



**Universidad
de La Laguna**

FACULTAD DE DERECHO

GRADO EN DERECHO

**ATRIBUCIÓN Y PÉRDIDA DE LA VIVIENDA
FAMILIAR EN CASOS DE DIVORCIO**

Asignatura: Trabajo de Fin de Grado

Alumno: Romen Fleitas Pérez

Tutor: Carlos Trujillo Cabrera

Año académico: 2018-2019

Convocatoria: Julio

Abstract

Everybody knows that attribution of housing in cases of divorces is a controversial issue, because it deals with the limitation of the right to private property of one of the owners because of three main reasons; divorce and custody of one of the parents, the benefit for the child, and the family nature of the house. The house is attributed to the parent who holds the custody of the minor due to the circumstances and the characteristics of the moment in which the conjugal nucleus is broken. However, if these circumstances by which the house has been attributed to one and not the other change, it is logical to think that the agreed measures will also have to change by adapting to the new circumstances, in order to obtain the fairest and most suitable situation.

Resumen

Es sabido que la atribución de la vivienda familiar en casos de divorcio es un asunto controvertido, pues supone la limitación del derecho a la propiedad privada de uno de los propietarios por tres principales motivos; el divorcio y custodia a uno de los progenitores, el beneficio del menor, y el carácter familiar de la vivienda. Esta es atribuida al progenitor que ostente la custodia del menor debido a las circunstancias y características del momento en que se rompe el núcleo conyugal. Sin embargo, si estas circunstancias por las que se ha atribuido la vivienda a uno y no a otro cambian, es lógico pensar que las medidas acordadas también deberán cambiar readaptándose a las nuevas circunstancias, con el fin de obtener la situación más justa y adecuada.

ÍNDICE

I.- Introducción.....	5
II.-Atribución y pérdida de la vivienda en casos de divorcio.....	6
1.-La vivienda familiar.....	6
2.- El derecho al uso de la vivienda.....	7
3.- Medidas anteriores a la Sentencia.....	10
3.1.-Resarcimiento o reducción de la pensión.....	11
3.2.- Convivencia More Uxorio.....	13
4.- Nuevo escenario a raíz de la Sentencia.....	14
4.1.- ¿Y si el hijo no es menor de edad?.....	16
4.2.- ¿Y si la vivienda es privativa?.....	17
4.3 ¿Y si el matrimonio se encuentra en precario?...19	
5.- Pérdida del carácter familiar.....	19
5.1.- Beneficio para los hijos.....	22
6.- ¿Cuánto debe durar la cohabitación?.....	24
7.-Comparación con otros ordenamientos.....	25
7.1.- Civil Law.....	25
7.2. - Common Law.....	26
7.3.- Normativa Foral.....	27
8.-Nueva corriente jurisprudencial.....	27
8.1.- Pactos prematrimoniales.....	29

III.- Conclusiones.....	30
IV.- Bibliografía.....	32
1.- Medios electrónicos.....	32
2.- Medios analógicos.....	32

I.- Introducción

El objeto del presente trabajo es, el análisis y estudio de la atribución y la pérdida de la vivienda familiar entre los ex-cónyuges en casos de divorcio, así como en casos de separación, siempre y cuando del matrimonio hayan nacido hijos quienes, al momento de la separación, se encuentren en la minoría de edad.

Es muy posible, cuando se produce la ruptura, que surjan conflictos en cuanto a la atribución de la vivienda, especialmente en divorcios contenciosos y con hijos menores de edad. Esta se atribuye o deja de atribuirse en función de quién ostente la guarda y custodia del menor, que, a su vez, se establece con base en las circunstancias y características de ambos progenitores en el momento de la ruptura del núcleo conyugal. Es por ello que, al variar estas circunstancias de manera sobrevenida, es lógico que se varíen las medidas tomadas con anterioridad; fundamentalmente debido a la introducción de una nueva pareja del progenitor custodio, la cual convive en el domicilio “familiar”, desprovéyéndolo de tal carácter automáticamente según veremos a continuación, mientras que el progenitor no custodio, aun siendo legítimo propietario de la vivienda, no puede disfrutar su uso.

Precisamente este es el controvertido escenario que se plantea en la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo número 641/2018 de fecha 20 de noviembre que va a ser objeto de estudio en este trabajo.

II.- Atribución y pérdida de la vivienda familiar en casos de divorcio

1.- La vivienda familiar

Antes de comenzar a analizar en profundidad el estudio de la atribución y pérdida, en casos de divorcio, de la vivienda familiar, es preciso explicar a qué nos referimos exactamente con esta terminología referente al domicilio. Nuestra legislación, y en especial el Código Civil, tiene muchas formas de hacer referencia a la vivienda familiar: esa es la denominación que da el artículo 96, así como los artículos 90, 91, 103 y 1357. Sin embargo, los artículos 70 y 87 se refieren a dicho término como domicilio conyugal, mientras que el artículo 82 hace mención al hogar, el 1320 habla de vivienda habitual y el 1362 de hogar familiar¹. No obstante, tal y como ya estableció la Audiencia Provincial de Córdoba, “todas ellas responden a un mismo significado, cual es, el de vivienda familiar”², entendiéndose como sinónimos por nuestros Jueces y Magistrados.

Todos estos términos hacen referencia al mismo bien inmueble; la vivienda familiar, la cual puede definirse, según doctrina del Alto Tribunal, como un “bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, quien quiera que sea el propietario”³, y en la que se desarrollaba la vida íntima de la familia hasta el momento de la crisis matrimonial⁴.

Todo ello es de consideración desde la perspectiva de los hijos menores⁵ y presente la protección de la familia con especial hincapié en la tutela de los hijos⁶ y con independencia de la filiación de los menores o la titularidad de la vivienda.

Así pues, es de este domicilio del que debe atribuirse el derecho al uso y disfrute por tener la consideración de familiar, pero no la titularidad, pues sobre esto se decidirá

¹ Montero Aroca, Juan, *El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 11.

² SAP Córdoba de 10 de mayo de 1993 (AC 1993/1050), Aranzadi.

³ STS de 31 de diciembre de 1994 (RJ 1994/10330), Aranzadi.

⁴ Montero Aroca, Juan, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁵ Espiau, S., *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico español*, PPU, Barcelona, 1992, pág. 27.

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 de Derecho Patrimonial num.48/2019 parte Jurisprudencia, Aranzadi, pág. 13.

en el proceso de liquidación de la sociedad de gananciales “dado que para la atribución del uso es indiferente la titularidad de la vivienda, sea ganancial, común o privativa de alguno de los cónyuges, la naturaleza del título no importa en el proceso matrimonial, ni forma parte de los objetos que integran las medidas definitivas”⁷, pues existe un interés sin duda más prevalente que es el de los menores a una vivienda adecuada a sus necesidades, que, conforme a la regla dispuesta en el art. 96 CC, se identifica con la que fue vivienda familiar hasta la ruptura del matrimonio”⁸.

2.- El derecho al uso de la vivienda

La propiedad es un derecho constitucional y real consistente en la titularidad y poder sobre un objeto en su máximo grado de reconocimiento y protección⁹. Queda amparado por el artículo 33 de la Constitución Española y, como bien dice nuestro Código Civil en su artículo 348, la propiedad es el “derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas por las leyes”. Así pues, aunque se reconoce la libertad de su titular para utilizar, enajenar, etc. dicha cosa, debe también destacarse la posibilidad de limitación del ejercicio de sus facultades por la ley, en esta ocasión, en beneficio de los hijos menores en caso de divorcio, pues se atribuye el uso de la vivienda a uno solo de los cónyuges; al custodio.

Por lo expuesto anteriormente, puede determinarse que existe una vertiente positiva de disposición del bien sobre el que se tiene el derecho de propiedad, pero también una vertiente negativa de limitación a esa disposición para proteger una situación más relevante, como es, en este caso, el interés superior del menor, impidiendo que el divorcio conlleve que los padres velen por su intereses económicos en exclusiva y queden desatendidos los intereses de los hijos.

