivienda comportara la extinción del derecho de uso sobre la misma, en la medida en que la amenaza de esa cesación del derecho actuaría como un elemento disuasorio o inhibitor del pleno ejercicio de aquella libertad.*» (FJ 7º).

A lo anterior hay que añadir que las situaciones en que, tras la ruptura, quien pasa a residir en la vivienda familiar atribuida por razón de la guarda de los hijos no es el nuevo cónyuge o pareja de la madre, sino otra persona relacionada con esta, como uno o ambos progenitores u otro pariente o persona próxima, no acostumbran a ser fuente de conflicto a juzgar por la casi inexistente casuística<sup>76</sup>. Sí lo es, en cambio, como se ha

<sup>74</sup> Sin hacer referencia a la atribución del uso sobre la vivienda, AGUILERA RULL ya puso de manifiesto «El hecho de que a la madre que cuida no se le permita rehacer su vida sentimental sin ver amenazada su posición de progenitor custodio»: AGUILERA RULL, Ariadna, «Un análisis feminista de la atribución de la custodia», *Derecho de Familia* (2012), núm. 54, pp. 181-195, en especial p. 191.

<sup>75</sup> Vid. ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel, «Artículo 793 CC», en DOMÍNGUEZ LUELMO (Dir.), cit., pp. 908-909; y ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, «Artículo 793 CC», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, (Dir.), *Comentarios al Código civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, Tomo IV, pp. 5770-5773 (edición en línea). En derecho catalán la convivencia marital se prevé también como causa de extinción del año de viudedad, también conocido como «any de plor» (año de llanto), en el art. 231-31.2 CCCat, y en relación con la cuarta viudal en el art. 452-6.1.b) CCCat.

<sup>76</sup> Dicha convivencia se vio cuestionada, aunque sin éxito, en el caso resuelto por la SAP Madrid (14ª) 5 mayo 2011 (JUR 239853), que confirma la desestimación de la acción de desahucio por precario interpuesta por el exmarido y propietario de la vivienda familiar contra la hermana de la progenitora. Tras el divorcio contencioso, el uso de la vivienda fue atribuido a la madre por razón de la guarda de los

puesto de relieve, la convivencia marital con un tercero, como destaca la propia STS (1ª) 20 noviembre 2018: «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.» (FJ 2º)<sup>77</sup>.

Este tipo de argumentos no solo presuponen la mala fe del progenitor que tiene la guarda de los menores (la madre, en la mayoría de los casos), sino que resultan equívocos a la luz del interés superior del menor que es la base de la regla sobre la atribución del uso, pues el menor -conviva o no el progenitor guardador con una nueva pareja en la vivienda- exige siempre la misma protección<sup>78</sup>. La ya analizada SAP Pamplona (2ª) 4 abril 2007 lo expone de forma muy gráfica al descartar el requisito del daño exigido por el art. 7.2 CC para apreciar abuso de derecho en la conducta de la madre guardadora (FJ 3º.D.5.I) y subrayar, en relación con el progenitor privado del uso, que «su perjuicio económico, como antes hemos apuntado, proviene directamente de la prevalencia que el legislador ha otorgado al interés de los menores, y no del comportamiento de la demandante, que se atiene, en el ejercicio del derecho de uso conferido, a la finalidad que le es propia» (FJ 3º.D.5.IV). Es por ello que la Audiencia rechaza el enriquecimiento injusto y correlativos perjuicios económicos para el progenitor no guardador «en la medida en que el sacrificio económico que para él supone la privación del uso de la vivienda familiar encuentra su razón de ser, su

---

hijos comunes. Según la AP, si bien la queja del propietario es humanamente comprensible, jurídicamente resulta inatendible, pues la presencia del tercero no le ocasiona ningún daño. El perjuicio económico resulta, según la Audiencia, «de la prevalencia que el legislador ha otorgado al interés de los menores» (FJ 4º). Pese a ello, algunos autores ven en la STS (1ª) 20 noviembre 2018 un pretexto para cuestionar estas otras situaciones: vid. RAMÓN FERNÁNDEZ, cit., p. 106; y GÓMEZ VALENZUELA, Manuel Ángel, «La convivencia de los suegros del progenitor no custodio en la vivienda familiar: análisis de la posible extrapolación de la STS de 20 de noviembre de 2018», *Revista de Derecho de Familia* (Octubre-Diciembre 2020), núm. 89, pp. 29-84.

<sup>77</sup> Esta tesis ha tenido una gran aceptación: vid. VALLESPÍN PÉREZ, cit., pp. 6-7, quien además denuncia «el “cachondeo” que puede llegar a suponer que otra persona (el tercero en discordia) se aproveche de la situación y tenga “vivienda gratis”»; y CABEZUELO ARENAS, 2019, cit., pp. 7 y 10, quien afirma que «No se le impone a Doña Nieves castidad perpetua. Se le impone coherencia y responsabilidad con sus actos: *no escudarse en los menores para seguir viviendo a costa del primer marido e incluso rentabilizar los bienes de su pareja si los tuviere*». Con menos vehemencia, aunque en la misma línea, incluso antes de la STS, vid. ORDÁS ALONSO: 2018, cit., pp. 541 y ss. (en especial, pp. 549 y ss.), y 2019, cit., pp. 1-8. Con referencia a la «posible discriminación» respecto del titular de la vivienda, vid. VERDERA IZQUIERDO, Beatriz, «Incidencia en la modificación de medidas de la convivencia con un tercero en la vivienda familiar», en CUENA CASAS, Matilde / ANGUITA VILLANUEVA, Luis Antonio / ORTEGA DOMÈNECH, Jorge (Coords.), *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 1635-1654, en p. 1651. Califica la situación del tercero de «abuso de derecho» o «enriquecimiento sin causa», LUQUE JIMÉNEZ, María del Carmen, *La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial*, Colegio de Registradores Mercantiles y de la Propiedad de España, Madrid, 2012, pp. 111-113.

<sup>78</sup> En este sentido, MARTÍN MELÉNDEZ, cit., p. 156.

fundamento y justificación, en el interés prevalente, [...] conforme al que, en defecto de acuerdo aprobado judicialmente, habiendo hijos el uso de la vivienda familiar se atribuye, “preferentemente”, al cónyuge que tenga atribuida su guarda» (FJ 3º.D.2.III). Y concluye, de forma tajante: «la pérdida económica que se alega por el esposo demandado no proviene de la convivencia marital de su ex- esposa con un tercero, cualquiera que sea su capacidad económica, ni tampoco de que esa convivencia se desarrolló en la vivienda familiar, sino, única y exclusivamente, de la sujeción de esta vivienda a la finalidad de servir de morada al hijo común de los litigantes, todavía menor de edad» (FJ 3º.D.5.V)<sup>79</sup>. A la misma conclusión llega la también analizada SAP Asturias (1ª) 20 febrero 2009, a partir del argumento según el cual las necesidades de la menor se mantienen en la misma medida en que estaban presentes en el momento en que se produjo la ruptura de la convivencia (FJ 2º).

#### 4.2.4. Consolidación de la línea jurisprudencial

La línea jurisprudencial iniciada con la STS 20 noviembre 2018 se ha visto confirmada por las SSTs 29 octubre 2019 (RJ 4495) y 23 septiembre 2020 (RJ 3531). Pese a que mantienen el mismo pronunciamiento sobre el fondo, ambas aclaran la indeterminación de la sentencia de 2018, en cuanto remitía la extinción del derecho de uso de la vivienda familiar al momento de la liquidación de la sociedad de gananciales<sup>80</sup>.

