



**Universidad**  
Zaragoza

TRABAJO DE FIN DE GRADO

**EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN LOS  
CASOS DE CESE DE LA ATRIBUCIÓN DE UNO DE  
LOS CÓNYUGES DE LA VIVIENDA FAMILIAR  
POR CONVIVENCIA MARITAL CON OTRA  
PERSONA**

AUTORA: Nerea Bernal Pérez

DIRECTOR TFG: Fernando Ruiz Morollón

FACULTAD DE DERECHO

2023/2024



## ÍNDICE

LISTADO DE ABREVIATURAS UTILIZADAS.....	5
1. INTRODUCCIÓN.....	7
2. CONCEPTO DE VIVIENDA FAMILIAR.....	8
3. PROBLEMAS A LA HORA DE LA ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR A UNO DE LOS CÓNYUGES EN CASO DE SEPARACIÓN O DIVORCIO.....	9
3.1. Existencia de hijos mayores de edad.....	10
3.2. Existencia de hijos menores de edad.....	12
3.3. Existencia de hijos mayores de edad con discapacidad.....	14
3.4. Según el tipo de custodia que tengan los cónyuges: compartida o exclusiva de uno de ellos.....	15
4. PACTOS EN RELACIÓN CON LA ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN CASO DE RUPTURA.....	18
5. CAUSAS DE EXTINCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR.....	21
6. EXTINCIÓN DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR POR MATRIMONIO O CONVIVENCIA MARITAL CON OTRA PERSONA.....	23
7. EXAMEN ESPECIAL DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE NOVIEMBRE DE 2018 (641/2018).....	24
7.1. Antecedentes de hecho.....	24
7.2. Doctrina del Tribunal Supremo.....	25
8. INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR VS. DERECHOS FUNDAMENTALES DE OTRA PERSONA.....	28
9. SIMILITUDES CON LA EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA....	30
10. ESPECIALIDADES DEL DERECHO FORAL DE ARAGÓN .....	32
11. CONCLUSIONES.....	34

BIBLIOGRAFÍA.....	37
JURISPRUDENCIA.....	39
ANEXO.....	40

## **LISTADO DE ABREVIATURAS UTILIZADAS**

Art.: artículo.

Arts.: artículos.

CC: Código Civil.

CDFA: Código de Derecho Foral de Aragón.

Cfr.: confróntese.

DFA: Derecho Foral de Aragón.

Roj.: Número de Repertorio Oficial de Jurisprudencia.

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

STSJA: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

TS: Tribunal Supremo.

Vid.: Véase o véanse.



## 1. INTRODUCCIÓN

Cuando se produce una crisis en un matrimonio, una de las cuestiones más comunes es quién se va a hacer cargo ahora de los hijos comunes en caso de que los hubiera, y a quién se le va a atribuir el uso de la vivienda familiar. Lo que ocurre muchas veces es que cuando una pareja se rompe y cada uno de los cónyuges empieza a rehacer su vida, esa persona encuentra a otra con la que empieza una nueva relación sentimental. En estos casos, cuando el cónyuge al que se le ha atribuido la vivienda familiar (bien por ser el custodio de los hijos o bien por no tener capacidad económica para encontrar otra vivienda) es el que empieza una nueva relación de pareja, es muy habitual que este tercero entre a convivir maritalmente en la vivienda familiar.

Lo que vamos a analizar en el presente trabajo es lo que ocurre en este tipo de circunstancias, determinando qué es lo que ocurre con la vivienda familiar llegados a este punto y en qué lugar quedan los hijos menores de edad ante tal situación. Esta situación concreta es la que da título al mismo: el interés superior del menor en los casos de cese de la atribución de uno de los cónyuges de la vivienda familiar por convivencia marital con otra persona.

Este tema no está regulado por la legislación española en profundidad, solamente encontramos un precepto del Código Civil<sup>1</sup> que no especifica la solución en este tipo de situaciones, por lo que va a ser necesario acudir a la diversa jurisprudencia que se ha pronunciado para dar una posible solución en estos casos. Por lo tanto, vamos a partir del

---

<sup>1</sup> Art. 96 CC.: «1. En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de ella corresponderá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden, hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad. Si entre los hijos menores hubiera alguno en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar después de su mayoría de edad, la autoridad judicial determinará el plazo de duración de ese derecho, en función de las circunstancias concurrentes. A los efectos del párrafo anterior, los hijos comunes mayores de edad que al tiempo de la nulidad, separación o divorcio estuvieran en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, se equiparan a los hijos menores que se hallen en similar situación. Extinguido el uso previsto en el párrafo primero, las necesidades de vivienda de los que carezcan de independencia económica se atenderán según lo previsto en el Título VI de este Libro, relativo a los alimentos entre parientes. Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno de los cónyuges y los restantes en la del otro, la autoridad judicial resolverá lo procedente. 2. No habiendo hijos, podrá acordarse de que el uso de tales bienes corresponda al cónyuge no titular por el tiempo que prudencialmente se fije siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección. 3. Para disponer de todo o parte de la vivienda y bienes indicados cuyo uso haya sido atribuido conforme a los párrafos anteriores, se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges o, en su defecto, autorización judicial. Esta restricción en la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar se hará constar en el Registro de la Propiedad. La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el uso de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe».

art. 96 del Código Civil y luego analizaremos la jurisprudencia que se ha pronunciado sobre la aplicación de este art.

La elección de este tema se debe a que me llama la atención todo lo que tiene que ver con el Derecho Civil de familia y por la insuficiencia de regulación que hay en este tipo de situaciones, ya que creo que puede ser de interés reelaborar el art. 96 CC por ser un precepto insuficiente que no abarca todas las situaciones posibles cuando se produce una ruptura de convivencia y existe una vivienda familiar común. A pesar de existir abundante jurisprudencia acerca del tema, creo que sería necesario una modificación de la legislación para que no existan dudas acerca de cuándo debe cesar la atribución de la vivienda familiar de uno de los cónyuges.

La metodología que se ha seguido para el desarrollo del siguiente trabajo ha sido el análisis de diferentes documentos y comentarios de sentencias redactados por profesionales en la materia, aparte de consultar bibliografía. Pero, sobre todo, el método más utilizado ha sido el análisis de las diferentes resoluciones dictadas por los altos tribunales, ya que hay muchas sentencias del Tribunal Supremo que se han pronunciado en este tipo de situaciones, además de existir jurisprudencia menor dictada por las audiencias provinciales y otros tribunales.

## **2. CONCEPTO DE VIVIENDA FAMILIAR**

A lo largo del CC se puede ver cómo este hace referencia a la vivienda familiar utilizando diferentes términos. Los arts. 90, 91, 96, 103.2 y 1.357 CC se refieren a la vivienda familiar con este término; el art. 1.320 CC utiliza el término vivienda habitual; el art. 1.406 CC se refiere a la misma como vivienda donde tengan su residencia habitual los cónyuges; el art. 70 CC hace referencia al domicilio conyugal; la expresión domicilio familiar aparece en el art. 93.2 CC; y, por último, el art. 1.362.1.2º CC utiliza el término de hogar familiar.

En este sentido, cabe hacer una diferencia entre el domicilio conyugal y la vivienda familiar. El primer término, hace referencia al lugar donde los cónyuges de común acuerdo fijen su residencia habitual<sup>2</sup>; y el segundo término, en cambio, hace referencia a

---

<sup>2</sup> Art. 70 CC.

la vivienda donde residen habitualmente tanto los cónyuges como los hijos nacidos de éstos<sup>3</sup>.