A tenor literal del artículo 96 del Código Civil, “en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden”, por lo

⁷ SAP Ciudad Real de 6 de febrero de 1998 (AC 1998/3423), Aranzadi.

⁸ STS de 15 de marzo de 2013 (RJ 2013, 2174), Aranzadi y STS de 6 de abril de 2016 (RJ 2016, 1321), Aranzadi.

⁹ Enciclopedia Jurídica, La Propiedad (<https://bit.ly/2HneVkl>), última consulta 10/07/19 y Lasarte Álvarez, Carlos, *Compendio de derechos reales*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pág. 1.

que ese derecho a la propiedad se ve restringido en favor del menor; pues no existe una plena autonomía de la voluntad de los progenitores cuando estos tienen hijos menores a su cargo, ya que es el Juez quien tutela los intereses de estos, sin poder, dicho Juez, establecer una atribución del uso de la vivienda familiar que dañe o perjudique los intereses del menor¹⁰. Sin embargo, precisamente por esa minoría de edad, no será este quién ejerza directamente sus facultades, sino el progenitor custodio. Así pues, aun ostentando la propiedad ambos ex-cónyuges, solo el custodio podrá disfrutar de la posesión de la vivienda, quedando el otro con dichas facultades sobre el domicilio limitadas por no tener la custodia del hijo menor. Incluso aunque el custodio no ostente la propiedad sino que ésta recaiga sobre el otro progenitor en exclusiva, los derechos de los que se dispone sobre dicha vivienda, al tener el carácter de familiar, no podrán ser ejercitados en su totalidad por este sin consentimiento de su ex-pareja no propietaria, pues es ella quién tiene atribuido su uso en representación y beneficio del hijo, siendo este progenitor custodio y el menor los únicos con derecho al uso de la vivienda habitual.

Ello es así debido a que se intenta perjudicar lo menos posible a los menores y a que, si bien es cierto que ya no van a formar parte de una familia matrimonial, se busca no modificar su entorno debido al apego que estos tendrán al ambiente que les rodea y se estima que quedándose a residir en la vivienda familiar es la mejor manera de mantener las relaciones entre el menor y su entorno del mismo modo en que venían siendo antes de la crisis entre los progenitores¹¹.

Por todo ello, podría determinarse que la atribución del derecho al uso de la vivienda a los menores, disfrutando del inmueble un progenitor en perjuicio del otro, es una de las limitaciones que establece la ley al derecho a la propiedad privada en casos de atribución de la vivienda por divorcio cuando medien hijos menores, ya que aunque la Constitución reconozca el derecho a la propiedad privada, impera, por encima, la importancia del beneficio e interés superior de los hijos menores que la ex-pareja pudiera tener y, además, se destaca un carácter dispositivo del artículo 96 del Código Civil, pues a falta de acuerdo el Juez debe decidir sobre la situación de la vivienda familiar.

¹⁰ Montero Aroca, Juan, *El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 52.

¹¹ Salazar Bort, Santiago, *La tutela especial de los hijos en la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 67.

Situación distinta sería el supuesto de que no existieran hijos menores ni incapaces, pues en ese caso se trataría de una materia plenamente disponible¹² en el caso de que ambos se encontraran, económicamente, en situaciones similares, pues sin hijos no existiría el “principio de mantenimiento del entorno como manifestación del favor filii”¹³.

Sin embargo, la controversia se plantea en el momento en que el progenitor custodio, en favor del cual se ha atribuido el derecho al uso de la vivienda familiar para el beneficio de los hijos menores con los que convive, permite la entrada para la convivencia de su nueva pareja en dicho domicilio, por lo que la situación planteada desembocaría en un progenitor propietario de una vivienda en la que no puede habitar y un tercero no propietario habitando en dicha vivienda por decisión única del otro progenitor, por lo que, tras la entrada de la pareja y consecuente convivencia, surge el planteamiento de si realmente se mantienen las mismas características y circunstancias en la vivienda que se tomaron en cuenta al momento de la separación o divorcio o si ha mediado alguna variación significativa por la que proceda modificar las medidas a las que el Código Civil en su artículo 91 se refiere.

En este caso, cabe plantear las cuestiones siguientes;

¿Aún perdura el carácter de vivienda familiar?, ¿Sigue actuándose realmente en beneficio de los hijos menores?, y sobre todo, ¿Puede la limitación que establece la ley a la propiedad privada limitar más derechos de los que ampara?, es decir, que los derechos del progenitor no custodio se vean superados por los intereses del custodio y de su nueva pareja, amparándose en el beneficio del menor.

La Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, número 641/2018, de 20 de noviembre, responde a todo ello negativamente y, tal como se analizará en mayor profundidad en el presente trabajo, establece que cabe extinguir el uso de la vivienda familiar atribuido al hijo menor y disfrutado por el cónyuge custodio, debido a que han variado las circunstancias cuando comenzó a residir en la misma vivienda la nueva pareja, pues se ha perdido el carácter familiar del domicilio, dado que ha tenido lugar un

¹² Montero Aroca, Juan, *El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 55, así como SAP Barcelona de 28 de febrero 2000 (AC 2000/2973), Aranzadi y SAP Barcelona de 4 de febrero 1998 (AC 1998/156), Aranzadi.

¹³ Salazar Bort, Santiago, *La tutela especial de los hijos en la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 67.

“abuso del derecho, enriquecimiento injusto y una alteración sobrevenida de las circunstancias”¹⁴.

3.- Medidas anteriores a la Sentencia

Hasta el momento de dictarse la Sentencia del Tribunal Supremo número 641/2018 de 20 de noviembre no se planteaba la opción de extinguir el derecho al uso de la vivienda por introducir a la nueva pareja. Esta medida, si bien es cierto que ha sido objeto de discusión y debate¹⁵, no había sido, hasta ahora, tomada, dando lugar a que se aplicaran otras medidas consideradas como “insuficientes”¹⁶.

Las decisiones que se han tomado hasta ahora han venido siendo, principalmente, dos, pero ambas considerando que la convivencia del tercero no alteraba la condición de vivienda familiar¹⁷; estas son la reducción de la cifra de la pensión alimenticia que el progenitor no custodio tiene obligación de pagar al custodio para la manutención de los hijos comunes¹⁸ y la fijación de un límite temporal para la liquidación de la sociedad de gananciales¹⁹, siempre que esta no haya sido liquidada ya, pues de ya haberse procedido a la liquidación, habría que liquidar el bien que falta, por haber perdido el carácter familiar. De esta manera, considerando que aun habiendo cambiado las circunstancias de manera sobrevenida pero no las medidas referentes a la atribución del uso a la vivienda, al menos, se varían otras circunstancias, como es la pensión de alimentos, reduciéndola. Sin embargo, no eran medidas suficientemente acertadas, pues la cuestión principal de la controversia no radica en el descontento del ex-cónyuge o en una situación económica, sino en la pérdida objetiva del carácter “familiar” de la que hasta entonces era la vivienda familiar. Es por ello que se recurrió

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 de Derecho Patrimonial num.48/2019 parte Jurisprudencia, Aranzadi, pág. 7.

¹⁵ Sepín Familia, Encuesta jurídica: Por la convivencia con otra persona en el domicilio que ha sido atribuido en sentencia a un progenitor y a los hijos menores, ¿se podría modificar o extinguir esta atribución del uso?, (<https://bit.ly/2KX7JOF>) última consulta 10/07/19.

¹⁶ Sepín Familia, Encuesta jurídica: Por la convivencia con otra persona en el domicilio que ha sido atribuido en sentencia a un progenitor y a los hijos menores, ¿se podría modificar o extinguir esta atribución del uso?, (<https://bit.ly/2KX7JOF>) última consulta 10/07/19.