El primer caso tiene origen en la demanda de modificación de medidas de divorcio interpuesta por el exmarido contra la exesposa, en la que solicitaba la extinción del derecho de uso y disfrute de la vivienda ganancial que le había sido atribuida a aquella por convenio regulador, por el hecho de ostentar la guarda de la hija común, al haber cambiado las circunstancias que justificaron dicha atribución, pues la madre convivía en el inmueble con su nueva pareja. Subsidiariamente el demandante solicitaba una reducción de la pensión alimenticia debida a la hija a 150 euros/mes, para lo que tenía en cuenta que la hija, que en ese momento tenía 14 años, ya no contaba con una persona que la cuidara. El Juzgado estimó en parte la demanda y rebajó la pensión alimenticia debida por el padre a 350 euros/mes, al considerar que el derecho de uso

<sup>79</sup> En el mismo sentido se pronuncia la también cit. SAP Madrid (14ª) 5 mayo 2011 (FJ 4º). Entre los autores, vid. LÓPEZ-BREA MARTÍNEZ, cit, p. 278, para quien «la presencia de un tercero en la vivienda familiar en nada afecta a las necesidades y gastos de los hijos, que seguirán siendo los mismos». En sentido similar, GARCÍA MAYO, «Extinción del derecho...», cit., p. 6.

<sup>80</sup> La misma indeterminación se observa en SSAAPP que siguen la línea jurisprudencial iniciada por la STS (1ª) 20 noviembre 2018, como la de Santa Cruz de Tenerife (1ª) 28 febrero 2019 (JUR 204448) y la de Cádiz (5ª) 18 junio 2019 (JUR 260443).

sobre la vivienda no podía extinguirse, pues la nueva convivencia de la madre no iba unida a ningún cambio en la situación económica de los progenitores. La Audiencia estimó en parte el recurso del padre y redujo la cuantía a pagar a 300 euros/mes, aunque mantuvo el mismo pronunciamiento del Juzgado en lo relativo a la extinción del uso de la vivienda. En su recurso de casación, al que se adhirió el Ministerio Fiscal, el exmarido alegó infracción del art. 96.I CC, por oposición a la doctrina jurisprudencial contenida en la STS (1ª) 20 noviembre 2018. En aplicación de dicha doctrina, el TS estima el recurso y otorga un plazo de un año para el desalojo de la vivienda, en atención al art. 90.3 CC, que permite la modificación de las medidas establecidas en convenio si se alteran sustancialmente las circunstancias. Esta decisión implicó que la pensión de alimentos debida a la hija se viera aumentada a 500 euros/mes, dada la necesidad de proveerla de una nueva vivienda.

En el segundo caso el demandante solicitaba también la extinción de la atribución del derecho de uso de la vivienda conyugal a favor de la demandada y los tres hijos del matrimonio, de los que en el momento de la demanda solo uno era menor, al convivir aquella maritalmente en dicha vivienda con otra persona, con quien finalmente contrajo nuevo matrimonio. De no acordarse la extinción de forma inmediata, el demandante solicitaba que se le atribuyera el uso mientras no se acordara la efectiva liquidación del bien y, subsidiariamente, que el uso fuera alternativo por dos anualidades a favor de cada uno de los ex cónyuges hasta la liquidación. El Juzgado desestimó la demanda y la Audiencia el recurso interpuesto por el demandante. En su recurso de casación, al que también se adhirió el Ministerio Fiscal, el TS reitera la doctrina emanada de la STS (1ª) 20 noviembre 2018 y, con cita de la de 29 octubre 2019, limita temporalmente a un año el plazo de la demandada para desalojar la vivienda (FJ 2º «in fine»).

## 5. EL NUEVO MATRIMONIO O LA CONVIVENCIA MARITAL CON UN TERCERO COMO CAUSA INDIRECTA DE EXTINCIÓN DEL DERECHO DE USO

### 5.1. *Fundamento de la causa de extinción y relevancia indirecta*

La causa de extinción de la pensión por desequilibrio basada en el nuevo matrimonio o convivencia marital del acreedor con otra persona no es ajena a los ordenamientos europeos<sup>81</sup>. Dicha causa asume que la creación de una nueva familia comporta una

<sup>81</sup> Vid., por ejemplo, §1579.2 BGB, consultado a partir de la versión en inglés del BGB proporcionada por el Ministerio Federal alemán de Justicia y Protección de los consumidores, disponible en

nueva solidaridad familiar que desplaza la que, con carácter residual, aún puede mantenerse tras el divorcio o separación<sup>82</sup>. Así, en caso de nuevo matrimonio del acreedor de la pensión, el nacimiento de un deber de socorro entre los nuevos cónyuges convierte en inútil el desequilibrio económico anteriormente existente, mientras que en el caso de vida marital del acreedor con otra persona se considera que dicha convivencia excluye el desequilibrio económico y, por tanto, extingue el derecho a seguir percibiendo la pensión<sup>83</sup>. En estas circunstancias, la perpetuación de la solidaridad familiar se considera injustificada<sup>84</sup>, y la extinción de la pensión coherente con su función asistencial de alcance limitado, y ello por mucho que el nuevo cónyuge o pareja, por tener un estatus socioeconómico inferior, no pueda procurar a su respectivo el mismo nivel de apoyo material que la pensión le facilitaba<sup>85</sup>. Aunque este resultado se considera incoherente con otro de los fundamentos de la pensión, que sería compensar por las pérdidas relacionadas con el matrimonio, se cree que responde más bien a expectativas sociales de orden pragmático<sup>86</sup>. En consecuencia, el inicio de

---

[https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/englisch\\_bgb.html#p5445](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p5445) [Consulta: 30 abril 2020]; y art. 301 §10 *Burgerlijk Wetboek* (B.W.), consultado a partir de la versión en francés del B.W., disponible en <http://www.droitbelge.be/codes.asp> [Consulta: 20 mayo 2020].

En Italia la introducción de esta causa de extinción está siendo objeto de discusión en sede parlamentaria. La propuesta de ley, conocida como «reforma Morani» por la diputada que la impulsó, fue aprobada por el Congreso el 14 de mayo de 2019 casi por unanimidad. Disponible en <https://www.camera.it/leg18/126?tab=&leg=18&idDocumento=506&sede=&tipo=> [Consulta: 8 noviembre 2021]. En caso de ser aprobada, la reforma también resultará aplicable a las uniones civiles. Para más información, vid. <http://www.deputatipd.it/interventi/modifichetutti/5-della-legge-11-dicembre-1970-n-898-materia-di-assegno-spettante> [Consulta: 22 diciembre 2020].

Una aproximación más general a la cuestión, aunque menos actual, puede verse en BOELE-WOELKI, Katharina / BRAAT, Bente / SUMNER, Ian (eds.), *European Family Law in Action*, Vol. II (Maintenance between former spouses), Intersentia, Antwerpen – Oxford – New York, 2003, pp. 417-426 y 427-436 (vid., en particular, las respuestas a las cuestiones 97 y 98).

A nivel de «soft law» también acoge esta misma solución el Principio 2:9 de los PEFL relativos al divorcio y a los alimentos entre esposos divorciados (2004): vid. BOELE-WOELKI, Katharina / FERRAND, Frédérique / GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina / JÄNTERÄ-JAREBORG, Maarit / LOWE, Nigel / MARTINY, Dieter / PINTENS, *Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses*, Walter, Intersentia, Cambridge – Antwerp – Portland, 2004. Para una versión on-line de los principios, en castellano, vid. <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-Spanish.pdf> [Consulta: 30 abril 2020].

<sup>82</sup> Al respecto, CASO SEÑAL, «Artículo 233-24 CCCat», en ROCA TRÍAS (Coord. general) / ORTUÑO MUÑOZ (Coord. de volumen), cit., p. 932; y EGEA FERNÁNDEZ, «Article 233-24 CCCat», en EGEA FERNÁNDEZ / FERRER RIBA (Dirs.) / FARNÓS AMORÓS (Coord.), cit., p. 531.

<sup>83</sup> ROCA TRÍAS, Encarna, «Artículo 101 CC», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ / DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN / BERCOVITZ / SALVADOR CODERCH (Dirs.), cit., pp. 398-402, en p. 410. Al respecto vid. también las consideraciones de ESCRIBANO TORTAJADA, 2018, cit., p. 177.