La definición de vivienda familiar no está establecida en el CC, pero debe deducirse de los arts. citados anteriormente. Según la jurisprudencia, la vivienda familiar incluye dos conceptos: la habitualidad y el desarrollo de la vida familiar<sup>4</sup>. De esta manera, no todos los espacios pueden ser considerados vivienda familiar, ya que no se incluyen dentro de este término las viviendas de temporada o segundas residencias usadas por las familias en vacaciones o fines de semana<sup>5</sup>.

En conclusión, la vivienda familiar es el espacio habitable que constituye la residencia habitual de la unidad familiar y donde convive la familia, con una voluntad de permanencia.

### **3. PROBLEMAS A LA HORA DE LA ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR A UNO DE LOS CÓNYUGES EN CASO DE SEPARACIÓN O DIVORCIO**

Actualmente, es habitual ver situaciones en las que un matrimonio o una pareja entra en crisis y acaba separándose o divorciándose<sup>6</sup>. A la hora de atribuir la vivienda familiar a uno de los cónyuges en caso de separación o divorcio, es necesario atender a quiénes son los sujetos vulnerables en esta situación. Se entiende por sujetos vulnerables, de acuerdo con la definición dada por Tena Piazuelo<sup>7</sup>, aquellos cuyos intereses pueden quedar desatendidos, o al menos expuestos, a partir de una crisis de convivencia. Entre estos sujetos, cabe que sean vulnerables los cónyuges que sufren tal crisis, pero los hijos menores de ambos pueden ser también víctimas directas en este tipo de situaciones.

---

<sup>3</sup> Art. 96 CC.

<sup>4</sup> *Vid.* Sentencia n.º 341/2012 del Tribunal Supremo, de 31 de mayo de 2012.

<sup>5</sup> La Audiencia Provincial de Madrid, en su sentencia n.º 536/2009 de 14 de septiembre, establece que «el concepto de vivienda familiar a que se refieren los arts. 90, 91, 96 y 103.2 CC es la vivienda habitual de la familia, sin incluir dentro por tanto de su ámbito de aplicación las denominadas viviendas de temporada o segundas residencias usadas por la familia en periodos vacacionales o fines de semana, tampoco entran dentro del concepto de vivienda familiar, otras actividades que los cónyuges pudieran poseer conjuntamente en proindivisión o en régimen de gananciales, pero en las que no resida la familia».

<sup>6</sup> Según el Instituto Nacional de Estadística, en el año 2022 hubo un total de 81.551 divorcios.

<sup>7</sup> TENA PIAZUELO, ISAAC, *Conflicto de vulnerabilidades y concepto de necesidad en la atribución de la vivienda en crisis matrimoniales*, Aranzadi, SAU, enero de 2022, p. 4.

Como se menciona en el apartado anterior, el art. 96 CC hace mención a la vivienda familiar, comprendiéndose en ella la vivienda en sí misma y los objetos de uso ordinario por los miembros de la familia. Ahora bien, en caso de crisis matrimonial que termine en separación o divorcio, se pueden dar una serie de problemas en cuanto a la atribución de la vivienda familiar a uno de los cónyuges como, por ejemplo, que la vivienda familiar sea propiedad del cónyuge al que no se le ha atribuido el derecho de uso de la misma. A mi juicio, el mayor de los problemas que se suele presentar en la práctica es la existencia de hijos comunes (y no comunes) de los cónyuges. A continuación, analizaré cada una de las situaciones que pueden darse en relación con la existencia de hijos fruto del matrimonio, que son tres: la existencia de hijos mayores de edad, la existencia de hijos menores de edad o mayores de edad con discapacidad. Téngase en cuenta además el tipo de custodia que tengan los cónyuges: compartida o exclusiva de uno de ellos.

### **3.1. Existencia de hijos mayores de edad**

En primer lugar analizaré la existencia de hijos mayores de edad que no presenten ninguna discapacidad. En este caso, es necesario tener en cuenta en un primer momento el concepto de derecho de alimentos, ya que de acuerdo con el art. 142 CC «se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica». Ahora bien, el concepto de alimentos comprende el derecho de habitación, al que tienen derecho los descendientes de los cónyuges<sup>8</sup> y el cual podría identificarse con el concepto de vivienda.

De esta manera, se puede ver una diferencia en el derecho de alimentos según que los beneficiarios sean menores de edad, mayores de edad o emancipados. Los segundos tendrán derecho de alimentos solamente en cuanto concurra y se acredite el presupuesto de necesitarlos realmente<sup>9</sup>, al contrario que los hijos menores de edad que siempre tendrán derecho de alimentos hasta que cumplan los dieciocho años.

En este caso, en cuanto a los hijos que tienen derecho de alimentos por acreditar que los necesitan realmente, podemos hablar de hijos mayores de edad dependientes de sus progenitores. Aquí debemos diferenciar entre los hijos mayores que son dependientes por

---

<sup>8</sup> Art. 143 CC.

<sup>9</sup> TENA PIAZUELO, ISAAC, *Conflicto de vulnerabilidades y concepto de necesidad en la atribución de la vivienda en crisis matrimoniales*, Aranzadi, SAU, enero de 2022, p. 23 y 24.

ser discapacitados (de cuya situación me ocuparé en el apartado siguiente) y los hijos mayores que son dependientes porque todavía no tienen independencia económica por seguir con sus estudios o por otras circunstancias. Para estos casos, lo más habitual es la redacción de un convenio regulador donde se establezcan los detalles para regular esta situación. Normalmente, en el convenio regulador contiene las medidas relativas a la custodia y la patria potestad de los hijos, el régimen de visitas, la pensión de alimentos de los hijos, la pensión compensatoria, la atribución de la vivienda y el ajuar familiar y la liquidación del régimen económico matrimonial. Por ello, la situación de los hijos mayores dependientes de los progenitores entra dentro de la regulación del convenio regulador, estableciendo cuál será la pensión de alimentos de los mismos.

En defecto de acuerdo entre los progenitores, el TS equipara la situación de los excónyuges con hijos mayores de edad dependientes con aquella que tendrían en el caso de no haber tenido hijos comunes (es decir, no se tendría en cuenta el peso de los hijos mayores a la hora de atribuir la vivienda familiar en situación de ruptura). Además, el TS indica que el uso de la vivienda familiar cuando los hijos son mayores de edad le corresponde a la parte más necesitada. Cuando los hijos dejan de ser menores de edad, el uso de la vivienda familiar depende de varios factores, que se pueden observar en la STS de 29 de mayo de 2015. Dice la STS: «La mayoría de edad alcanzada por los hijos a quienes se atribuyó el uso, [...] deja en situación de igualdad al marido y la mujer ante este derecho». La mencionada STS sigue diciendo lo siguiente: «Y es que, adquirida la mayoría de edad por los hijos, tal variación objetiva hace cesar el criterio de atribución automática del uso de la vivienda que el art. 96 establece a falta de acuerdo entre los cónyuges». Así, cesa el criterio de atribución automática del uso de la vivienda al cónyuge al que se le atribuye la guarda y custodia de los hijos menores<sup>10</sup>.

El convenio regulador en este tipo de situaciones es un acuerdo de duración limitada, es decir que lo que establezca dicho convenio no va a tener una duración indefinida, ya que las circunstancias tanto de los hijos mayores de edad como las de los cónyuges cambian a lo largo del tiempo. Por eso, siempre el uso de la vivienda familiar se atribuirá al excónyuge que esté más necesitado de protección teniendo en cuenta su estado personal y económico en el instante la atribución.