¹⁷ Pinto Andrade, Cristóbal, *La atribución del uso de la vivienda familiar*, Bosch, España, 2011, pág. 107

¹⁸ STS 31/2017 de 19 de enero (RJ 2917/924), Aranzadi.

¹⁹ STS 183/2017 de 14 de marzo (RJ 2017/878), Aranzadi.

la Sentencia de primera instancia que así fallaba, hasta que en segunda instancia y, posteriormente el Tribunal Supremo, se dicta esta Sentencia, resolviendo el controvertido tema, ya planteado, de la introducción de la nueva pareja en la vivienda familiar, pues es una situación, para la cual nuestro Código Civil no da respuesta; por medio del artículo 96 se atribuye el uso de la vivienda a los hijos y al progenitor en cuya compañía queden los menores, dejando sin regular la extinción de esta situación, a diferencia de la pensión compensatoria, para la que sí establece el artículo 101 que se extingue, entre otros, por lo la figura jurídica del “*more uxorio*” que a continuación se desarrollará.

3.1.- Resarcimiento o reducción de la pensión

Manteniendo la idea de obtener un escenario justo y, fundamentalmente acorde a los preceptos que nuestro Derecho establece, la manera de acercar posiciones que se utilizaba era el resarcimiento o reducción de la pensión que el progenitor no custodio había de pagar. Esta medida era la más utilizada hasta el momento de dictarse la Sentencia del Tribunal Supremo y, adelantando lo que se desarrollará en los posteriores apartados, es el fallo que se obtuvo de la Sentencia dictada en primera instancia.

El referido fallo tiene lugar a través de un procedimiento que comienza con una solicitud de rebaja de la pensión por medio del proceso matrimonial de modificación de medidas, fundamentándose en que ha sucedido, sobrevenidamente, un cambio en la situación familiar, concretamente del cónyuge custodio con atribución del derecho al uso de la vivienda, pues supone un enriquecimiento de un tercero (la nueva pareja), beneficiándose de la vivienda familiar que se ha atribuido al uso e interés de los hijos menores, por lo que, jurisprudencialmente, se viene entendiendo que la contribución del padre deberá ser menor a consecuencia de ello, habiendo, incluso, Sentencias que obligan al tercero a contribuir con los gastos de la vivienda en la que ahora habita²⁰.

Si bien es cierto que esta medida no logra llegar a dar una solución como la pérdida de la atribución del uso de la vivienda, pues la Sentencia que ello estableció fue objeto de recurso, es posible que en algunos casos pueda ser suficiente, aunque en otros

²⁰ STS 33/2017 de 19 de enero (RJ 2017/754), Aranzadi.

no. Se trata, en esencia, de conseguir una posición económica menos desfavorable para el progenitor no custodio, evitándole soportar parte de los gastos que normalmente se desprenden de un divorcio para quien no ostente la custodia; seguir pagando la mitad de la hipoteca de la vivienda de la que se le ha excluido, la mitad de los gastos de esta como el seguro, el posible alquiler de la nueva vivienda en la que habitará tras el divorcio si no dispusieran de más bienes inmuebles y, además, una pensión de alimentos a su hijo. Todo ello comporta un elevado gasto que no todos pueden afrontar, por lo que, consideraba el actor del procedimiento antes mencionado, que no es justo y se entendía en desigualdad ya que el progenitor custodio está viviendo en una casa de la que paga el cincuenta por ciento exclusivamente, pues el otro cincuenta por ciento lo costea el progenitor no custodio.

Lo antes mencionado viene apoyado por lo establecido en el artículo 101 del Código Civil: “El derecho a la pensión se extingue por el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona”. Los Jueces y Tribunales vienen manteniendo que existe convivencia marital “cuando se trata de cualquier tipo de convivencia estable de pareja lleva a la extinción de la pensión, no quedando incluidas las convivencias ocasionales o esporádicas”²¹.

Antes, solo se extinguía la pensión en el momento en que se consolidaba el matrimonio entre el progenitor custodio y su pareja, ahora bien, el motivo por el que surge el razonamiento de extinción de la pensión compensatoria que el progenitor no custodio ha de pagar debido a, simplemente, que ahora el custodio convive maritalmente con un tercero, viene dado con el fin de evitar esquivar el fin al que responde lo inicialmente mencionado, pues de contrario, permitiría la posibilidad de eludir esa extinción con el mero y simple hecho de no casarse. Hoy en día esto ha venido actualizándose y adaptándose a la realidad, con Sentencias como la del Tribunal Supremo de fecha de 28 de marzo de 2012 abordando la cuestión que recientemente se ha descrito al decir que “ la razón por la que se introdujo esta causa de extinción de la pensión compensatoria fue la de evitar que se ocultaran auténticas situaciones de convivencia con carácter de estabilidad, más o menos prolongadas, no formalizadas como matrimonio, precisamente para impedir la pérdida de la pensión compensatoria, ya que se preveía inicialmente solo como causa de pérdida el nuevo matrimonio del

²¹ SAP Huelva 28/2015 de 28 de enero (JUR 2015/102918), Aranzadi.

cónyuge acreedor”. Y existiendo muchas otras resoluciones judiciales con el citado contenido²².

3.2.- Convivencia *more uxorio*

En Derecho se conoce como *more uxorio* a la figura jurídica consistente en la convivencia que se desarrolla cohabitando de forma estable, diaria, con permanencia temporal consolidada a lo largo de los años, monógama, practicada públicamente y carente de formalidad²³ entre dos personas.

Tal y como ya han establecido los Tribunales, el sentido de desproveer o reducir la pensión de alimentos por la convivencia del tercero, que el progenitor no custodio ha de pagar, aun no habiendo matrimonio entre el progenitor custodio y su pareja, atiende a que esta nueva unión, aunque si bien es cierto que no está formalizada, es de notoriedad que supone una vida sentimental en común en la que, con la nueva pareja, se actúa como si de un matrimonio se tratara, resultando en un paralelismo con este²⁴.

Así pues, se procede a reconocer la extinción, por medio de lo dispuesto en nuestro Código Civil (artículo 101), de la pensión compensatoria, indistintamente de que exista matrimonio consolidado formalmente o no; pues basta con la convivencia en los términos ya mencionados anteriormente para que se pierda el carácter familiar.

Es a partir de esta idea de la que surge el fundamento del fallo de la Sentencia que a continuación se describirá, pues “aun cuando la STS 19 enero 2017 (RJ 2017, 754) representó un cambio jurisprudencial en cuanto a las consecuencias de la convivencia *more uxorio* con un tercero en la vivienda familiar”²⁵, parte de la doctrina

²² SAP Islas Baleares 146/2013 de 16 de abril (JUR 2013/183048), Aranzadi y SAP Huelva 28/2015 de 28 de enero (JUR 2015/102918), Aranzadi.

²³ STS de 18 mayo 1992 (RJ 1992/4907).

²⁴ STC de 4 de junio de 1998 (RTC 1998/118).

²⁵ 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 de Derecho Patrimonial num.48/2019 parte Jurisprudencia, Aranzadi, pág. 11.

consideró insuficiente la reducción de la pensión de alimentos y propuso la extinción o limitación temporal del derecho de uso”²⁶.

4.- Nuevo escenario a raíz de la Sentencia

La Sentencia del Tribunal Supremo 641/2018, de 20 de noviembre, está encabezada por los siguientes hechos:

Una pareja compuesta por un hombre y una mujer casados con hijos menores se divorcia en el año 2014, atribuyéndosele la custodia monoparental exclusiva a la mujer, así como el uso de la vivienda a sus hijos, disfrutando, de este uso, ella, por ser quién ostenta la guarda y custodia. Tiempo después, la mujer, continuando con la guarda de los menores, conoce a un tercero, con quien empieza un idilio romántico. Rehace su vida con él, conviviendo en la vivienda para la que se le atribuyó su uso.