<sup>84</sup> DÍAZ MARTÍNEZ, Ana, «Artículo 101 CC», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), cit., pp. 1061-1068, en p. 1064; y RUBIO GIMENO, cit., p. 40.

<sup>85</sup> FERRER RIBA, Josep, «Article 233-19 CCCat», en EGEA FERNÁNDEZ / FERRER RIBA (Dirs.) / FARNÓS AMORÓS (Coord.), cit., pp. 496-502, en pp. 498-499.

<sup>86</sup> RIBOT, Jordi, «The financial consequences of divorce across Europe», *ERA Forum* (2011) 12: 71–87, en p. 85.

una nueva relación matrimonial o paramatrimonial implica, en su caso, tener que encajar definitivamente pérdidas de nivel de vida y de capital humano que quedarán sin compensar<sup>87</sup>.

Pese a que, por las razones ya apuntadas, vinculadas al interés superior del menor, el nuevo matrimonio o convivencia marital del progenitor guardador con un tercero en la vivienda familiar no debería poder extinguir, *per se*, el derecho de uso, en determinados supuestos sí debería poder ser considerado un cambio de circunstancias en la vida del progenitor titular del derecho susceptible de extinguirlo. En esta línea, a continuación, propongo valorar la trascendencia de estos cambios de circunstancias a través de mecanismos más neutros y flexibles en su formulación que la referencia al nuevo matrimonio o convivencia marital con un tercero.

En este escenario la convivencia marital del progenitor titular del derecho de uso con un tercero en la vivienda familiar se puede configurar como una causa de extinción indirecta, por cuanto solo tiene relevancia si implica una alteración sobrevenida de las circunstancias que justifique poner fin al derecho de uso porque el progenitor titular del mismo tiene medios para acceder a otra vivienda que satisfaga el interés de los hijos comunes cuya guarda ostenta<sup>88</sup>. Esta es la aproximación que sigue, por ejemplo, el Código civil francés al regular la prestación compensatoria<sup>89</sup> y, en lo que aquí interesa, el derecho de uso sobre la vivienda familiar. Al respecto, el art. 285-1 faculta a la autoridad judicial a ordenar el arrendamiento de la vivienda familiar que es propiedad de uno o ambos cónyuges, a cargo del que ostenta la guarda de los hijos y habita en dicha vivienda, y dicho arrendamiento puede ser rescindido «si lo justifican *nuevas circunstancias*»<sup>90</sup>. La misma línea sigue el Código civil portugués, que faculta al tribunal a ordenar la terminación del arrendamiento constituido para compensar el derecho de uso atribuido a un cónyuge sobre la vivienda familiar, a petición del cónyuge propietario, «cuando las *circunstancias sobrevenidas* lo justifiquen»<sup>91</sup>. En

<sup>87</sup> FERRER RIBA, Josep, «Art. 233-19 CCCat», en EGEA FERNÁNDEZ / FERRER RIBA (Dir.) / FARNÓS AMORÓS (Coord.), cit., p. 499.

<sup>88</sup> En este sentido, CASO SEÑAL, «Artículo 233-24 CCCat», en ROCA TRÍAS (Coord. general) / ORTUÑO MUÑOZ (Coord. de volumen), cit., p. 931.

<sup>89</sup> Su art. 276-3.I prevé que la prestación compensatoria fijada en forma de renta podrá revisarse, suspenderse o cancelarse «en caso de cambio importante de los recursos o necesidades de cualquiera de las partes». Traducción de la autora a partir de la versión en francés del *Code*. Disponible en <https://www.legifrance.gouv.fr/initRechCodeArticle.do> [Consulta: 20 mayo 2020]. En este contexto, la autoridad judicial sí puede considerar el nuevo matrimonio del acreedor como un cambio importante de circunstancias, susceptible de extinguir o de reducir la cuantía de la pensión: vid. las respuestas a la cuestión 97 por FERRAND, Frédérique, en BOELE-WOELKI / BRAAT / SUMNER (eds.), cit., p. 420.

<sup>90</sup> Artículo accesible a partir de la página cit. en nota anterior.

<sup>91</sup> Así lo establece el art. 1793.2, consultado en su versión original. Disponible en



ausencia de norma específica al respecto, puesto que en derecho catalán el matrimonio o la convivencia marital en la vivienda familiar del excónyuge titular del derecho de uso por razón de la guarda no son, *per se*, causas de extinción del derecho<sup>92</sup>, en la práctica los tribunales catalanes siguen esta misma aproximación. Así, la nueva convivencia puede implicar un cambio relevante de circunstancias (por ejemplo, una mejora en la situación económica del titular del derecho de uso que tiene su origen precisamente en su nueva situación personal) que justifique una modificación de medidas traducible en una reducción de la prestación de alimentos que satisface el progenitor no titular del derecho de uso a los hijos menores<sup>93</sup>. Más allá de esta modificación que afecta a la prestación de alimentos debidos a los hijos, y sin perjuicio de que como regla general el derecho de uso se extingue cuando finaliza la guarda, nada impide que la nueva convivencia pueda implicar un cambio de circunstancias tal que la autoridad judicial deba declarar, a petición del progenitor no titular del derecho, su extinción. Y ello aunque el art. 233-24.2.a) CCCat solo contemple la causa de extinción basada en la mejora de la situación económica del cónyuge beneficiario del uso o en el empeoramiento de la situación económica del otro cónyuge entre las previstas cuando el derecho de uso se ha atribuido por razón de la necesidad del cónyuge y no por razón de la guarda de los hijos<sup>94</sup>. En esta dirección se había pronunciado, «obiter dicta», la STSJ Cataluña (Civil-Penal) 22 abril 2010 (RJ 3623), al considerar que en el caso concreto no concurría una necesidad prevalente del marido que obligara «al Tribunal a apartarse de la previsión legal general que es que en caso de conflicto de intereses personales o patrimoniales de los cónyuges sobre la vivienda familiar [...] siga albergando al cónyuge custodio y a los hijos comunes mientras sean menores de edad» (FJ 3º)<sup>95</sup>. De proceder, la extinción del derecho de uso podrá, a su vez, repercutir en otras medidas, como la prestación a favor del excónyuge o la pensión alimenticia a favor de los hijos comunes, que podrán verse aumentadas. Esto es

---

<https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/123928118/202005201852/indice>  
[Consulta: 20 mayo 2020].

<sup>92</sup> Vid., al respecto, apartado 3.2.2.

<sup>93</sup> Me remito, al respecto, a las SSAAPP Barcelona (18ª) 4 abril 2016 (FJ 2º) y 28 septiembre 2018 (JUR 276557), ambas cit. en nota 71. En palabras de la última, «si como es el caso la atribución lo era por la custodia dicha causa de extinción no opera, como de forma reiterada ha venido manteniendo la Jurisprudencia, *sin perjuicio de que pueda ponderarse la disminución del importe de la pensión de alimentos a cargo del progenitor no custodio y no beneficiario del uso* ya que efectivamente la nueva pareja ha de contribuir a los gastos del hogar lo que reduce los gastos del beneficiario del uso y consecuentemente ha de repercutir en una mayor capacidad para afrontar los del hijo y al aumentar proporcionalmente su capacidad frente al otro progenitor, podría plantearse en su caso una reducción que en este procedimiento no ha sido expresamente solicitada» (FJ 1º).

<sup>94</sup> En este sentido, EGEA FERNÁNDEZ, «Article 233-24 CCCat», en EGEA FERNÁNDEZ / FERRER RIBA (Dir.) / FARNÓS AMORÓS (Coord.), cit., p. 529.