---

<sup>10</sup> STS 315/2015, de 29 de mayo de 2015.

Concluyo que la atribución de la vivienda familiar en caso de existencia de hijos mayores de edad se equipara a la situación en la que no existen hijos comunes entre los excónyuges, por lo que se hará de acuerdo con el párrafo 2 del art. 96 CC<sup>11</sup>, que permite adjudicar dicha vivienda por el tiempo que prudencialmente se fije a favor del cónyuge, cuando las circunstancias lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección<sup>12</sup>.

### **3.2. Existencia de hijos menores de edad**

El art. 96 CC prima la atribución de la vivienda familiar a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge al cual se le ha atribuido la guarda y custodia de éstos, estableciendo expresamente en su apartado primero que «en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de ella corresponderá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden». Se puede entender que se hace esta atribución por ser los hijos menores los más necesitados de protección en este tipo de circunstancias. Éste es uno de los preceptos en los que se puede ver el criterio de interés superior del menor.

Este precepto del CC puede resultar imperativo, ya que parece que el juez está imposibilitado, en defecto de acuerdo entre los cónyuges, a atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge al que no se le haya atribuido la guarda y custodia de los hijos menores, ya que se trata de salvaguardar el interés más necesitado de protección, que este caso es el de los hijos menores. En relación con esto, con el criterio del interés superior del menor y según establece la jurisprudencia dictada por el TS, «se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los de los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses»<sup>13</sup>.

El art. 96 CC es la regla general, protegiendo los derechos que tiene atribuidos el menor por el simple hecho de serlo en una situación de ruptura de sus progenitores. Aunque, existen excepciones, como es la STS de 17 de junio de 2013, que establece dos factores

---

<sup>11</sup> Art. 96.2 CC: «No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes corresponda al cónyuge no titular por el tiempo que prudencialmente se fije siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección».

<sup>12</sup> STS 624/2011, de 5 de septiembre de 2011.

<sup>13</sup> STS de 25 de abril de 2018 [Roj: 1480/2018].

que eliminan el rigor del art. mencionado cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges: en primer lugar, «el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida, entendiendo que una cosa es el uso que se hace de la misma vigente la relación matrimonial y otra distinta que ese uso permita calificarla de familiar si no sirve a los fines del matrimonio porque los cónyuges no cumplen con el derecho y deber propio de la relación»; y, en segundo lugar, «que el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios; solución que requiere que la vivienda alternativa sea idónea para satisfacer el interés prevalente del menor»<sup>14</sup>. De esta manera, cabría la no atribución de la vivienda familiar a los hijos menores si se dieran alguno de estos factores, como situación excepcional, ya que la regla general la encontramos en el art. 96 CC como he mencionado anteriormente.

También existen casos en los que esta situación es regulada a través de un convenio regulador<sup>15</sup> firmado por los excónyuges. El convenio regulador suele regular la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en caso de ruptura matrimonial, indicando a quién se le atribuye el mismo. En este tipo de acuerdos se puede decidir que el uso de la vivienda familiar quede a favor de los hijos menores del cónyuge a quien se le ha atribuido la guardia y custodia de los mismos. En este caso, el acuerdo prevalece y el juez se limita a aprobarlo si no es contrario a los intereses de los menores. Otra opción de acuerdo en el convenio regulador sería que el uso de la vivienda familiar quede a favor de los hijos menores hasta que éstos alcancen la independencia económica.

Ahora bien, la STS de 20 de noviembre de 2018 ha precisado que este derecho de uso de la vivienda familiar deja de existir en los casos en que entra a convivir un tercero en la vivienda familiar por tener una relación estable de pareja con el progenitor que se benefició del uso por habersele asignado la custodia de los hijos. De este caso concreto me ocuparé en profundidad más adelante.

Dejando a un lado la STS mencionada en el párrafo anterior y por lo general, en caso de existencia de hijos menores de edad cabe acudir al art. 96 CC o al convenio regulador si es que existe, quedando claro en todo momento que se debe salvaguardar siempre el interés superior del menor, que es el que está dotado de una protección especial frente a los intereses de los progenitores.

---

<sup>14</sup> STS n.º 426/2013, de 17 de junio de 2013.

<sup>15</sup> Art. 90 CC.

### **3.3. Existencia de hijos mayores de edad con discapacidad**

Por último, es importante también hacer alusión a los hijos mayores de edad que padecen alguna discapacidad. Estas personas pueden equipararse, de algún modo, a los hijos menores de edad a efectos de aplicación del art. 96 CC. Aunque la diferencia es clara, los hijos menores de edad dejan de serlo al cumplir los dieciocho años, siendo una situación temporal; y, en caso de los hijos mayores de edad con discapacidad puede tratarse de una situación permanente o transitoria.

Siguiendo con el párrafo segundo del primer apartado del art. 96 CC «los hijos comunes mayores de edad que al tiempo de la nulidad, separación o divorcio estuvieran en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, se equiparan a los hijos menores que se hallen en similar situación». Aquí se puede ver la equiparación mencionada anteriormente. Ahora bien, según jurisprudencia<sup>16</sup>, la equiparación entre hijos menores de edad e hijos mayores de edad discapacitados solo se produce a efectos de la prestación de alimentos, pero no es así en el caso de atribución de la vivienda familiar.

En caso de atribución de vivienda familiar, el TS en su sentencia de 19 de enero de 2017 matiza que «esta Sala no se ha pronunciado sobre el derecho de uso de la vivienda familiar a favor de los hijos mayores de edad con discapacidad». Así, el Tribunal Supremo considera que la atribución de la vivienda familiar en caso de guarda y custodia de un hijo mayor con discapacidad no debe ser indefinida, sino que debe existir un límite temporal. En el caso de prescindir el límite temporal por existencia de hijos mayores discapacitados sería contrario al art. 96 CC, y con ello dejaría de estar justificada la limitación que este precepto prevé a otros derechos constitucionales protegidos. Así pues, una vez transcurrido y finalizado el límite temporal de atribución del uso de la vivienda familiar, la atención a las necesidades de vivienda y alimentos del hijo mayor con discapacidad deberá ser satisfecha a través de la obligación de alimentos de sus progenitores, en caso de no poder atenderlos el hijo por sí mismo.

La STS mencionada en el párrafo anterior sigue diciendo que «el interés superior del menor [...] no es en todo caso equiparable al del hijo mayor con discapacidad en orden a otorgar la especial protección que el ordenamiento jurídico dispensa al menor. El interés del menor tiende a su protección y asistencia de todo orden, mientras que el de la persona

---

<sup>16</sup> STS de 7 de julio de 2014 y STS de 17 de julio de 2015.

con discapacidad se dirige a la integración de su capacidad de obrar mediante un sistema de apoyos orientado a una protección especial, según el grado de discapacidad»<sup>17</sup>. De esta manera, el interés del menor no es equiparable al caso del hijo mayor con discapacidad, ya que no se le otorga a este último una especial protección, al contrario que ocurre en el caso del menor de edad.

Por todo ello, la existencia de hijos mayores de edad con discapacidad tiene que tratarse como una situación diferente a las anteriores. Así, no se puede equiparar ni con la situación de los hijos mayores ni con la situación de los hijos menores. En caso de hijos mayores con discapacidad, la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar tiene que tener un límite temporal, una vez terminado dicho lapso de tiempo tiene que atenderse al hijo mayor de edad con las medidas de apoyo necesarias atendiendo a las circunstancias concretas del hijo con discapacidad, además de tener el derecho de alimentos que le correspondería en su caso.