A todo ello, el progenitor no custodio, es decir, el padre, sigue teniendo la obligación de contribuir con la pensión de alimentos a sus hijos, con la hipoteca de la vivienda que no puede habitar y con la mitad de otros gastos, como el seguro del hogar, el Impuesto de Bienes Inmuebles, etc., mientras que el nuevo novio de la madre habitaba en la vivienda familiar sin constancia de que satisficiera ningún tipo de gasto.

Dada la desigualdad que el demandante percibía de la situación planteada, el hombre decidió presentar una demanda solicitando la extinción de la atribución del uso de la vivienda familiar y, subsidiariamente, la reducción de la pensión de alimentos.

Tras un largo proceso de más de un año de duración, el Tribunal Supremo falla extinguiendo la atribución del derecho al uso de la vivienda de la madre cuando se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales por introducir a su pareja en la vivienda familiar, perdiendo esta, por dicho motivo la consideración de “familiar” por la cohabitación de la nueva pareja; hasta la obtención del fallo de la Sentencia objeto de

²⁶ Cabezuelo Arenas, *Extinción de la atribución del uso de la vivienda familiar tras el divorcio por convivencia extramatrimonial con un tercero* (BIB 2008, 1658), pág. 332 y Zumaquero Gil, L., *La atribución judicial del uso de la vivienda familiar en caso de crisis matrimonial: régimen jurídico actual y propuestas de reforma* (BIB 2016, 85411), Revista Derecho patrimonial, n.º 41, 2016, pág. 29.

análisis. En primera instancia, conociendo del litigio el Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Valladolid y fallando el 17 de abril de 2017, aunque se solicitaba que se extinguiera la atribución del uso de la vivienda, solo se consiguió reducir la cuantía de la pensión alimenticia en 100 euros, pues se desestimó la pretensión principal, reduciendo solo en 50 euros por hijo la pensión de alimentos. Posteriormente, tras el correspondiente Recurso de Apelación del actor por seguir estando disconforme con la situación, pues no se trata de una controversia meramente económica, sino de la objetiva pérdida de la vivienda de un carácter por el cual se atribuye un derecho que, de carecer de dicho carácter, no se habría atribuido, en segunda instancia, conociendo la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Valladolid en 15 de enero de 2018, se estima el recurso y por lo tanto, la pretensión de extinción de la atribución del uso de la vivienda cuando se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales, aunque se vuelve a establecer la pensión de alimentos inicial. Ante esto y como última instancia, el Ministerio Fiscal recurre, y todos los elementos del fallo de la segunda instancia fueron íntegramente ratificados por el Tribunal Supremo, así pues, desestimó el Recurso de Casación interpuesto por el Ministerio Fiscal a la Sentencia de la Audiencia Provincial, por lo que se puede afirmar que al introducir a un tercero en la vivienda, esta pierde el carácter familiar y, por tanto, se extingue la atribución del derecho al uso a uno de los cónyuges al momento de la liquidación de la sociedad de gananciales.

Queda claro que lo contenido en esta decisión judicial no prohíbe a la madre la nueva relación amorosa *-per se-*, sino que establece que si libremente se permite la entrada a un tercero por mantener una relación con él, la vivienda perderá el carácter familiar y, por ende, se modificarán las medidas tomadas en cuanto al domicilio, pues la pérdida del carácter se da por el incumplimiento de requisitos objetivos y, además, un pacto entre los progenitores no puede sobrepasar los intereses y derechos de los hijos²⁷. Sobre ello ya existe doctrina concluyendo que se perdía el carácter familiar de la vivienda y por tanto, cuando se liquide la sociedad de gananciales se extinguirá el derecho al uso por la introducción de la nueva pareja aun cuando esta no era la práctica habitual por establecer dicha extinción las partes en el convenio regulador²⁸.

²⁷ Pinto Andrade, Cristóbal, *La atribución del uso de la vivienda familiar*, Bosch, España, 2011, pág. 54.

²⁸ Pinto Andrade, Cristóbal, *op. cit.*, pág. 51.

4.1.- ¿Y si el hijo no es menor de edad?

En cuanto a la cuestión planteada, cabe mencionar que la Sentencia del Tribunal Supremo se refiere a aquellas parejas que cuenten con hijos menores de edad no emancipados, ya que es en su beneficio por lo que se determina el carácter familiar y se atribuye el uso de la vivienda al progenitor custodio, pues si fueran mayores de edad no se aplicaría este fallo por no preponderar el interés superior del menor, tal y como apuntan otras Sentencias²⁹ que extinguen el uso de la vivienda a la mayoría de edad o al momento en que se alcanza la independencia económica u otras que, en la misma línea, lo que extinguen a la mayoría de edad es la pensión de alimentos³⁰.

Todo ello es así debido a que la ley³¹ deja claro que el interés del menor es el más digno de protección. Ahora bien, evidentemente, tarde o temprano ese hijo menor cumplirá los dieciocho años y, por tanto, la mayoría de edad. ¿Qué sucederá entonces?; no hay respuesta para ello, pues ni la ley obliga a llevar a cabo la liquidación de la sociedad de gananciales, ni tan siquiera establece un plazo máximo para ello, lo cual plantea una situación un tanto complicada pues, por un lado, es el interés del menor el que más se protege, y uno de los factores que se tienen en cuenta es su apego al ambiente que les rodea, no obstante, no es hasta la mayoría de edad cuando existe una mayor vinculación del hijo con su entorno³², por lo que debería establecerse un plazo para desocupar el inmueble.

Sin embargo, también cabe la posibilidad de que a la llegada de esa mayoría de edad del hijo o, incluso si ya se había cumplido al momento de la separación entre los progenitores, persista una dependencia económica por parte de los hijos, situación más que común hoy en día³³.

²⁹ Sentencia del Juzgado de 1ª instancia nº 28 de Madrid 54/2015 de 19 de febrero (JUR 2017/239917), Aranzadi.

³⁰ STS 395/2017 de 22 de junio (RJ 2017/3040), Aranzadi.

³¹ Art 39.4 C.E, así como Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996) e Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990).

³² Salazar Bort, Santiago, *La tutela especial de los hijos en la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 70.

³³El Mundo, “Prohibido vivir en la casa familiar a los divorciados con nueva pareja” (<https://bit.ly/2r2g4Fl>) última consulta 10/07/19.

En este sentido la jurisprudencia es vacilante, pues existen unas resoluciones en las que se entiende que el uso de la vivienda también deberá ser atribuido al hijo aun en la mayoría de edad si persiste su necesidad de alimentos³⁴ y otras que establecen que si el hijo ya es mayor de edad y, por tanto, libre de elegir con cuál de los progenitores desea convivir, el interés más necesitado, en ese caso, es el del cónyuge en cuya compañía no queda el hijo³⁵, por lo que puede entenderse que variará el resultado de la controversia con base en el caso concreto en el que se ponderan los intereses en juego y las circunstancias específicas de las partes intervinientes, pues “una cosa es que exista dicha vinculación afectivo-social, y otra muy diferente que el mantenimiento de las circunstancias externas que la permiten o facilitan posea una importancia capital para el hijo”³⁶.

4.2.- ¿Y si la vivienda es privativa del progenitor no custodio?

También surge la duda de, si en el caso de un divorcio, y perteneciendo la vivienda a uno de los cónyuges privativamente, ¿se actuaría de la misma manera adjudicando la vivienda al menor, pero atribuyendo el derecho a su uso a uno de los cónyuges sin tener en cuenta que, no solo no tiene exclusivamente el 50% de la propiedad como en el anterior caso, sino que carece íntegramente de ella?.

En este caso, al igual que en cada procedimiento de divorcio con hijos menores, podría operarse de las tres formas siguientes, no obstante, cabe destacar la relevancia de la última opción:

1. La atribución del uso del domicilio familiar a los hijos y a ambos cónyuges por periodos alternos, tal y como se desarrollará en mayor profundidad en ulteriores apartados.

2. La atribución exclusiva del uso de la vivienda familiar privativa a los hijos y al cónyuge titular, ostentando, este, la guarda y custodia de los menores.