<sup>95</sup> En el mismo sentido, también «obiter dicta», se ha pronunciado más recientemente la SAP Barcelona (12ª) 10 marzo 2021 (FJ 3º), cit. en nota 46 y analizada en el apartado 4.2.3.

precisamente lo que sucedió en el caso resuelto por la STSJ Cataluña (Civil-Penal) 3 febrero 2014 (RJ 1568), en que el nuevo matrimonio de la demandada y titular del derecho de uso sobre la vivienda por razón de la guarda exclusiva de los hijos determinó, en palabras del Tribunal, que aquella hubiese visto «mejorada su situación económica al contar desde entonces con los ingresos regulares derivados del trabajo por cuenta ajena [...] de su nuevo cónyuge» (FJ 3º.1.5). En el caso, esta circunstancia se unía al empeoramiento de la situación económica del exmarido demandante de la extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar y propietario en exclusiva de la misma. Ello determinó que los nuevos gastos del excónyuge que era propietario, en todo o en parte, de la vivienda -entre los que podían incluirse los familiares, derivados del inicio de una nueva relación de la que podían resultar otros hijos- debieran poder ser tenidos en cuenta si concurrían con una mejora en la situación económica del excónyuge beneficiario del derecho de uso por razón de la guarda. En estas circunstancias, el Tribunal entendió que la causa de exclusión inicial de la atribución del derecho de uso de la vivienda, consistente en que el cónyuge que sería titular del derecho por razón de la guarda de los hijos tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos (art. 233-21.1, letra a, CCCat), también debía poder ser considerada causa de modificación de la medida ya acordada, aunque no exista para estos casos una disposición expresa que lo permita, y siempre que ello respete el interés superior del menor en el caso concreto. En el caso, la liberalización del uso de la vivienda y de la plaza de aparcamiento anexa comportó un aumento de 100 euros al mes en las pensiones alimenticias debidas por el exesposo a los hijos. Esta tesis se ha visto confirmada por la STSJ Cataluña (Civil-Penal) 16 febrero 2017 (RJ 1600)<sup>96</sup> e incluso es defendida allí donde resulta de aplicación el art. 96 CC<sup>97</sup>.

## 5.2. *La prueba de la convivencia marital*

Dado que el nuevo matrimonio o convivencia marital del progenitor guardador con un tercero en la vivienda familiar puede tener relevancia indirecta para reducir la prestación de alimentos que satisface el progenitor no titular del derecho de uso a los hijos menores o, a los efectos de este trabajo, incluso para extinguir tal derecho, se afronta ahora la controvertida cuestión de la prueba de la convivencia.

<sup>96</sup> Pese a reiterar, «obiter dicta», la doctrina de la citada STSJ Cataluña (Civil-Penal) 3 febrero 2014 (vid. FJ 3º «in fine»), en este caso el TSJ no consideró acreditado que la madre beneficiaria del derecho de uso por razón de la guarda de los hijos contara con medios económicos suficientes para subvenir a las necesidades de la vivienda, por lo que mantuvo la atribución del uso realizada por el Juzgado y confirmada por la Audiencia. Con posterioridad a la STS (1ª) 20 noviembre 2018, esta línea argumental también ha sido seguida por la SAP Barcelona (18ª) 18 junio 2020 (JUR 236559).

<sup>97</sup> Vid. LÓPEZ-BREA MARTÍNEZ, cit., pp. 278-279; y GARCÍA MAYO, *Vivienda familiar...*, cit., p. 475.

Desde el punto de vista procesal, las vías para obtener la extinción de la atribución del uso son dos: en ejecución de sentencia de separación, divorcio o nulidad, para aquellos supuestos en los que la causa dependa de un hecho objetivo no susceptible de valoración, entre los que se encuentra el nuevo matrimonio del titular del derecho de uso; y a través del procedimiento de modificación de efectos, para aquellos supuestos en los que la causa exija la valoración de circunstancias sujetas a contradicción y prueba, entre las que se encuentra la convivencia marital del titular del derecho con tercero. Tratar de resolver estos supuestos en ejecución resulta más forzado por la exigencia de prueba compleja, tal como sucede al tratar de extinguir la pensión alimenticia o la compensación por desequilibrio fijada en forma de pensión<sup>98</sup>.

Conforme con lo anterior, este apartado se centra en los problemas que plantea la prueba de la convivencia marital en la práctica judicial. Dado que el art. 96 CC no prevé la extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar y su admisión por la Sala 1ª es relativamente reciente, para determinar cómo puede operar en la práctica dicha causa de extinción me centraré en la convivencia marital como causa de extinción de la compensación por desequilibrio fijada en forma de pensión (art. 101.I CC), la cual ha sido objeto de un interesante desarrollo jurisprudencial. La previsión de la convivencia marital como causa de extinción de la pensión, que como se ha puesto de manifiesto en el apartado anterior encuentra fundamento en la ruptura de la solidaridad familiar, persigue evitar situaciones fraudulentas como las que podrían resultar si su acreedor evitara contraer nuevo matrimonio precisamente para mantenerla<sup>99</sup>.

El principal problema que plantea dicha causa de extinción es acreditar la «convivencia marital», un concepto vago e indeterminado<sup>100</sup>. En aquellos ordenamientos autonómicos que, como el catalán, cuentan con una regulación específica de las parejas estables dicha expresión no puede equipararse al concepto legal de pareja estable, pues si bien el mismo implica siempre convivencia marital esta puede existir aunque no

<sup>98</sup> CASO SEÑAL, «Artículo 233-24 CCCat», en ROCA TRÍAS (Coord. general) / ORTUÑO MUÑOZ (Coord. de volumen), cit., pp. 932-933.

<sup>99</sup> En este sentido, ROCA TRÍAS, «Artículo 101 CC», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ / DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN / BERCOVITZ / SALVADOR CODERCH (Dir.), cit., p. 410; y DÍAZ MARTÍNEZ, «Artículo 101 CC», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), cit., p. 1064.

<sup>100</sup> PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier, «Artículo 101 CC», en DOMÍNGUEZ LUELMO (Dir.), cit., p. 208; DÍAZ MARTÍNEZ, «Artículo 101 CC», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), cit., p. 1066; y GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar, «El indeterminado concepto de “vida marital” como causa de extinción de la pensión compensatoria y sus problemas de prueba», *Actualidad Jurídica Iberoamericana* (2018), núm. Extra 8, 2, pp. 9-47. En el mismo sentido, en derecho catalán, FERRER RIBA, «Article 233-19 CCCat», en EGEA FERNÁNDEZ / FERRER RIBA (Dir.) / FARNÓS AMORÓS (Coord.), cit., p. 499.

se cumplan los requisitos legales para constituir una pareja estable<sup>101</sup>. A nivel comparado, la cuestión más difícil es determinar qué constituye una «pareja de hecho duradera», lo que se deja en manos de los tribunales para su decisión caso por caso, en atención a la forma y la intensidad de la relación<sup>102</sup>.

En España la jurisprudencia de la Sala 1ª del TS alrededor del art. 101 CC ofrece una interpretación cada vez más laxa del concepto «vida marital» que favorece la pretensión extintiva del cónyuge deudor<sup>103</sup>, aunque sin llegar a admitir las relaciones esporádicas -por mucho que exista convivencia puntual-, ni las relaciones amorosas o afectivas duraderas en las que no hay vida en común de ningún tipo<sup>104</sup>. En esta interpretación laxa se produce a menudo la dispensa del clásico requisito de la convivencia para poder dar por probada la vida marital<sup>105</sup>, con lo que se evita el patente fraude por parte de quienes siendo, en verdad, pareja de hecho, evitan convivir en la misma vivienda, precisamente para burlar la norma que en tal caso privaría de la pensión a su beneficiario<sup>106</sup>. En este contexto se puede llegar a la convicción de la existencia de convivencia marital, en especial cuando las partes intentan ocultar deliberadamente su relación, a partir de indicios de toda índole, como por ejemplo cartas, mensajes, fotografías, facturas, cuentas bancarias conjuntas y, con determinados matices si los hechos documentados no se reconocen como ciertos, también informes de investigadores privados<sup>107</sup>.