### **3.4. Según el tipo de custodia que tengan los cónyuges: compartida o exclusiva de uno de ellos**

En primer lugar, es necesario definir la guarda y custodia de los hijos como la situación de convivencia mantenida entre un menor y su progenitor o sus progenitores y que tiene por objeto el cuidado, la educación y la formación integral de aquél por parte de éste o éstos<sup>18</sup>.

Una vez definida la guarda y custodia de los hijos, cabe apreciar la diferencia entre la custodia compartida, que es la que se atribuye a ambos cónyuges por partes iguales, y la custodia exclusiva de uno de los cónyuges, que es la que se atribuye solamente a uno de los cónyuges, cabiendo la posibilidad de que el otro cónyuge se ajuste a un régimen de visitas.

En este tema encontramos diversa jurisprudencia<sup>19</sup>, destacando lo que establece la STS de 26 de octubre de 2020 sobre los efectos de la custodia compartida en este caso. Lo que sostiene dicha sentencia es que no es de aplicación ni el párrafo primero ni el tercero del

---

<sup>17</sup> STS de 19 enero de 2017.

<sup>18</sup> RAGEL SÁNCHEZ, LUIS FELIPE, «La guardia y custodia de los hijos», *Revista de Derecho Privado y Constitución*, núm. 15, enero-diciembre, p. 289.

<sup>19</sup> STS n.º 4249/2014, Sala 1ª, de lo Civil, de 24 de octubre de 2014. STS n.º 215/2016, Sala 1ª, de lo Civil, de 6 de abril de 2016. STS n.º 294/2017, Sala 1ª, de lo Civil, de 12 de mayo de 2017.

art. 96 CC, hallando la regulación más próxima en el párrafo segundo del mismo art., «que se refiere a los casos en los que se distribuye la custodia de los hijos menores entre sus padres; es decir, cuando algunos quedan en compañía de uno de ellos y los restantes en el otro. Realmente tampoco se trata del mismo caso, [...], sí se asimilan en la circunstancia de que ambos litigantes ostentan la condición de progenitores custodios». De esta manera, la jurisprudencia ha ido fijando plazos de uso temporal de la vivienda familiar, valorando las circunstancias de cada caso<sup>20</sup>.

Existe jurisprudencia anterior que ya expresaba lo mismo que acabo de exponer. La Sala de lo Civil del TS en su sentencia de 24 de octubre de 2014 estableció que en estos casos en los que existe custodia compartida sobre los hijos menores, el uso de la vivienda familiar se regulará por el párrafo segundo del art. 96 CC. De esta manera, será el juez, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso concreto, el que deberá resolver lo que estime oportuno teniendo en cuenta, por un lado, el interés más necesitado de protección y, por otro lado, si la vivienda que es constitutiva del domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, si es propiedad de ambos, o si pertenece, en su caso, a un tercero. El juez tendrá posibilidad de imponer limitaciones temporales a la atribución del uso de la vivienda familiar. Además, de acuerdo con el punto tercero del art. 96 CC, el juez también podrá disponer de la vivienda familiar, dando su autorización, en el caso de que considere que lo más adecuado según las circunstancias concretas del caso sea la venta de la vivienda familiar.

De los párrafos anteriores deducimos que por analogía será de aplicación el párrafo segundo del art. 96 CC, valorando el juez las circunstancias de cada caso concreto y estableciendo límites temporales al derecho de uso de la vivienda familiar o acordando el juez la venta de la misma si considera que es la mejor opción atendiendo a las circunstancias concretas, ya que no existe un precepto que regule en concreto esta situación.

En cuanto al supuesto de que haya custodia exclusiva de uno de los progenitores, debemos acudir al párrafo primero del art. 96 CC, el cual dice expresamente que «En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de ella corresponderá a los hijos comunes menores de

---

<sup>20</sup> Vid. STS, Sala Primera de lo Civil, n.º 517/2017, de 22 de septiembre de 2017. En relación con la STS de 26 de octubre de 2020.

edad y al cónyuge en cuya compañía se queden, hasta que todos ellos alcancen la mayoría de edad». Parece claro, según la lectura literal de este párrafo, que el derecho de uso de la vivienda familiar se atribuye al progenitor custodio de los hijos menores de edad.

Sin embargo, este párrafo genera dudas sobre hasta qué punto se atribuye la vivienda familiar a los hijos y al cónyuge custodio de los mismos. En un primer momento, partiendo de la STS de 1 de abril de 2011 en interpretación del art. 96 CC: Esta norma no contiene ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de pareja. Una interpretación correctora de esta norma implicaría la vulneración de estos derechos, que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 CE), sí, la necesidad habitacional de los hijos menores no puede verse afectada por ningún límite temporal.

Además, hasta hace unos años la jurisprudencia interpretaba este párrafo primero del art. 96 CC suponiendo que la atribución del uso de la vivienda familiar tenía como límite la independencia económica de los hijos. Pero, con la STS de 5 de septiembre de 2011 se dejó claro que la protección que le otorga el art. 96 CC a los hijos en cuanto a la atribución del uso de la vivienda familiar solo abarca hasta que estos cumplan la mayoría de edad. Dicha sentencia dice expresamente: «[...] mientras la protección y asistencia debida a los hijos menores es incondicional y deriva directamente del mandato constitucional, no ocurre igual en el caso de los mayores, a salvo de una Ley que así lo establezca».

Por otro lado, también cabe mencionar a la conclusión a la que se llega en el III Encuentro de magistrados y jueces de familia y asociaciones de abogados de familia de 2008<sup>21</sup>, cuyas conclusiones proponen lo siguiente: «Hasta que se produzca una reforma legal del artículo 96 del Código Civil, se acuerda que el mismo sea interpretado de forma que: a) La asignación del uso exclusivo de la vivienda familiar sea un remedio subsidiario para los casos en que no se pueda garantizar de otro modo el derecho de habitación de los hijos. b) En todo caso, la asignación del uso exclusivo de la vivienda familiar, en los supuestos en que proceda, ser hará siempre con carácter temporal».

---

<sup>21</sup> Asociación Española de Abogados de Familia (2008, 28, 29 y 30 de octubre). III Encuentro de magistrados y jueces de familia y asociaciones de abogados de familia [Comunicado de prensa]. <https://www.reicaz.org/agrupcol/sfamilia/3enjuasf.pdf>. Consultado última vez el 7 de mayo de 2024.

De lo mencionado anteriormente, concluyo que, en el caso de custodia exclusiva de los hijos menores de uno de los cónyuges, la atribución de la vivienda familiar será con el límite temporal establecido por el cumplimiento de la mayoría de edad de los hijos, que es hasta donde abarca la protección del art. 96 CC, y no hasta la independencia económica de los hijos (que puede ir más allá del alcance de la mayoría de edad), en el caso de que el derecho de habitación de los hijos no se pueda garantizar de otro modo más satisfactorio tanto para los excónyuges como para los hijos.