³⁴ STS de 22 de noviembre de 2017 (RJ 2017/5262), Aranzadi y SAP Barcelona de 6 de marzo de 2000 (AC 2000/1213), Aranzadi.

³⁵ STS 390/2017 de 20 de junio (RJ 2017/3060), Aranzadi y STS 707/2013 de 11 de noviembre (RJ 2013/7262), Aranzadi.

³⁶ Salazar Bort, Santiago, *op. cit.*, pág. 61.

3. La atribución temporal exclusiva del uso la vivienda familiar privativa al cónyuge no titular.

La tercera opción, la cual es, porcentualmente, la que menos ocurriría, tendría lugar en los casos en los que el cónyuge no titular careciera de recursos y medios para residir en la misma ciudad, lo cual impediría que se siguiera un régimen de guarda y custodia y visitas regular. Por tanto, solo en este caso, si las circunstancias lo hicieran aconsejable se atribuiría el derecho al uso de la vivienda familiar al progenitor no titular³⁷.

Por ello se atribuiría de forma temporal la vivienda al progenitor desfavorecido, pero en el momento en que la Sentencia fije, tendrá que abandonarse el inmueble y se procedería a aplicar una de las dos primeras medidas ya descritas en este apartado³⁸, ya que “lo contrario supondría una expropiación al titular no prevista por la ley, contra lo establecido por el artículo 33 de la Constitución”³⁹.

Sin perjuicio de lo anteriormente explicado, independientemente de quien sea el propietario de la vivienda, esta sigue caracterizándose por ser la familiar⁴⁰, por lo que mientras persista la situación de necesidad en el hijo y, por tanto, el deber de alimentos, no se podrán instar las acciones que a derecho convengan para recuperar la vivienda⁴¹ por parte de su titular, o lo que es lo mismo, el procedimiento correspondiente para extinguir el derecho al uso de la vivienda en favor de un solo progenitor no podrá iniciarse hasta el momento en el que se pierda el carácter familiar.

³⁷ Martín Meléndez, María Teresa, *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, Thomson, Navarra, 2005, pág. 114.

³⁸ Martín Meléndez, María Teresa, *op. cit.*, pág. 246.

³⁹ Martín Meléndez, María Teresa, *o.p cit, loc. cit.*

⁴⁰ Montero Aroca, Juan, *El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 11.

⁴¹ STS 42/2017 de 23 de enero (RJ 2017/363), Aranzadi.

4.3.- ¿Y si el matrimonio se encontraba en precario?

Es posible que se dé el caso de que los progenitores vivan en situación de precario, no siendo el inmueble, por tanto, propiedad ni del matrimonio en la sociedad de gananciales, ni un bien privativo de ninguno de ellos, sino siendo un domicilio propiedad de los padres de alguno de los progenitores, debiendo distinguirse entre dos situaciones al respecto:

“1º si existen hijos, la atribución de la guarda determina la de la vivienda familiar, si bien quedando claro que esta atribución no modifica el título jurídico en virtud del que se ocupa la vivienda”⁴², es decir, no varía la situación del precario por la atribución del derecho al uso de la vivienda⁴³, pero si se atribuye el uso en exclusiva a uno de los progenitores se seguirá encontrando en precario.

Y 2ª si no existen hijos, tampoco varía la titularidad y, al no existir un interés del menor preponderante, se restituirá la posesión a su titular, salvo que este disponga lo contrario⁴⁴. Significando todo esto que no cabe modificación del derecho preexistente por parte de la Sentencia que se dictare puesto que los progenitores que en cuyo favor se atribuya el derecho al uso de la vivienda “no pueden obtener por medio de una Sentencia matrimonial una protección posesoria de vigor jurídico superior a la que antes tenían”⁴⁵.

5.- Pérdida del carácter familiar

La fundamentación que aplica la citada Sentencia, para fallar extinguiendo la atribución del derecho al uso de la vivienda que disfrutaba la madre para el momento en que se disuelva la sociedad de gananciales, se basa en la pérdida del carácter familiar de la vivienda, pues es por ese carácter por lo que se atribuyó el derecho a su uso al progenitor que ostenta la guarda y custodia de los menores. Sin embargo, si la vivienda

⁴² Montero Aroca, Juan, *El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 173.

⁴³ SAP Barcelona de 8 de julio de 1996 (AC 1996/1320), Aranzadi.

⁴⁴ Montero Aroca, Juan, *op. cit., loc. cit.*

⁴⁵ Montero Aroca, Juan, *op. cit.*, pág. 180.

deja de ser la familiar, no hay disposición legal que faculte al progenitor custodio a disponer de la vivienda por encima del otro progenitor.

Ahora bien, en cuanto a la determinación del carácter familiar de la vivienda⁴⁶, es un concepto que el Código Civil no define, por lo que se ha venido interpretando por los Tribunales integrando lo dispuesto en el artículo 70 del Código Civil en relación con el 96 del mismo Código, coincidiendo en que se trata de un bien que, por encima de todo, debe atender a las necesidades del núcleo familiar, en especial, en beneficio de los hijos del matrimonio menores de edad. Así lo determina el Tribunal Supremo cuando dice que "las viviendas que así se ocupan rebasan el mero uso, goce o disfrute de espacios que sirven de morada humana, pues sin perder estos destinos, han de configurarse como medio patrimonial que cumple la continuidad de la vida familiar aunque fragmentada, pero con predominio tutelador de los intereses de los hijos matrimoniales, como muy directamente afectados"⁴⁷. Es por ello que cuando se introduce a un tercero en la vivienda esta pierde el carácter familiar, por quebrarse la continuidad de la vida familiar y no actuarse en beneficio de los hijos, sino por el exclusivo interés amoroso del progenitor custodio analizándose esto desde la perspectiva del menor.

Ante ello, sin perjuicio de que la atribución del uso de la vivienda debe llevarse a cabo sin fijación de un plazo máximo, podrá ser esta modificada, según dispone el artículo 91 del Código Civil, "cuando se alteren sustancialmente las circunstancias"⁴⁸.

En definitiva, no se está prohibiendo a los ex-cónyuges rehacer su vida, simplemente se alude a que si se tienen en cuenta determinadas circunstancias y se atribuye el derecho al uso de la vivienda familiar con base en estas, cuando cambien, deberá volverse a deliberar si se sigue atribuyendo la vivienda de la misma manera en que venía siendo hasta el momento en que se introdujo a la nueva pareja a convivir y, en consecuencia, se perdió el carácter familiar de la vivienda, pues no se estaría actuando correctamente si se siguiera procediendo del mismo modo ignorando estos cambios

⁴⁶ Salazar Bort, Santiago, *La tutela especial de los hijos en la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 43.

⁴⁷ STS 1199/1994 de 31 de diciembre (RJ 1994/10330), Aranzadi.

⁴⁸ SAP La Rioja 309/1999 de 13 de mayo (AC 1999/5986), Aranzadi.

susceptibles de modificar el carácter del domicilio ya que no se está manteniendo el entorno habitual⁴⁹.

Cuando el cambio de las circunstancias viene radicando en la introducción de una pareja por el progenitor custodio, es decir, un extraño al hogar, y este último pierde el carácter familiar, es lógico pensar que, aun siendo, estas partes, libres de mantener dicha relación, deberán hacerlo fuera del domicilio antes considerado como familiar y este liquidarse junto con la sociedad de gananciales, por no haber ya razón alguna para poder seguir disfrutando de la situación privilegiada que antes ostentaba cuando, sin modificación alguna aún, exclusivamente se velaba por el interés de los hijos menores (favor filii)⁵⁰ continuando estos en el domicilio tal cual lo hacían antes del divorcio.