<sup>101</sup> En este sentido, respecto del ordenamiento catalán, vid. FERRER RIBA, «Article 233-19 CCCat», en EGEA FERNÁNDEZ / FERRER RIBA (Dir.) / FARNÓS AMORÓS (Coord.), cit., p. 499. En el mismo sentido, teniendo en cuenta además que en muchos casos la relación precisamente tratará de ocultarse para evitar la aplicación del art. 101 CC: PÉREZ MARTÍN, «Artículo 101 CC», en DOMÍNGUEZ LUELMO (Dir.), cit., p. 208; y DÍAZ MARTÍNEZ, «Artículo 101 CC», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), cit., p. 1065.

<sup>102</sup> Vid., al respecto, el Principio 2:9 PEFL, cit. en nota 81.

<sup>103</sup> Un análisis en GUTIÉRREZ SANTIAGO, cit., p. 44.

<sup>104</sup> DÍAZ MARTÍNEZ, «Artículo 101 CC», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), cit., p. 1065.

<sup>105</sup> En el mismo sentido se ha pronunciado el TSJ de Cataluña, aunque si las partes mantienen domicilios separados deberá probarse que la relación implica un proyecto de vida en común que reúne un grado de estabilidad, intimidad, comunicación de afectos e intereses y publicidad comparable al del matrimonio: vid., entre otras, las SSTSJ Cataluña (Civil-Penal) 21 febrero 2013 (RJ 5755), 9 febrero 2017 (RJ 1599) y 29 abril 2019 (JUR 179148).

<sup>106</sup> En este sentido, PÉREZ MARTÍN, «Artículo 101 CC», en DOMÍNGUEZ LUELMO (Dir.), cit., p. 208; y DÍAZ MARTÍNEZ, «Artículo 101 CC», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), cit., p. 1066. Para la última, la simple aportación de una certificación de un registro, municipal o autonómico, de uniones de hecho, huérfana de todo material probatorio adicional, puede ser insuficiente para pretender la extinción de la pensión, pues precisamente una de sus deficiencias es que no siempre consta en este tipo de documentos la ruptura de la pareja, por lo que se puede estar inscrito como tal y haber terminado ya la convivencia, convivencia que debe mantenerse al tiempo de presentación de la demanda de modificación de medidas. En sentido similar, respecto del derecho catalán, FERRER RIBA, «Art. 233-19 CCCat», en EGEA FERNÁNDEZ / FERRER RIBA (Dir.) / FARNÓS AMORÓS (Coord.), cit., p. 500; y RUBIO GIMENO, cit., p. 40.

<sup>107</sup> Al respecto, vid. GUTIÉRREZ SANTIAGO, cit., pp. 9-47. En derecho catalán, FERRER RIBA, «Art. 233-19 CCCat», en EGEA FERNÁNDEZ / FERRER RIBA (Dir.) / FARNÓS AMORÓS (Coord.), cit., p. 500.

Ahora bien, a diferencia de lo que sucede en relación con la pensión por desequilibrio, la petición de extinción del uso de la vivienda familiar por convivencia marital con un tercero debe pasar necesariamente por probar esa convivencia, en especial dadas las consecuencias de la extinción respecto de los hijos menores de edad, por lo que ya no sirven en todo caso los parámetros que se utilizan para extinguir la pensión. Por tanto, el primer requisito del procedimiento de modificación de medidas será acreditar que, efectivamente, en el domicilio familiar reside de forma permanente el nuevo cónyuge o pareja del progenitor que tiene atribuido el uso<sup>108</sup>. Constituye un buen ejemplo de cómo opera este requisito la STSJ Cataluña (Civil-Penal) 16 diciembre 2019 (JUR 2020\94119), en cuanto impidió que prosperara la causa de extinción de la atribución del uso de la vivienda otorgado por razón de la mayor necesidad de la madre que tenía la guarda compartida, al no poderse deducir de los hechos probados su convivencia marital con un tercero en la vivienda, tal como alegaba el padre copropietario en su demanda inicial de modificación de medidas derivadas de la ruptura de pareja estable<sup>109</sup>. En su argumentación el Tribunal niega que existiera un proyecto de vida en común basado en la solidaridad y apoyo recíprocos, sino tan solo una relación sentimental puntual que por sí sola no es suficiente para que opere la causa de extinción de la atribución del uso de la vivienda familiar basada en el art. 233-24.2.b) CCCat (FJ 2º).

## 6. REFLEXIONES FINALES

Las soluciones que prescinden de la atribución del derecho de uso sobre la vivienda familiar en principio dotan de más autonomía a las partes y desincentivan posibles relaciones de dependencia entre ellas, en especial de las mujeres, como principales titulares del derecho, respecto de los hombres. Estas soluciones, inspiradas en la idea de la «ruptura limpia» de la relación (*clean break*), son más coherentes con el principio de «autosuficiencia» hacia el que tiende el derecho de familia moderno<sup>110</sup>. En consecuencia, la solución ideal debería ser favorecer, en la medida de lo posible, la abolición de la atribución del derecho de uso tras la crisis, lo que podría articularse mediante fórmulas dirigidas al reajuste de las pensiones o a la atribución de una segunda residencia susceptible de satisfacer el interés más necesitado de protección,

<sup>108</sup> PÉREZ MARTÍN, cit., 2019, p. 8.

<sup>109</sup> Con abundante cita de sentencias de Audiencias Provinciales en el mismo sentido, vid. PÉREZ MARTÍN, cit., 2019, pp. 8-12.

<sup>110</sup> El Principio 2:2 PEFL, cit. en nota 81, establece que «Sin perjuicio de los siguientes Principios, cada esposo ha de satisfacer sus propias necesidades tras el divorcio».

en la línea ya iniciada por algún legislador autonómico<sup>111</sup>; al alquiler de otra vivienda de similares características que no alejara a los menores de su entorno habitual<sup>112</sup>; o a la venta de la vivienda familiar tras la ruptura. Sin embargo, estas propuestas se perciben poco realistas en un marco legal que impone el consentimiento de ambos cónyuges o autorización judicial para disponer de la misma tras la ruptura (art. 96.3 CC)<sup>113</sup> y en un contexto social de impago de pensiones postdivorcio, falta de liquidez, ocultación de activos patrimoniales y crisis del mercado inmobiliario.

En los casos en que deba atribuirse el uso sobre la vivienda familiar, la causa de extinción basada en el nuevo matrimonio o convivencia marital del progenitor guardador con un tercero en dicha vivienda nunca debería operar con carácter automático. Dicha causa solo debería poder entrar en juego si, a criterio de la autoridad judicial tras una valoración caso por caso, fuera acompañada de un cambio relevante de circunstancias en la situación económica de las partes susceptible de una modificación de las medidas derivadas de la separación o el divorcio, o constituyera una conducta susceptible de constituir abuso de derecho<sup>114</sup>. En esta valoración deberá tenerse en cuenta, en su caso, la compensación económica que el cónyuge titular del derecho de uso pueda satisfacer al otro cónyuge por la mera atribución del uso<sup>115</sup>,

<sup>111</sup> Vid. art. 233-20, apartados 1, 6 y 7, CCCat.

<sup>112</sup> Lo propone SANTOS MORÓN, cit., pp. 21 y ss., en especial para el caso en que la vivienda es privativa del cónyuge no guardador.

<sup>113</sup> Vid. nota 8.