#### **4. PACTOS EN RELACIÓN CON LA ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN CASO DE RUPTURA**

Se deduce del art. 96.1 CC, cuando dice «en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial, [...]», que los cónyuges pueden establecer un acuerdo o pacto para la atribución del uso de la vivienda familiar. En este sentido, han de ser tenidos en cuenta los acuerdos que hayan establecido los cónyuges en el convenio regulador. El convenio regulador se puede definir como un negocio jurídico familiar de carácter mixto, por intervenir los particulares y la autoridad judicial que tiene por finalidad regular los efectos en caso de situaciones de crisis matrimoniales<sup>22</sup>. El contenido que regula dicho convenio está establecido en el art. 90 CC, regulando asimismo las medidas relativas a la guarda y custodia de los hijos, el régimen de visitas, la atribución del uso de la vivienda familiar, los alimentos y las cargas del matrimonio, la liquidación del régimen económico matrimonial y la pensión compensatoria.

En el presente trabajo me voy a centrar en la atribución del uso de la vivienda familiar<sup>23</sup> acordada en convenio regulador o pacto entre los cónyuges. Este aspecto puede ser objeto de regulación en un convenio regulador, salvo que tal acuerdo resulte perjudicial o dañino para los hijos o para uno de los cónyuges, ya que así lo establece expresamente el art. 90.2 CC: «Los acuerdos de los cónyuges adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio presentados ante un órgano judicial serán aprobados por el juez salvo si son dañinos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges». Así pues, lo estipulado en el convenio regulador no es vinculante para la autoridad judicial, ya que ésta debe resolver si lo que se establece en él puede resultar o

---

<sup>22</sup> Definición extraída del Diccionario panhispánico del español jurídico.

<sup>23</sup> Art. 90.1.c) CC.

no dañino para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges. Este daño o perjuicio del que estamos hablando debe ser real y específico, no puede ser abstracto<sup>24</sup>.

Por lo tanto, lo establecido en los convenios reguladores será preferente a lo establecido en la legislación, salvo que el contenido de dichos convenios resulte dañino para los hijos o gravemente perjudicial para alguno de los excónyuges.

Otra forma de regular la atribución de la vivienda familiar sería a través de los pactos prematrimoniales, que se podrían definir como un contrato entre dos personas que van a contraer matrimonio mediante el que regulan o establecen las normas de su relación particular en lo que afecta a sus bienes, y cómo se repartirán estos en caso de que se dé algún supuesto de crisis matrimonial. Dichos pactos entre los cónyuges también serán válidos y eficaces en tanto que la atribución de la vivienda familiar es una materia disponible por las partes, de manera que la autonomía de la voluntad de las partes puede regir en estos casos. Es importante tener en cuenta que cuando existen hijos menores comunes en el matrimonio, en todo caso se tiene que salvaguardar el interés superior de los mismos, al igual que sucede en el caso de los convenios reguladores en situación de separación o divorcio de los cónyuges.

En este punto, también me gustaría mencionar la existencia de las capitulaciones matrimoniales y la diferencia que tienen con los pactos prematrimoniales. Las capitulaciones matrimoniales se pueden definir, según Lasarte Álvarez, como «la escritura pública o el documento en que los cónyuges o los futuros cónyuges establecen las normas de carácter patrimonial aplicables a su matrimonio». Mientras que los pactos prematrimoniales, como he mencionado en el párrafo anterior, se pueden definir como el contrato entre dos personas que van a contraer matrimonio mediante el que regulan o establecen las normas de su relación particular en lo que afecta a sus bienes, y cómo se repartirán estos en caso de que se dé algún supuesto de crisis matrimonial.

Para la aprobación de las capitulaciones matrimoniales es necesaria la intervención notarial, mientras que para los pactos prematrimoniales no es necesaria dicha intervención notarial, aunque sí que es posible su elevación a escritura pública para dotar a dichos pactos de algunas garantías, ya que el documento público no es equiparable al documento

---

<sup>24</sup> SAP de Valencia de 25 de abril de 2000 [Roj: SAP V 2738/2000]. Aquí encontramos un ejemplo en el que no se aprueba una cláusula de un convenio regulador por limitar a dos años el derecho de uso de la vivienda familiar al entender que perjudica gravemente los intereses del menor.

privado<sup>25</sup>. Así pues, los pactos prematrimoniales no entran dentro de las competencias notariales, por lo que rige la libertad de forma. En este caso, y en cuanto al objeto de análisis del presente trabajo, la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges en caso de ruptura matrimonial se encuadraría dentro de los pactos prematrimoniales, ya que no es una cuestión del propio régimen económico matrimonial, sino que es una cuestión de atribución del patrimonio que se prevé en caso de ruptura matrimonial.

Tras lo mencionado en los párrafos anteriores, es importante preguntarse hasta dónde llega la autonomía de la voluntad de los cónyuges a la hora de estipular las capitulaciones matrimoniales y los pactos prematrimoniales. La autonomía de la voluntad de los cónyuges no es indefinida, sino que está sujeta a la existencia de límites legales tan trascendentales que ponen en duda el propio ámbito de dicha autonomía<sup>26</sup>. El art. 1.315 CC se refiere a las limitaciones que hacen referencia al art. 1328 CC, las cuales no solo son relativas al régimen económico matrimonial, sino también al contenido atípico al decir que «será nula cualquier estipulación contraria a las leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge». Este precepto se refiere tanto a las leyes imperativas como a cualquier otra estipulación que se haya interpuesto de manera autónoma por los cónyuges. Por lo tanto, no sería correcto atribuir la vivienda familiar a uno de los cónyuges en caso de ruptura matrimonial si uno de los cónyuges queda en término de desigualdad respecto al otro cónyuge.

En conclusión, parece claro que el contenido del convenio regulador o lo establecido en los pactos entre los cónyuges en este tipo de cuestiones siempre tiene que estar entre unos límites establecidos, y siempre salvaguardando el interés superior de los hijos menores, no pudiéndose socavar éste en ningún caso.

---

<sup>25</sup> GASPAR LERA, “*se considera que la intervención de un fedatario público en la formalización de este tipo de acuerdos les dota de unas garantías en cuanto a su validez de las que carece el pacto suscrito en documento privado*”, Noticias Jurídicas, *El notario y las nuevas competencias matrimoniales tras la aprobación de la ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria: un paso más hacia la autonomía de la voluntad*, 5 de noviembre de 2016. <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/11417-el-notario-y-las-nuevas-competencias-matrimoniales-tras-la-aprobacion-de-la-ley-15-2015-de-2-de-julio-de-la-jurisdiccion-voluntaria-un-paso-mas-hacia-la-autonomia-de-la-voluntad/>.

Consultada la última vez el 19 de mayo de 2024

<sup>26</sup> ROCA TRIAS, *Autonomía, crisis matrimoniales... cit.*, pp. 2107-2108.

## 5. CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

Uno de los principios de los que cuenta nuestro ordenamiento jurídico es el de la autonomía de la voluntad. Por ello, siempre hay que tener en cuenta los acuerdos o pactos que establecen los excónyuges a la hora de regular este tipo de aspectos, como es la extinción del uso de la vivienda familiar. En primer lugar se debe atender a lo estipulado en el convenio regulador en el caso de que exista y, en defecto de dicho convenio se atenderá a lo estipulado en la normativa civil o en la jurisprudencia.

En caso de existir convenio regulador<sup>27</sup> entre los cónyuges, si éste establece alguna cláusula en la que se regule los casos en los que se debe extinguir el uso de la vivienda familiar por el cónyuge al que se le ha atribuido, se deberá seguir lo estipulado en este convenio regulador, siempre y cuando no sea perjudicial o dañino para los hijos menores o para uno de los cónyuges, y no sea contrario al interés superior del menor.