Definitivamente, puede afirmarse que el domicilio familiar, en el preciso instante en que comienza a servir a una nueva familia distinta y diferente conformada por el progenitor custodio, los hijos menores y la nueva pareja, pierde su naturaleza original, por lo que podrá procederse a la venta de la vivienda o a que una de las partes compre la mitad de la otra, sin perjuicio de los acuerdos que entre ellos puedan llegar, no siendo una medida lesiva para los hijos ya que “no priva a los menores de su derecho a una vivienda, ni cambia la custodia, que se mantiene en favor de su madre. La atribución del uso a los hijos menores y al progenitor custodio se produce para salvaguardar los derechos de aquellos. Pero más allá de que se les proporcione una vivienda que cubra las necesidades de alojamiento en condiciones de dignidad y decoro, no es posible mantenerlos en el uso de un inmueble que no tiene el carácter de domicilio familiar, puesto que dejó de servir a los fines que determinaron la atribución del uso en el momento de la ruptura matrimonial, más allá del tiempo necesario para liquidar la sociedad legal de gananciales existente entre ambos progenitores”⁵¹.

⁴⁹ Salazar Bort, Santiago, *La tutela especial de los hijos en la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 55.

⁵⁰ Salazar Bort, Santiago, *op. cit.*, pág. 63.

⁵¹ Rivero Hernández, F., *El interés del menor*, 2.ª ed., Dykinson, Madrid, 2007, pág. 69

5.1.- Beneficio para los hijos

Como ya se ha comentado, el carácter de “familiar” se le otorga a la vivienda en la que venía desarrollándose la vida familiar antes de haber sido fragmentada fundamentándose en lo establecido por el Tribunal Supremo; “que constituyan la residencia habitual de la unidad familiar, en el sentido de que debe formar el lugar en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia. Es en este sentido que se ha venido interpretando la noción de vivienda familiar, que es un concepto no definido en el Código civil, pero que debe integrarse con lo establecido en el Art. 70 CC, en relación al domicilio de los cónyuges”⁵² y siempre velando por el beneficio para los hijos menores, pues busca reducir al mínimo los cambios que vivirán estos tras el divorcio, predominando que se continúe viviendo de la misma o similar manera a como era antes sin modificar el *status quo*, pues se entiende que un divorcio no debe modificar una situación preexistente perjudicando a los hijos⁵³.

Se mantiene el mencionado planteamiento debido a que “desde el punto de vista del menor, su integración social se halla directamente relacionada con la permanencia en su entorno”⁵⁴. Sin embargo, si bien es cierto que los progenitores tienen total libertad para rehacer su vida y tener una nueva pareja, el Tribunal Supremo ha dicho que “cuestiona que esta libertad se utilice en perjuicio de otros, en este caso, del progenitor no custodio”⁵⁵.

Ante esa tesitura nos encontramos cuando el interés del menor parece ser que restringe el de uno de los progenitores, en este caso, el del progenitor no custodio, el cual, por ese interés abstracto de su hijo, se veía, hasta ahora, en la situación de abandonar la vivienda y que, además, comience a cohabitar en su vivienda un tercero, que a todas luces no influye directamente en un interés o beneficio para sus hijos⁵⁶. Es por ello que puede decirse que, antes de la citada Sentencia, al no fallarse desproveyendo del carácter familiar a la vivienda y, por tanto, no poder extinguirse la atribución del derecho al uso de la vivienda familiar al momento de la liquidación de la

⁵² STS 340/2012 de 31 de mayo (RJ 2012/6550), Aranzadi.

⁵³ Salazar Bort, Santiago, *La tutela especial de los hijos en la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 65.

⁵⁴ Salazar Bort, Santiago, *op. cit.*, pág. 68.

⁵⁵ STS 641/2018 de 20 de noviembre (RJ 2018/5086), Aranzadi.

⁵⁶ STS 641/2018 de 20 de noviembre (RJ 2018/5086), Aranzadi.

sociedad de gananciales, se fallaba limitando más derechos de los que amparaba por el mero y discutible “beneficio de los hijos menores”⁵⁷.

El referido fallo de la Sentencia de 20 de noviembre de 2018 se debe a la intención de proteger los derechos de los hijos, sin que un progenitor obtenga un mayor respaldo que el otro. El Tribunal cree que “el interés de los hijos no puede desvincularse absolutamente del de sus padres, cuando es posible conciliar” ambos, por lo que huelga decir que “el interés en abstracto o simplemente especulativo no es suficiente”. Por lo tanto, “la misma decisión adoptada en su día por los progenitores de poner fin al matrimonio, la deben tener ahora para actuar en beneficio e interés de sus hijos respecto de la vivienda”. Precisamente, el carácter ganancial del inmueble facilita esa conciliación de intereses como que el ex-cónyuge o la nueva pareja compren la parte de la vivienda que le corresponde al progenitor que no reside en ella pero sigue costeando.

De esta manera, no puede argumentarse que existe un perjuicio para los hijos menores, ni mucho menos que se les está extinguiendo su derecho al uso de la vivienda. Simplemente se pierde el carácter familiar por la modificación en las circunstancias que ha tenido lugar. Sin embargo, si se desea, es totalmente viable que estos continúen en la vivienda que antes era considerada familiar sin obligación de venderla y empezar de cero, tal y como se ha explicado anteriormente, siendo lo recomendable que se mantengan en dicha vivienda sin que la pérdida del carácter familiar afecte a su uso, pues “el cambio originaría tensiones en el menor y le arrancaría su anhelada tranquilidad”⁵⁸.

“La medida no priva a los menores de su derecho a una vivienda, ni cambia la custodia”, advierten los jueces, que también quieren dejar claro que dicha decisión “no se niega que se puedan establecer nuevas relaciones de pareja con quien se estime conveniente”⁵⁹. Solamente impide la opción de abusar del derecho⁶⁰; elemento que junto con el enriquecimiento injusto y la alteración sobrevenida de las circunstancias

⁵⁷ STS 641/2018 de 20 de noviembre (RJ 2018/5086), Aranzadi.

⁵⁸ Salazar Bort, Santiago, *La tutela especial de los hijos en la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 68.

⁵⁹ El Mundo, “Prohibido vivir en la casa familiar a los divorciados con nueva pareja” (<https://bit.ly/2r2g4F1>) última consulta 10/07/19.

⁶⁰ Pinto Andrade, Cristóbal, *La atribución del uso de la vivienda familiar*, Bosch, España, 2011, pág. 86

constituye los argumentos empleados por las partes al recurrir ante los tribunales⁶¹, no obstante, el Tribunal Supremo “ha prescindido de la mayor parte de los argumentos alegados”⁶², inclinándose por la argumentación de la “desfamiliarización”⁶³ de la vivienda.

6.- ¿Cuánto debe durar la cohabitación?

Ahora bien, la dificultad de este proceso radica en determinar, tal y como se ha enunciado, cuánto tiempo debe durar una pareja cohabitando para que pueda ser considerada como convivencia y, por tanto, se pierda el carácter familiar, desembocando en la modificación de medidas que se suplican.

En muchas Comunidades Autónomas se aplica un criterio temporal, a partir del cual, se considera que hay cohabitación para poderse registrar, los novios, como pareja de hecho, variando entre uno y dos años⁶⁴, mientras que en otras, este requisito temporal es inexistente⁶⁵. Si bien es cierto que este criterio temporal únicamente tiene efectos administrativos, pues las Comunidades Autónomas no tienen competencia en legislación civil, salvo las forales, este podría ser un criterio válido y viable a tomar de referencia por parte de nuestros Jueces y Magistrados para establecer a partir de cuándo hay cohabitación, pues la Sentencia no se pronuncia en cuanto a este asunto, por lo que, realmente, habrá que esperar a que los tribunales valoren cada caso concreto individualmente, pues se presta a la casuística el determinar cuándo existe cohabitación de la nueva pareja del progenitor custodio para poder, sin ningún tipo de dudas, extinguir el carácter familiar de la vivienda.

⁶¹ 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 de Derecho Patrimonial num.48/2019 parte Jurisprudencia, Aranzadi, pág. 7.

⁶² Sánchez Jordán, María Elena, *op. cit.*, pág. 11.