<sup>114</sup> Encontramos un ejemplo en la STS (1ª) 29 marzo 2011 (RJ 3021), que tiene origen en la demanda de divorcio interpuesta por el padre, en la que solicitaba, entre otras medidas, la guarda compartida del hijo menor común y el uso de la vivienda familiar atribuido a la madre en sentencia de separación por ostentar esta la guarda exclusiva del menor. Pese a confirmar la guarda exclusiva a favor de la madre, el Juzgado atribuyó el uso de la vivienda al padre en consideración a que la progenitora había iniciado una nueva relación de pareja con un tercero, con quien había adquirido otro inmueble en copropiedad en el que residía junto con su nueva pareja y el menor. Según el TS la «especie de reserva de la que fue vivienda familiar durante el matrimonio para poder usarla en el hipotético caso en que no fuese posible el uso de la vivienda en la que ahora el hijo convive con la titular de su guarda y custodia», como pretendía la progenitora, constituía abuso de derecho (FJ 3º).

<sup>115</sup> La tesis según la cual el derecho de uso reconocido en el art. 96 CC es, *per se*, gratuito, ha sido ampliamente cuestionada, precisamente para poner fin a las situaciones injustas que pueden producirse si el progenitor guardador convive en la vivienda con una nueva pareja. Tras la aprobación del art. 96 CC, en su redacción original introducida por la Ley 30/1981, GARCÍA CANTERO argumentaba que si el legislador hubiera optado por la gratuidad lo hubiera dicho expresamente, en especial cuando una versión preliminar del precepto, que no llegó a prosperar, sí preveía «las adecuadas compensaciones» para el derecho de uso. En consecuencia, debía quedar a la discrecionalidad de la autoridad judicial, según las circunstancias y el grado de necesidad, fijar el abono de una suma a título de renta, o la obligación de pagar los gastos de comunidad. En la misma línea, VELÁZQUEZ MARTÍN, María Ángeles, «Contenido económico del derecho de uso en la liquidación de gananciales. Compensación al cónyuge desposeído», *Actualidad Civil* (2002), núm. 10, pp. 343-359, en pp. 344 y 350-351; MARTÍN MELÉNDEZ, cit., p. 259; CUENA CASAS: 2014, *Revista de Derecho Civil*, cit., pp. 17 y 36, «Uso de la vivienda familiar y convivencia extramatrimonial con un tercero», blog *Hay Derecho* 9.1.2014, 2017, cit., pp. 431 y ss., y 2018, cit.;

compensación que debe fijarse con independencia de que existan hijos bajo guarda o el titular del uso conviva maritalmente en la vivienda con un tercero. Ahora bien, en defecto de acuerdo sobre el valor económico del derecho de uso, la autoridad judicial podrá tener en cuenta dichas circunstancias para modular el importe final a pagar por el cónyuge titular del derecho de uso al otro cónyuge.

La compensación podrá consistir en otorgar al derecho de uso un valor económico con base en algún criterio objetivo de valoración, como pueden ser las rentas por un inmueble de características similares (compensación directa)<sup>116</sup>, o en considerar el valor de uso como una forma de pago en especie, en todo o en parte, de las pensiones de alimentos debidas a los hijos o de la compensación por desequilibrio a favor del excónyuge (compensación indirecta)<sup>117</sup>.

Las soluciones basadas en la compensación directa o indirecta por la atribución del derecho de uso solo podrán entrar en juego si el titular del derecho de uso tiene capacidad económica suficiente<sup>118</sup>. Ello no implica que cuando este carezca de capacidad económica, su convivencia sin contraprestación con un tercero en la vivienda deba ser tolerada sin más, sino que podrá dar pie a instar una modificación de medidas que permita analizar si la nueva convivencia implica un cambio relevante de circunstancias en la situación económica de las partes susceptible de extinguir el derecho de uso.

---

SANTOS MORÓN, cit., p. 11; CERVILLA GARZÓN, María Dolores, «Naturaleza jurídica del derecho a usar la vivienda familiar. Revisión y puesta al día», *Indret* (2017), núm. 4, pp. 1-27, en pp. 11 y ss.; OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco, «Atribución del uso de la vivienda familiar y compensación económica: escenarios y propuestas de reforma», en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo (Dir.) / GARCÍA MAYO, Manuel (Coord.), *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*, Ed. Reus, Madrid, 2017, pp. 301-330, en pp. 306-308; ORDÁS ALONSO, 2018, cit., pp. 59 y ss.; y GARCÍA MAYO, *Vivienda familiar...*, cit., pp. 142 y ss. En derecho catalán, vid. EGEA FERNÁNDEZ, Joan, «Article 233-22 CCCat», en EGEA FERNÁNDEZ / FERRER RIBA (Dirs.) / FARNÓS AMORÓS (Coord.), cit., pp. 519-524, en p. 520.

<sup>116</sup> Al respecto, vid. las soluciones basadas en el arrendamiento forzoso, por las que han optado los derechos francés y portugués, a las que me he referido en el apartado 5.1. En España, vid. art. 12.7 LRFPV: «En el caso de atribuirse la vivienda a uno de los progenitores, si ésta es privativa del otro o común de ambos, se fijará una compensación por la pérdida del uso a favor del progenitor titular o cotitular no adjudicatario, *teniendo en cuenta las rentas pagadas por alquiler de viviendas similares y la capacidad económica de los miembros de la pareja*.». Pese al carácter imperativo de la norma, los tribunales entienden que la fijación de la compensación solo procederá a instancia de parte y previa acreditación de las circunstancias del caso: así lo advierte CASTELLANOS CÁMARA, cit., p. 287.

<sup>117</sup> En esta línea, vid. art. 233-20, apartados 1 y 7, y 234-8.3 CCCat; art. 83.2.d) CDFa; art. 5.2.c) y 10.3.I LRFPV; y Ley 72.IV FN.

<sup>118</sup> En este sentido, CUENA CASAS, 2014, *Revista de Derecho Civil*, cit., p. 36, y 2017, cit., pp. 442 y ss. Para esta autora (p. 454), en supuestos de incapacidad económica del cónyuge usuario la autoridad judicial debería exonerarle de pagar tal compensación. En la misma línea, respecto de las soluciones basadas en el arrendamiento forzoso, GARCÍA MAYO, 2020, cit., p. 444, y respecto de la compensación directa que prevé el derecho civil vasco (vid. nota 116), CASTELLANOS CÁMARA, cit., p. 287.

## BIBLIOGRAFÍA

AA.VV., «Incidencia de la convivencia marital con un tercero del progenitor custodio sobre el derecho de uso de la vivienda atribuido a los hijos y a éste/a» (foro abierto), *Boletín de Derecho de Familia*, El Derecho, 2010 (EDC 2010/1013826), pp. 1-25.

AGUILERA RULL, Ariadna, «Un análisis feminista de la atribución de la custodia», *Derecho de Familia* (2012), núm. 54, pp. 181-195.

ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, «Artículo 793 CC», en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), *Comentarios al Código civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, Tomo IV, pp. 5770-5773 (edición en línea).

BAYO DELGADO, Joaquim, «Atribució o distribució de l'ús de l'habitatge familiar. Prestació compensatòria i prestació alimentària», en INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT - UNIVERSITAT DE GIRONA (Coord.), *Qüestions actuals del dret català de la persona i de la família. Materials de les Dissetenes Jornades de Dret català a Tossa*, Documenta Universitaria, Girona, 2013, pp. 355-374.

BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, «La extinción del derecho de uso de la vivienda familiar, en especial por convivencia marital del usuario con otra persona», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (2019), núm. 774, pp. 2002-2042.

BOELE-WOELKI, Katharina / BRAAT, Bente / SUMNER, Ian (eds.), *European Family Law in Action*, Vol. II (Maintenance between former spouses), Intersentia, Antwerpen – Oxford – New York, 2003.

BOELE-WOELKI, Katharina / FERRAND, Frédérique / GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina / JÄNTERÄ-JAREBORG, Maarit / LOWE, Nigel / MARTINY, Dieter / PINTENS, Walter, *Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses*, Intersentia, Cambridge – Antwerp – Portland, 2004.