En defecto de convenio regulador, cabe abordar diversas situaciones. Analizando en primer lugar el art. 96 CC (caso de existencia de hijos comunes), éste dice que la vivienda familiar será atribuida a los hijos menores de edad y al cónyuge a su cargo, hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad<sup>28</sup>. Por lo tanto, cabe entender que el uso de la vivienda familiar se extingue una vez los hijos menores de edad cumplan dieciocho años. Se puede dar el caso también de que existan hijos menores de edad con discapacidad que hiciera conveniente la continuación del uso de la vivienda familiar después de haber cumplido los dieciocho años. En estos casos, el art. preceptúa que será la autoridad judicial quien determine el plazo de duración de este derecho de uso, dependiendo de las circunstancias concretas de cada caso, ya que se trata de una situación concreta que no se puede equiparar a la de los hijos menores o de los hijos mayores sin discapacidad.

Otra situación sería la inexistencia de hijos en el matrimonio. Aquí el apartado segundo del art. 96 CC establece que podrá acordarse el uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular del bien durante un periodo de tiempo determinado, debido a las circunstancias concretas de dicho cónyuge por considerarse que su interés es más necesitado de protección que el del otro cónyuge. Por lo tanto, aquí el derecho de uso de la vivienda familiar se entiende extinguido cuando termine ese periodo de tiempo y cuando la situación económica del cónyuge con tal derecho mejore.

---

<sup>27</sup> Art. 90 CC.

<sup>28</sup> STS de 5 de septiembre de 2011

Además de las situaciones expuestas en los párrafos anteriores, la jurisprudencia del TS<sup>29</sup> determina que el derecho de uso de la vivienda familiar se mantiene siempre y cuando la vivienda siga teniendo carácter familiar, y tal derecho se extingue en el momento en el que la vivienda deja de tener este carácter. La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2018 entiende que la vivienda familiar deja de tener tal carácter en el momento en el que entra a convivir maritalmente una tercera persona en la vivienda familiar. De esta manera, la vivienda familiar deja de tener tal naturaleza, para atribuírsele otra adecuada a las circunstancias, ya que se ha formado un núcleo familiar distinto. Por lo tanto, el derecho de uso de la vivienda familiar se ve extinguido cuando una tercera persona entra a convivir maritalmente en la vivienda familiar con el cónyuge al que se le ha atribuido el derecho de uso de tal bien. La diferencia entre las situaciones anteriores y esta situación es que las anteriores están reguladas en un texto legal, que es el CC, mientras que la situación de este párrafo es analizada por la jurisprudencia, siendo el Tribunal Supremo el que da solución a este tipo de casos<sup>30</sup>.

En conclusión, las causas de extinción del uso de la vivienda familiar se pueden enumerar en las siguientes:

- Causa de extinción establecida en el convenio regulador.
- Cuando existan hijos menores de edad, hasta que estos cumplan dieciocho años.
- Cuando existan hijos con discapacidad, se extingue cuando se alcance el límite temporal establecido por el juez.
- Cuando no existan hijos comunes, si se atribuye el derecho de uso al excónyuge necesitado de más protección, se extingue cuando se alcance el límite temporal establecido por el juez o cuando cambien las circunstancias de dicho excónyuge.
- Cuando entre a convivir en la vivienda familiar un tercero por mantener una relación sentimental establece con el excónyuge al que se le ha atribuido el derecho de uso de la vivienda familiar.

---

<sup>29</sup> STS de 20 de noviembre de 2018, n.º 641/2018.

<sup>30</sup> Téngase en cuenta que la jurisprudencia complementa el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establece el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho; *ex art. 1.6 CC.*

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

El CC no indica expresamente las causas de extinción del derecho de uso de la vivienda familiar, sino que es la jurisprudencia la que se ha tenido que pronunciar en varias ocasiones para resolver estas dudas. En concreto, la cuestión que planteo en este trabajo es: ¿se extingue el derecho de uso de la vivienda familiar por matrimonio o convivencia marital con otra persona por parte del cónyuge beneficiario de tal derecho?

La sentencia clave en este sentido, objeto de análisis en el apartado siguiente, es la Sentencia del Tribunal Supremo n.º 641/2018 de 20 de noviembre de 2018. Con esta sentencia entiendo que, una vez que un tercero entra a convivir por tener una relación de afectividad con el cónyuge al que se le ha atribuido el derecho de uso de la vivienda familiar, dicho inmueble deja de tener el carácter de vivienda familiar. De esta manera, al cambiar el carácter de la vivienda, se extingue el derecho de uso de la vivienda familiar en caso de que no se haya acordado lo contrario por los cónyuges en el convenio regulador. En estos casos, en la práctica, habitualmente se permite al cónyuge y a los hijos que tienen atribuido este derecho de uso de la vivienda familiar permanecer en ella durante un tiempo prudencial hasta que deban desalojarla.

Llegados a este punto, entra en juego el interés superior del menor, ya que se debe tener en cuenta si los hijos menores del extinto matrimonio tienen satisfechas las necesidades de habitación mediante otras formas. Sobre esto también se ha manifestado la jurisprudencia en diversas sentencias<sup>31</sup>. Se debe salvaguardar en todo caso el interés superior del menor.

Una nueva relación de pareja después de una ruptura matrimonial influye en muchos aspectos en caso de haber hijos menores comunes al matrimonio, entre los cuales se encuentra el derecho de uso de la vivienda familiar por el cónyuge custodio y los hijos. Cuando entra un tercero a la convivencia en la vivienda familiar hay una alteración de las circunstancias de origen. Esta nueva situación influye en la pensión compensatoria, en el derecho al uso de la vivienda familiar y el interés de los hijos. No podemos olvidar el

---

<sup>31</sup> Vid. STS de 5 de noviembre de 2012, STS de 3 de mayo de 2016, STS de 17 de octubre de 2017 y STS de 4 de abril de 2018.

interés de los hijos menores, que es lo que se tuvo en cuenta a la hora de determinar la atribución del uso del derecho de la vivienda familiar<sup>32</sup>.

Por lo tanto, téngase claro que, a pesar de no existir ningún precepto del CC que establezca que la entrada a la convivencia en la vivienda familiar de un tercero extingue el derecho de uso de la vivienda familiar, existe jurisprudencia consolidada del TS que indica que esto es una clara causa de extinción de tal derecho. La sentencia clave en este caso la pasamos a analizar a continuación.

## **7. EXAMEN ESPECIAL DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE NOVIEMBRE DE 2018 (641/2018)**

Una sentencia determinante en este tema sobre el que estamos tratando es la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2018 (641/2018), sobre los efectos que tiene que el cónyuge al que se le ha atribuido la vivienda familiar empiece a convivir maritalmente con un tercero. En primer lugar, analizaremos los antecedentes de hecho que han dado lugar a la sentencia; y, en segundo lugar, pasaremos a analizar la doctrina jurisprudencial que ha elaborado el Tribunal Supremo.