⁶³ La Cruz Berdejo, J.L., *Elementos de Derecho civil IV, Fasc. 2.º*, Bosch, Barcelona, 1989, pág. 319.

⁶⁴ Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (DOGC núm. 5686, de 5 de agosto de 2010, BOE núm. 203, de 21 de agosto de 2010), así como Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid (BOE núm. 55, de 5 de marzo de 2002) y Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho (BOE núm. 11 de 13 de enero de 2003).

⁶⁵ Ley 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las parejas de hecho en la Comunidad Autónoma de Canarias (BOE núm. 889, de 14 de abril de 2003).

Desgraciadamente, la aparición de esta Sentencia, es posible que acabe generando que afloren las parejas sin declarar, es decir, no formalizar un matrimonio, sin trasladar el domicilio, impidiendo que se conozca de esta nueva cohabitación, para evitar perder la vivienda y continuar residiendo ahí aun habiendo variado por completo el entorno doméstico⁶⁶.

7.- Comparación con otros ordenamientos

Lo contenido en la Sentencia del Tribunal Supremo 641/2018 es una revolución para nuestro derecho de familia, no obstante, como ya se ha introducido, es la única Sentencia existente en nuestro Ordenamiento Jurídico, no siendo así en otros que ya operaban de esta manera, tanto en nuestro Civil Law como en el Common Law, e incluso hay diferencias respecto a la normativa foral de nuestro país.

7.1.- Civil Law

Tal y como dijo la abogada Helena Echeverri en el periódico ABC⁶⁷, “Nos estamos acercando a Suecia, donde es obligatorio que al divorciarse la casa se venda o una de las partes la compre, o se pague un alquiler”.

Pues en Suecia, según estipula el ÄktB 1987:230 de su Código Matrimonial, “Cada cónyuge es dueño de sus bienes, independientemente de si los bienes fueron adquiridos antes o durante el matrimonio” y “cada cónyuge tiene un derecho con el que puede reclamar la mitad del valor neto de los bienes comunes en caso de disolución del matrimonio”, por lo que, al momento de la disolución, se liquida la totalidad de bienes, quedando obligados a vender la vivienda a un tercero, o comprarle o alquilarle la otra mitad al ex-cónyuge⁶⁸.

⁶⁶ Salazar Bort, Santiago, *La tutela especial de los hijos en la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 45.

⁶⁷ ABC, “El fallo que limita el uso de la vivienda familiar tras un divorcio, el «fin a muchas situaciones injustas»” (<https://bit.ly/2WL2bJP>) última consulta 10/07/19.

⁶⁸ Código Matrimonial de Suecia (ÄktB 1987:230) (<https://bit.ly/2YLiB6i>) última consulta 10/07/19.

Sin embargo, también es cierto que en otros países comunitarios, como Francia o Portugal, países vecinos, la regulación en cuanto a este asunto es bien similar a la nuestra, aunque en cuanto a la vivienda, en el derecho francés “no se prevé de forma específica la atribución del uso de la misma”⁶⁹.

7.2.- Common Law

Por otra parte, en sistemas jurídicos del Common Law, tomando de referencia el Derecho de Inglaterra y Gales, carecen de un régimen económico matrimonial como tal, es decir, no existe una comunidad de bienes; no conocen el concepto de sociedad de gananciales, pues para ellos, el matrimonio no modifica el derecho a la propiedad privada⁷⁰, por lo que, en ese aspecto, los contrayentes siguen actuando como individuos singulares, lo que nuestro ordenamiento denominaría como un régimen de separación de bienes, o privativo, tal y como lo conocen en el Derecho de Escocia, donde la regla que impera es similar; el matrimonio no afecta a la titularidad de los bienes⁷¹.

Esto no impide que se dé una situación de necesidad para los hijos menores y se requiera una atribución del derecho al uso de la vivienda familiar en favor de los hijos y disfrute del progenitor custodio, no obstante, este sistema lo atribuye con unos límites temporales muy limitados, cortos y concretos siendo lo menos intrusivo posible en este sentido⁷².

⁶⁹ Martín Meléndez, María Teresa, *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, Thomson, Navarra, 2005, pág. 165.

⁷⁰ Ley de Derecho Patrimonial de Inglaterra y Gales (Law of Property Act 1925) (<https://bit.ly/2La89BZ>) última consulta 10/07/19.

⁷¹ Artículo 24 de la Ley de Derecho de Familia de Escocia (Family Law (Scotland) Act 1985). (<https://bit.ly/2JKM8qy>) última consulta 10/07/19.

⁷² Martín Meléndez, María Teresa, *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, Thomson, Navarra, 2005, pág. 246.

7.3.- Normativa Foral

En comparación con el Código Civil común, la Legislación Foral Aragonesa es más novedosa y se adapta mejor a la sociedad actual, pues el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón: Código del Derecho Foral de Aragón, en su artículo 81 en cuanto a la atribución del derecho al uso de la vivienda establece que la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores debe tener una limitación temporal muchos más limitada de la que nuestro Código establece que, a falta de acuerdo, fijará el Juez teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada familia. Así como la Ley del País Vasco 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, ya regula que de la convivencia como pareja con un tercero del beneficiario del derecho de uso de la vivienda da lugar a su extinción. Así pues, estas normativas pueden entenderse más previsoras, pues ya abordan un tema que la nuestra no abordaba, por lo que se recurre a los criterios de interpretación que regula el Código Civil por el Tribunal Supremo para interpretar la ley y adaptarse más a la sociedad actual dando lugar a Sentencias como la que se ha citado en mayor profundidad en el presente trabajo.

8.-Nueva corriente jurisprudencial

En los últimos años, fruto de la adaptación del Derecho a la sociedad actual, se ha constatado que un régimen de guarda y custodia monoparental exclusiva a uno de los padres no es favorable para la estabilidad de los hijos, cordial relación entre los progenitores y, fundamentalmente, para el paso a una sociedad más avanzada e igualitaria. Esto es así porque, al adjudicar la guarda y custodia a un solo progenitor y, por tanto, el cuidado, estancia, etc..., se está atribuyendo, intrínsecamente al otro, el exclusivo aporte económico; por lo que se está manteniendo los roles heteropatriarcales donde, tradicionalmente, el hombre era quien trabajaba y el único sustento económico para la familia y la mujer se quedaba en casa atendiendo las labores del hogar y de los hijos. Por ello, una custodia compartida en favor de ambos progenitores, les “otorga la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y

crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos”⁷³, repartiendo, así, las responsabilidades sobre el menor.

Así pues, cada vez son más las sentencias que así fallan, estableciendo un régimen de guarda y custodia compartida, por lo que el domicilio familiar, y más concretamente la atribución del derecho a su uso, no es atribuido a uno solo de los progenitores, siendo el régimen de guarda y custodia compartida el «normal e incluso deseable» en la línea establecida por el TS desde el año 2013⁷⁴.

Y en consecuencia con todo ello, está generándose una nueva corriente jurisprudencial en la que para favorecer el buen desarrollo de un régimen de guarda y custodia compartida se atribuye el uso de la vivienda al hijo menor y serán los padres los que roten alternativamente para evitar la situación antes considerada inherente a un divorcio de los “niños maleta”⁷⁵; así pues, los padres estarán en compañía de sus hijos acorde a lo que la sentencia de divorcio establezca sin perjudicar al interés superior del menor y siendo ellos los que disfruten de la vivienda por periodos alternos, rotándose con base en el tiempo que el Juez establezca (una semana, un mes, un trimestre, etc., cada uno) y cada vez, muy acertadamente, son más las Sentencias que ese fallo contienen⁷⁶.

Este es el sistema aplicable que recibe el nombre de “vivienda nido”⁷⁷, así se consigue que los hijos no se vean inmersos en un continuo cambio de domicilio, garantizando el mantenimiento del *status quo* y su desarrollo en el ambiente que le es familiar para evitar una peregrinación domiciliaria⁷⁸.