BOELE-WOELKI, Katharina / FERRAND, Frédérique / GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina / JÄNTERÄ-JAREBORG, Maarit / LOWE, Nigel / MARTINY, Dieter / TODOROVA, Velina, *Principles of European Family Law Regarding Property, Maintenance and Succession Rights of Couples in 'de facto' Unions*, Intersentia, Cambridge, 2019.

CABEZUELO ARENAS, Ana Laura, «Desafectación del inmueble y extinción del uso por convivencia de la madre guardadora con su nueva pareja. Creación de una familia distinta a la que justificó el reconocimiento del uso. Compaginación del interés del menor con el de sus progenitores», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* (2019), núm. 19 (BIB 2019/1389), pp. 1-20.

CASTELLANOS CÁMARA, Sandra, «La atribución del uso de la vivienda familiar en el Derecho civil vasco», en GALLARDO RODRÍGUEZ, Almudena / ESTACONA PÉREZ, Araya Alicia / BERTI DE MARINIS, Giovanni (Coords.), *Los nuevos retos del derecho de familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 277-291 (edición en línea).



CASTILLA BAREA, Margarita / CABEZUELO ARENAS, Ana Laura, «Disposiciones comunes a la nulidad, separación y divorcio (II)», YZQUIERDO TOLSADA, Mariano / CUENA CASAS, Matilde (Dirs.), *Tratado de Derecho de la Familia, Vol. II (Las crisis matrimoniales)*, 2ª ed. (reimpresión revisada), Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 411-641.

CASO SEÑAL, Mercedes, «Artículo 233-24 CCCat», en ROCA TRÍAS, Encarnación (Coord. general) / ORTUÑO MUÑOZ, Pascual (Coord. de volumen), *Persona y familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, Sepín, Las Rozas, 2011, pp. 929-933.

CERVILLA GARZÓN, María Dolores, «Naturaleza jurídica del derecho a usar la vivienda familiar. Revisión y puesta al día», *InDret* (2017), núm. 4, pp. 1-27. Disponible en

<https://indret.com/wp-content/uploads/2017/12/1345.pdf> [Consulta: 7 mayo 2020].

CUENA CASAS, Matilde, «Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario», *Revista de Derecho Civil* (2014), vol. I, núm. 2.

- «Uso de la vivienda familiar y convivencia extramatrimonial con un tercero», 9.1.2014, en el blog *Hay Derecho*. Disponible en

<https://hayderecho.expansion.com/2014/01/09/uso-de-la-vivienda-familiar-y-convivencia-extramatrimonial-con-un-tercero/> [Consulta: 22 septiembre 2020].

- «El régimen jurídico de la vivienda familiar», en YZQUIERDO TOLSADA, Mariano / CUENA CASAS, Matilde (Dirs.), *Tratado de Derecho de la Familia, Vol. III (Los regímenes económicos matrimoniales I)*, 2ª ed. (reimpresión revisada), Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 285-490.

- «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?», 9.12.2018, en el blog *Hay Derecho*. Disponible en <https://hayderecho.expansion.com/2018/12/09/la-doctrina-del-ts-sobre-la-extincion-del-derecho-de-uso-de-la-vivienda-familiar-por-convivencia-marital-con-un-tercero-justicia-a-costa-de-legalidad/>

[Consulta: 25 septiembre 2020].

DE VERDA BEAMONTE, José Ramón «La atribución del uso de la vivienda familiar en casos de divorcio en el Derecho español: la superación del derecho positivo por la práctica jurisprudencial», *Actualidad Jurídica Iberoamericana* (noviembre 2015), núm. 3 bis, pp. 9-43.

DÍAZ MARTÍNEZ, Ana, «Artículo 96 CC» y «Artículo 101 CC», en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), *Comentarios al Código civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, Tomo I, pp. 1000-1016 y pp. 1061-1068 (edición en línea).

EGEA FERNÁNDEZ, Joan, «Article 233-20», «Article 233-22 CCCat» y «Article 233-24 CCCat», en EGEA FERNÁNDEZ, Joan / FERRER RIBA, Josep (Dirs.) / FARNÓS AMORÓS, Esther (Coord.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d'ajuda mútua*, Atelier, Barcelona, 2014, pp. 502-513, pp. 519-524 y pp. 527-533.

ESCRIBANO TORTAJADA, Patricia, «Guarda y custodia compartida y atribución de la vivienda familiar», *Práctica de Tribunales* (2016), núm. 119 (edición en línea).

- «La extinción de la pensión compensatoria: ¿el ex cónyuge como “mantenido”?», *Actualidad jurídica iberoamericana* (2018), núm. extra 8, 2, pp. 164-180.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel, «Artículo 793 CC», en DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés (Dir.), *Comentarios al Código civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 908-909.

ESPILAU ESPILAU, Santiago, *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1992.

ESPINOSA CONDE, Gema, «Incidencia de la convivencia marital con un tercero del progenitor custodio sobre el derecho de uso de la vivienda atribuido a los hijos y a éste/a» (foro abierto), *Boletín de Derecho de Familia*, *El Derecho*, 2010 (EDC 2010/1013826), pp. 1-25, en p. 6-7.

FERRER RIBA, Josep, «Article 233-19 CCCat», en EGEA FERNÁNDEZ, Joan / FERRER RIBA, Josep (Dir.) / FARNÓS AMORÓS, Esther (Coord.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d'ajuda mútua*, Atelier, Barcelona, 2014, pp. 496-502.

- «Atribución del uso de vivienda familiar en una ruptura de pareja de hecho concurriendo menores de edad hijos de distinto progenitor: comentario a la STS de 17 de octubre de 2017 (RJ 2017\4528)», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* (2018), núm. 108, pp. 51-68.

GALLARDO RODRÍGUEZ, Almudena, *Controversias en torno a la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, La Ley, Madrid, 2020.

GARCÍA CANTERO, Gabriel, «Comentario al artículo 96 CC», en ALBALADEJO Manuel (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1982, pp. 1-8 (edición en línea).

GARCÍA MAYO, Manuel, *Vivienda familiar y crisis de pareja: régimen jurídico*, Ed. Reus, Madrid, 2019.

- «Extinción del derecho de uso de la vivienda familiar por la convivencia marital con un tercero: ¿y el interés del menor?», *Actualidad civil* (2019), núm. 2, pp. 1-16.

- «Desprotección jurídica de los hijos en la vivienda familiar: propuestas de mejora a la luz de la última jurisprudencia», en GALLARDO RODRÍGUEZ, Almudena / ESTACONA PÉREZ, Araya Alicia / BERTI DE MARINIS, Giovanni (Coords.), *Los nuevos retos del derecho de familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 433-444 (edición en línea).

- «El uso de la vivienda familiar a la luz del nuevo art. 96 CC», *Revista de Derecho Civil* (2021), vol. VIII, núm. 3, pp. 187-221.

GARCÍA RUBIO, María Paz, «¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?», *Actualidad Jurídica Iberoamericana* (agosto 2020), núm. 13, pp. 14-49.

GIL MEMBRADO, Cristina, *La vivienda familiar*, Ed. Reus, Madrid, 2013.

GÓMEZ VALENZUELA, Manuel Ángel, «La convivencia de los suegros del progenitor no custodio en la vivienda familiar: análisis de la posible extrapolación de la STS de 20 de noviembre de 2018», *Revista de Derecho de Familia* (Octubre-Diciembre 2020), núm. 89, pp. 29-84.

GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, «Incidencia de la convivencia marital con un tercero del progenitor custodio sobre el derecho de uso de la vivienda atribuido a los hijos y a éste/a» (foro abierto), *Boletín de Derecho de Familia*, El Derecho, 2010 (EDC 2010/1013826), pp. 1-25, en pp. 7-11.

GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar, «El indeterminado concepto de “vida marital” como causa de extinción de la pensión compensatoria y sus problemas de prueba», *Actualidad Jurídica Iberoamericana* (2018), núm. Extra 8, 2, pp. 9-47.