### **7.1. Antecedentes de hecho.**

El litigio objeto de análisis surge en el seno de una familia con dos hijos menores de edad, cuyos progenitores están divorciados, tras comenzar a vivir con una nueva pareja el excónyuge custodio que tenía atribuido el derecho de uso de la vivienda familiar junto a los hijos que tenía a cargo. El resumen de dicha sentencia es básicamente que uno de los ex cónyuges, el ex marido, interpone demanda declarando la extinción del derecho de uso de la vivienda familiar atribuida a la exmujer, para que esta se ponga en venta o que se adjudique a uno de los cónyuges con el abono al otro del importe correspondiente. Y, en caso de desestimar tal pretensión, se solicita la disminución de la pensión de alimentos que el padre satisfacía. La demandada se opuso, solicitando la desestimación íntegra de la demanda, y llegado el caso de que el demandante acreditase un incremento sustancial de los ingresos o limitase el derecho de uso de la vivienda familiar, procedería el

---

<sup>32</sup> Este tema lo abordaré más adelante.

incremento de la pensión de alimento de los menores para sufragar los gastos que esto supondría.

El Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Valladolid dictó sentencia estimando parcialmente la demanda, modificando solamente la bajada de cantidad de la pensión de alimentos. Dicha resolución se recurrió en apelación, siendo estimado parcialmente por la Audiencia Provincial, acordando de esta manera la extinción del derecho de uso atribuido a los hijos menores y a la progenitora que tenía la custodia de los menores, dejando sin efecto la reducción de la pensión de alimentos y declarando extinguido el derecho de uso de la vivienda en el momento en que se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales.

A lo que esto responde la doctrina del Tribunal Supremo con la sentencia que es objeto de título de este apartado. La sentencia de 20 de noviembre de 2018 se centra en la determinación de los efectos que produce la convivencia de la progenitora, que tiene atribuido el uso de la vivienda familiar junto a sus hijos menores, con una nueva pareja.

## **7.2. Jurisprudencia del Tribunal Supremo.**

La sentencia objeto de análisis dice expresamente que «la introducción de un tercero en la vivienda en manifiesta relación estable de pareja con la progenitora que se benefició del uso por haberse asignado la custodia de los hijos, [...], cambia el estatus del domicilio familiar». Partiendo de esta base, puede quedar bastante claro que la entrada a la convivencia en la vivienda familiar de un tercero extingue el derecho de uso de la vivienda familiar del cónyuge beneficiario. La modificación de las circunstancias que dieron lugar a la atribución del uso de la vivienda familiar puede ser una de las causas extintivas del derecho<sup>33</sup>.

En el presente caso, la vivienda familiar deja de tener tal carácter por la entrada a la convivencia de un tercero, no porque la madre e hijos hayan dejado de vivir en dicha vivienda. Ahora, esta vivienda ha cambiado su antigua naturaleza «por servir en su caso a una familia distinta y diferente», ya que antes la vivienda familiar englobaba a los hijos y a la progenitora custodia de los mismos, y ahora con la entrada de un tercero en esta vivienda cambia la naturaleza de la misma. Este cambio de naturaleza en la vivienda no

---

<sup>33</sup> CHAPARRO MATAMOROS, P. *Derecho de uso y vivienda familiar...* cit., pág. 227 y ss.

priva a los menores de su derecho a una vivienda, ni tampoco cambia la custodia de la madre, sino que ahora cabe la posibilidad de venta de esta vivienda para adquirir otra que se configure como vivienda familiar, o que tanto la madre como los hijos puedan seguir habitando dicha vivienda si la madre adquiere la totalidad de la vivienda abonando el importe correspondiente a su excónyuge.

El Tribunal considera que una nueva relación de pareja puede suponer un perjuicio para otros, que en este caso sería un perjuicio para el excónyuge no custodio cuya contribución económica beneficia a la nueva familia. Sin embargo, aunque el Tribunal Supremo niegue en ningún momento que cualquiera de los excónyuges pueda comenzar relaciones de pareja al «amparo del derecho a la libertad personal y al libre desarrollo de la personalidad», establece que el perjuicio que puede sufrir el progenitor no custodio de los menores se materializa en la pensión compensatoria a la que este debe hacer frente. De esta manera, la entrada de un tercero a la convivencia en la vivienda familiar no solo influye en el derecho de uso o no de la vivienda familiar, sino que también influye en la pensión compensatoria, tal y como indican los fundamentos de derecho de la Sentencia objeto de análisis.

Además, esta Sentencia entra a analizar el interés superior del menor en este tipo de situaciones, citando numerosa jurisprudencia<sup>34</sup>. Esta sentencia, mencionando otras anteriores, establece que el interés del menor es una suma de distintos factores, que engloba circunstancias personales, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración. Por eso, cuando se produce la ruptura de los cónyuges, la situación familiar no es la misma antes que después de la separación o divorcio.

Aquí es importante tener en cuenta los cambios introducidos en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de Protección Jurídica del menor. Tanto la sentencia analizada como la ley que acabamos de mencionar establecen que el interés del menor siempre tiene que ser prioritario, siempre que no restrinja o limite más derechos que los que ampara, y que las medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados, aunque debe primar el interés superior del menor sobre cualquier otro que pudiera concurrir.

---

<sup>34</sup> Sentencia 22/2011, de 1 de abril; Sentencia 236/2011, de 14 de abril; Sentencia 257/2012, de 26 de abril; Sentencia 117/2017, de 22 de febrero; y, Sentencia 168/2017 de 8 de marzo.

Aunque cabe mencionar que el TS sostiene que la solución dada en la sentencia recurrida no vulnera el interés superior del menor ni contradice tampoco su jurisprudencia en cuanto a la interpretación del art. 96 CC, en tanto que dice que «la medida no priva a los menores de su derecho a una vivienda, ni cambia la custodia, que se mantiene en favor de su madre», además de establecer que sus necesidades «en condiciones de dignidad y decoro» pueden verse asimismo cubiertas por otra vivienda, ya que no es posible para el tribunal mantener a los hijos menores «en el uso de un inmueble que no tiene carácter de domicilio familiar». Esto último será objeto de análisis en el apartado siguiente, ya que no deja de ser contradictorio este argumento con el interés superior del menor.

Una vez analizada la sentencia, cabe mencionar los diferentes puntos de vista por parte de la doctrina, ya que unos consideran esta sentencia justa y adecuada, y otros consideran que no respeta el interés superior del menor. Esta última sería la opinión de Yzquierdo Tolsada<sup>35</sup>: «como la madre que convive con los hijos menores se case o conviva maritalmente con un tercero, [...], entonces ya nadie se acuerda del interés del menor. Prevalece el interés del padre propietario o copropietario, para quien de repente, “la luz se hizo”». De las palabras de este autor se deduce que está de acuerdo con la sentencia dictada y que ésta es justa, pero que lo que se debería hacer es modificar el art. 96 CC, ya que éste establece automáticamente la atribución de la vivienda familiar a los hijos menores y al cónyuge en cuya compañía queden. Dice que el párrafo segundo del mencionado art. no concuerda ni con lo establecido en la sentencia analizada, ni ésta con el interés superior del menor. El catedrático, al final de su comentario, hace una pregunta, con la que estoy totalmente de acuerdo y sobre la que debería reflexionar el legislador: «¿Cuántas razonables brechas más hay que hacer en el art. para que el legislador caiga en la cuenta de que ya es hora de derogarlo y de sustituirlo por otro moderadamente sensato?».

---

<sup>35</sup> YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO, *Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2018 (641/218), La convivencia marital con un tercero hace perder a la vivienda su condición de vivienda familiar*. Catedrático de Derecho Civil.

## 8. INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR VS. DERECHOS FUNDAMENTALES DE OTRA PERSONA

En este punto, nos podemos plantear si se produce una situación de desinterés para el menor, o si el interés del menor queda desplazado a un segundo plano. Por ello, tenemos que entender qué es el interés superior del menor<sup>36</sup>.