⁷³ STS 368/2014 de 2 de julio (RJ 2014/4250), Aranzadi.

⁷⁴ Noticias Jurídicas, La doctrina del TS sobre guarda y custodia compartida: sentencias clave (<https://bit.ly/1SmuoR8>) última consulta 10/07/19.

⁷⁵ El Derecho, La alternancia en los domicilios es una consecuencia inherente a la guarda y custodia compartida: la negativa al niño maleta (<https://bit.ly/2x8E2SI>) última consulta 10/07/19.

⁷⁶ STS 513/2017 de 22 de septiembre (RJ 2017/4407), Aranzadi y STS 343/2018 de 7 junio (RJ 2018/2857), Aranzadi.

⁷⁷ Pinto Andrade, Cristóbal, *La atribución del uso de la vivienda familiar*, Bosch, España, 2011, pág. 70

⁷⁸ SAP Madrid 263/2010 de 3 de marzo (JUR 2010/166006), Aranzadi.

8.1.- Pactos prematrimoniales

Se ha observado que en los últimos años han proliferado los pactos prematrimoniales; regulando los efectos de una futura posible ruptura de su relación a efectos de no ocasionar disputas posteriores evitando controversias desde el inicio, esto podría entenderse tomando y valorando los datos que avalan la creciente oleada de divorcios y los pocos años de media que suele durar un matrimonio en nuestro país⁷⁹.

Pudiendo considerar dichos pactos como “los celebrados por los futuros contrayentes, antes de la celebración de su matrimonio, para regular aspectos jurídicos de su convivencia o las consecuencias de su eventual divorcio”⁸⁰ siendo, por tanto, “un contrato, más concretamente un negocio jurídico de Derecho de familia, sometido a la condición de que en un momento posterior se produzca una crisis matrimonial, por lo que sus efectos principales serán preventivos o prospectivos”⁸¹, permitiendo regular la controversia de la vivienda familiar desde el inicio del mismo matrimonio acorde a lo que nuestra legislación permite, pues el artículo 96 del Código Civil recoge la atribución del derecho al uso de la vivienda familiar “en defecto de acuerdo de los cónyuges”, resultando esto, la solución a cualquier litigio posterior si se diera.

⁷⁹ INE, Divorcios según duración del matrimonio (<https://bit.ly/2FmYTpz>) última consulta 10/07/19.

⁸⁰ Luis, Díez Picazo, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor José María Miquel*, Volumen I, Thomson, Navarra, 2014, pág. 107.

⁸¹ Luis, Díez Picazo, *op. cit.*, pág. 108.

III.- Conclusiones

Podemos concluir que la vivienda familiar ha sido, es y será objeto de discusión en muchos aspectos, pero principalmente en cuanto a la atribución del derecho al uso de esta en casos de divorcio con hijos menores cuando ambos progenitores pretenden disfrutar de dicha vivienda y al atribuirse a los hijos, solo puede disfrutarla uno de ellos. No obstante, mayor problemática se plantea cuando, el cónyuge que disfruta del uso de la vivienda introduce a una pareja a convivir en dicho domicilio.

Por un lado, la solución que hasta el momento, se ha dado a este conflicto ha venido siendo la reducción de la pensión de alimentos que el progenitor no custodio y por tanto, al que no se le atribuye el derecho al uso de la vivienda familiar tiene obligación de dar. Sin embargo, la raíz del problema no es una cuestión económica, por lo que no considero que haya venido siendo una solución acertada.

En la Sentencia que ha sido objeto de estudio en el presente trabajo se determina que se extingue la condición de familiar de la vivienda cuando se introduce una nueva pareja para la convivencia, dando una respuesta clara y concisa a una situación que la legislación no aborda. Esto es así debido a que ya no sirve de continuidad a la vida de la familia por la que se atribuyó, siendo a otra distinta, dejando de imperar el beneficio de los hijos y variando sustancialmente las características que motivaron la atribución a un progenitor y no al otro. Esta solución si bien es cierto que podría ser objeto de discusión me parece muy acertada; por un lado da respuesta a un escenario que no está previsto en nuestra legislación, mientras que, a la par, sigue teniendo presentes los derechos e intereses de los hijos menores, sin desprotegerlos, pero también, sin permitir que estos restrinjan sobremanera los de sus progenitores.

Es posible que debido a lo dispuesto en esta Sentencia, tenga lugar un aluvión de procedimientos buscando el mismo fallo, y en base a la casuística y presentación de posibles situaciones concretas como viviendas privativas de un solo progenitor, situación de precario de la vivienda, hijos mayores de edad, etc... que requerirán una valoración individualizada, se presente un alargamiento de los procesos, pero no cabe duda de que es una Sentencia revolucionaria, pues dicha resolución fue aplaudida por los expertos de la Asociación Española de Abogados de Familia con la que coincido en

que da fin a situaciones injustas donde con el pretexto de proteger del interés superior del menor, provocaban que se abusara del derecho.

De igual forma, es notorio que gracias a decisiones judiciales como esta, nuestro ordenamiento jurídico se moderniza y se adapta a la sociedad actual, asemejándose a ordenamientos como los ya citados que sí regulan dichas situaciones y generando una nueva corriente jurisprudencial más acorde a Derecho y justa para ambas partes del proceso, donde, a mi parecer, cabría destacar los pactos prematrimoniales como una buena medida resolutoria de un posible conflicto ante la situación ya planteada.

IV.- Bibliografía

1.- Medios electrónicos

ABC, “El fallo que limita el uso de la vivienda familiar tras un divorcio, el «fin a muchas situaciones injustas»” (<https://bit.ly/2WL2bJP>).

El Mundo, “Prohibido vivir en la casa familiar a los divorciados con nueva pareja” (<https://bit.ly/2r2g4Fl>).

Enciclopedia Jurídica, La Propiedad (<https://bit.ly/2HneVkl>).

INE, Divorcios según duración del matrimonio (<https://bit.ly/2FmYTpz>).

Noticias Jurídicas, La doctrina del TS sobre guarda y custodia compartida: sentencias clave (<https://bit.ly/1SmuoR8>).

Sepín Familia, Encuesta jurídica: Por la convivencia con otra persona en el domicilio que ha sido atribuido en sentencia a un progenitor y a los hijos menores, ¿se podría modificar o extinguir esta atribución del uso? (<https://bit.ly/2KX7JOF>).

2.- Medios analógicos

Cabezuelo Arenas, Extinción de la atribución del uso de la vivienda familiar tras el divorcio por convivencia extramatrimonial con un tercero (BIB 2008, 1658).

Díez Picazo, Luis. Estudios jurídicos en homenaje al profesor José María Miquel Volumen I, Thomson, Navarra, 2014.

Espiau, S., La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico español, PPU, Barcelona, 1992.

La Cruz Berdejo, J.L., Elementos de Derecho civil IV, Fasc. 2.º, Bosch, Barcelona, 1989.

Lasarte Álvarez, Carlos. Compendio de derechos reales, Marcial Pons, Madrid, 2017.

Luis, Díez Picazo, Estudios jurídicos en homenaje al profesor José María Miquel, Volumen I, Thomson, Navarra, 2014.

Martín Meléndez, María Teresa. Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales, Thomson, Navarra, 2005.

Montero Aroca, Juan. El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

Pinto Andrade, Cristobal. La atribución del uso de la vivienda familiar, Bosch, España, 2011.

Rivero Hernández, F., El interés del menor, 2.ª ed., Dykinson, Madrid, 2007.

Salazar Bort, Santiago. La tutela especial de los hijos en la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

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 de Derecho Patrimonial num.48/2019 parte Jurisprudencia, Aranzadi.

Zumaquero Gil, L., La atribución judicial del uso de la vivienda familiar en caso de crisis matrimonial: régimen jurídico actual y propuestas de reforma (BIB 2016, 85411), Revista Derecho patrimonial, n.º 41, 2016.