LÓPEZ-BREA MARTÍNEZ, María Concepción, «El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de custodia compartida y tras la liquidación del patrimonio ganancial», en AA.VV., *El Derecho de familia ante la crisis económica. La liquidación de la sociedad legal de gananciales*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 257-304 (edición en línea).

LUQUE JIMÉNEZ, María del Carmen, *La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial*, Colegio de Registradores Mercantiles y de la Propiedad de España, Madrid, 2012.

MAGRO SERVET, Vicente, «Incidencia de la convivencia marital con un tercero del progenitor custodio sobre el derecho de uso de la vivienda atribuido a los hijos y a éste/a» (foro abierto), *Boletín de Derecho de Familia*, El Derecho, 2010 (EDC 2010/1013826), pp. 1-25, en pp. 12-13.

MARTÍN MELÉNDEZ, María Teresa, *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (art. 96, P 1, 2 y 3 CC). Teoría y práctica jurisprudencial*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2005.

MARTÍNEZ CALVO, Javier, «La extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar como consecuencia de la convivencia con un tercero. Reflexiones a la luz de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista de Derecho Civil* (2019), vol. VI, núm. 3, pp. 155-178.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos, «Notas sobre adjudicación del uso de la vivienda familiar y responsabilidad hipotecaria (a propósito de una jurisprudencia del Tribunal Supremo)», en JIMÉNEZ LIÉBANA, Domingo (Coord.), *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor José González García*, Aranzadi-Thomson Reuters-Universidad de Jaén, Cizur Menor, 2012, pp. 1279-1286.

MÉNDEZ TOJO, Ramón, «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* (2019), núm. 1, pp. 1-14.

MONTERO AROCA, Juan, *El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales (La aplicación práctica del art. 96 del Código Civil)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.

MORALEJO IMBERNÓN, Nieves I., «Regímen jurídico de la vivienda familiar», en GARRIDO MELERO, Martín / FUGARDO ESTIVILL, Josep Maria (Coords.), *Conflictos en torno a los patrimonios personales y empresariales*, Vol. 2, Tomo II, Bosch, Barcelona, 2010, pp. 963-1064.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, «El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales», *Actualidad Civil* (1986), núm. 19, pp. 1329-1339.

OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco, «Atribución del uso de la vivienda familiar y compensación económica: escenarios y propuestas de reforma», en Guillermo CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA (Dir.) / Manuel GARCÍA MAYO (Coord.), *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*, Ed. Reus, Madrid, 2017, pp. 301-330, en pp. 306-308.

ORDÁS ALONSO, Marta, *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, Bosch - Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2018.

- «El matrimonio o convivencia marital con un tercero extingue el derecho de uso de la vivienda familiar. Un halo de esperanza (1)», *Diario La Ley* (2019), núm. 9332.

PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier, «Artículo 96 CC» y «Artículo 101 CC», en DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés (Dir.), *Comentarios al Código civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 203-204 y p. 208.

- «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* (2019), núm. 82 (BIB 2019/645), pp. 1-13.

PINTO ANDRADE, Cristóbal, «La atribución judicial de la vivienda familiar y su temporalización existiendo hijos menores de edad: actuales líneas jurisprudenciales y doctrinales», *Actualidad Civil* (2012), núm. 21, pp. 1-14.

RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca, «La extinción del derecho de uso de la vivienda familiar: nuevas perspectivas», *Revista Boliviana de Derecho* (julio 2020), núm. 30, pp. 100-121. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7521502>

[Consulta: 23 diciembre 2020].

RIBOT, Jordi, «The financial consequences of divorce across Europe», *ERA Forum* (2011) 12: 71-87.

ROCA TRÍAS, Encarna, «Artículo 96 CC» y «Artículo 101 CC», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido / Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis / BERCOVITZ, Rodrigo / SALVADOR CODERCH, Pablo (Dirs.), *Comentario del Código Civil*, 2ª ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, Tomo I, pp. 398-402 y pp. 410-412.

- *Libertad y familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

RUBIO GIMENO, Gemma, «Ús de l'habitatge per raó de la guarda dels fills menors i la introducció d'un tercer: revisió de la regulació catalana a propòsit de la sentència del Tribunal Suprem 641/2018, de 20 de novembre de 2018», *Revista Catalana de Dret Privat* (2019), vol. 20, pp. 37-74.

RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, Julia, «Comentario a la Ley 72», en RUBIO TORRANO, Enrique / ARCOS VIEIRA, María Luisa (Dir.), *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, 2ª ed., Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 303-310.

SALAS CARCELLER, Antonio, «La introducción de otra persona en el domicilio familiar y sus consecuencias respecto del derecho de uso atribuido en juicio de divorcio. Comentario a la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 641/2018, de 20 de noviembre», *Revista Aranzadi Doctrinal* (2019), núm. 1 (BIB 2018/14698), pp. 1-6.

SÁNCHEZ JORDÁN, María Elena, «Consecuencias de la convivencia de un tercero con el cónyuge custodio (y con los hijos menores del matrimonio) en la casa ganancial: la “desfamiliarización” de la vivienda», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial* (2019), núm. 48 (BIB 2019/1093), pp. 1-29.

SANTOS MORÓN, María José, «La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de custodia exclusiva de un cónyuge: evolución jurisprudencial y anteproyecto de reforma», *Revista de Derecho Civil* (2014), vol. I, núm. 3, pp. 1-36.

SCHERPE, Jens M., «The financial consequences of divorce in a European perspective», en SCHERPE, Jens M. (Ed.), *European Family Law*, Vol. III, Edward Elgar, Cheltenham and Camberley, 2016, pp. 146-208.

SERRANO GARCÍA, José Antonio, «Artículo 81 CDFa», en DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús (Dir.) / BAYOD LÓPEZ, María del Carmen / SERRANO GARCÍA, José Antonio (Coords.), *Comentarios al Código del Derecho Foral de Aragón*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 198-201 (edición en línea).

SESTA, Michele, *Manuale di Diritto di Famiglia*, 5ª ed., Cedam, Padova, 2013.

VALLESPÍN PÉREZ, David, «El derecho a rehacer la vida propia, tras el divorcio, y su repercusión en el uso de la vivienda familiar», *Práctica de Tribunales* (2019), núm. 137, pp. 1-11.

VELÁZQUEZ MARTÍN, María Ángeles, «Contenido económico del derecho de uso en la liquidación de gananciales. Compensación al cónyuge desposeído», *Actualidad Civil* (2002), núm. 10, pp. 343-359.

VERDERA IZQUIERDO, Beatriz, «Incidencia en la modificación de medidas de la convivencia con un tercero en la vivienda familiar», en CUENA CASAS, Matilde / ANGUITA VILLANUEVA, Luis Antonio / ORTEGA DOMÈNECH, Jorge (Coords.), *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 1635-1654.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, «La convivencia marital con un tercero hace perder a la vivienda su condición de vivienda familiar. Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2018 (641/2018)», en YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (Dir.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil)*, AEBOE-Dykinson, Madrid, 2018, pp. 165-174 (acceso libre).

ZUBIKOA MENDIGUTXÍA, Marta, «Aspectos sociales de la ruptura de la pareja», en AA.VV., *Guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida*, Comisión de Igualdad del Consejo General del Poder Judicial, 2020, pp. 30-54. Disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Igualdad-de-Genero/Estadisticas--estudios-e-informes/Estudios/Guia-de-criterios-de-actuacion-judicial-en-materia-de-custodia-compartida> [Consulta: 3 octubre 2020].

ZUMAQUERO GIL, Laura, «La atribución judicial del uso de la vivienda familiar en caso de crisis matrimonial: régimen jurídico actual y propuestas de reforma», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial* (2016), núm. 41, (BIB 2016/85411), pp. 1-45.

Fecha de recepción: 14.06.2021

Fecha de aceptación: 15.12.2021