Normalmente el interés superior del menor es prioritario frente a cualquier otro derecho que puedan tener otras personas, pero hay ocasiones en las que esto no es así. En un principio, acudiendo a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su art. 2 apartado primero, se expresa lo siguiente: «Todo menor tiene derecho a que su interés superior será valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado». La protección privilegiada de la que gozan los hijos menores de edad debería conciliarse con la defensa de los intereses de los progenitores<sup>37</sup>.

La norma citada no dota de definición al término interés superior del menor, sino que se considera un concepto jurídico indeterminado. Por ello, es necesario acudir a la jurisprudencia del TS, que lo ha concretado como «la suma de distintos factores que tienen que ver no sólo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales»<sup>38</sup>. Por lo tanto, este principio hay que aplicarlo garantizando el derecho de habitación del hijo menor mediante la elección del entorno familiar, educativo, relacional y afectivo que le permita seguir disfrutando de la estabilidad de que gozaba anteriormente a la ruptura matrimonial de sus progenitores, de manera que los cambios producidos no influyan negativamente en el desarrollo personal, social y emocional del menor<sup>39</sup>.

El objetivo del principio del interés superior del menor es mantener las condiciones de vida de éstos como si la crisis entre sus progenitores no hubiera existido. Por eso, el art. 96 CC establece que sean los hijos menores y su progenitor custodio quien tenga el

---

<sup>36</sup> Cfr. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H.: “Protección del interés del menor en la atribución del uso de la vivienda familiar”, Revista Jurídica del Notariado, núm. 105, 2018, pp. 239-278.ias

<sup>37</sup> TENA PIAZUELO, ISAAC, *Conflicto de vulnerabilidades y concepto de necesidad en la atribución de la vivienda en crisis matrimoniales*, Aranzadi, SAU, enero de 2022, p. 17.

<sup>38</sup> STS de 25 de septiembre de 2015 (Roj. 3890/2015).

<sup>39</sup> BERROCAL LANZAROT, A.I., cit., p. 1.353.

derecho de uso de la vivienda familiar, aunque hay ocasiones en las que la medida más apropiada sea la venta de la vivienda familiar<sup>40</sup>.

En caso de que entre a convivir en la vivienda familiar un tercero, la STS de 23 de septiembre de 2020 dice que no se lesiona el interés superior del menor en cuanto que la vivienda en la que habitaban pierde la condición de familiar por la entrada de un tercero en la convivencia familiar<sup>41</sup>. Se debe entender que el interés de los hijos no puede desvincularse absolutamente del interés de sus padres, cuando es posible conciliar ambos derechos. Así también, el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, dice que deben priorizarse también las medidas que respeten los intereses legítimos presentes con los de los progenitores, sin que concurra incompatibilidad entre ellos.

Existen casos en los que los intereses de los menores y los de los progenitores no pueden ser compatibles por las circunstancias que sean. Ante esta situación, «[...] en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir», según la Sentencia del Tribunal Supremo n.º 319/2016, de 13 de mayo<sup>42</sup>.

Llegados a este punto, concluyo que el interés que prima en estos casos es el interés superior del menor, en defecto de que tanto los intereses de los progenitores como de los menores puedan conciliarse.

No obstante, el TS en su Sentencia 641/2018, de 20 de noviembre, toma la decisión de privar a los hijos del derecho de uso de la vivienda familiar por el simple hecho de que el progenitor custodio de los menores comience a convivir maritalmente con un tercero, lo que puede entrar en conflicto con la literalidad del art. 96 CC<sup>43</sup>, a la vez que genera ciertas dudas desde el punto de vista del interés superior del menor, ya que aquí el TS tampoco alude a la forma en la que va a quedar garantizado el derecho de habitación de los menores tras la extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar. Dicho Tribunal solo hace referencia a que tal derecho de habitación puede satisfacerse «a través de otros medios»,

---

<sup>40</sup> STS de 5 de abril de 2019.

<sup>41</sup> STS de 20 de noviembre de 2018, y STS de 19 de noviembre de 2018.

<sup>42</sup> SSTS de 26 de noviembre de 2015 (Roj. 2015, 5624), 36 de 2015 y de 27 de octubre de 2015, 2664 de 2014

<sup>43</sup> Vid. 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», Revista Aranzadi Doctrinal, n.º 1 (2019).

sin dejar claros cuáles son dichos medios. Esto no es suficiente bajo mi punto de vista ya que, si nos amparamos en el interés superior del menor, deberían pasarse a valorar los aspectos de la nueva vivienda en la que vaya a habitar la familia, por ejemplo según las características o la localización de la misma. Todo ello para evitar que el cambio de vivienda pueda resultar un perjuicio para los menores.

En este caso, no se ve claro que esté primando el interés superior del menor, sino que toman prioridad los intereses patrimoniales de los progenitores, ya que se está velando por el derecho del excónyuge al que no se le ha atribuido el derecho de uso de la vivienda familiar, entrando en conflicto con el interés superior del menor.

Aunque la STS mencionada expresa que no se perjudica el interés superior del menor, no especifica en ningún momento cómo se van a satisfacer los intereses o las necesidades de los menores cuando se extingue el derecho de uso de la vivienda familiar del excónyuge custodio de los hijos. Para que quedase claro que los intereses de los menores estuviesen cubiertos, sería necesario que la jurisprudencia del TS marcara unas medidas para que dichas necesidades estuvieran satisfechas.

Ante la situación que estamos analizando, concluyo que no queda claro que esté primando el interés superior del menor, sino los intereses patrimoniales del excónyuge que no tenía atribuido el uso de la vivienda familiar. Esto entraría en conflicto: con lo establecido en el art. 2.4 de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor; y con el interés superior del menor.

## **9. SIMILITUDES CON LA EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA**

La pensión compensatoria es una compensación económica que puede recibir el cónyuge que tras la separación o divorcio haya visto empeorada su situación económica con respecto a la que disfrutaba durante el matrimonio. Su objetivo es compensar el desequilibrio económico que puede provocar la ruptura<sup>44</sup>. El autor Peña Bernaldo Quirós define la pensión compensatoria como «el derecho de crédito de régimen peculiar que la ley confiere a uno de los cónyuges (frente a otro) cuando la separación o el divorcio

---

<sup>44</sup> Definición extraída de la página web: [www.conceptosjuridicos.com](http://www.conceptosjuridicos.com). Fecha de la consulta: 14 de marzo de 2024

produzca un empeoramiento económico respecto de su situación en el matrimonio, y que tiene por objeto, ordinariamente, la entrega de pensiones periódicas»<sup>45</sup>.

La pensión compensatoria, al igual que la atribución de la vivienda familiar a uno de los cónyuges, puede establecerse de común acuerdo<sup>46</sup> o ser determinada en el proceso judicial de divorcio. Ésta no puede fijarse de oficio, sino que debe ser solicitada por la parte perjudicada al inicio del proceso de divorcio.

Los motivos de extinción de la pensión compensatoria son los siguientes<sup>47</sup>:

- Por finalización del tiempo estipulado.
- Por cese de la causa que lo motivó.
- Por nuevo matrimonio o convivencia con otra persona por parte del excónyuge beneficiario de la pensión compensatoria.

Este último motivo es el que interesa llegados a este punto, por ser aquel en el que podemos encontrar similitudes o diferencias con la extinción del uso de la vivienda familiar. El art. 101 CC, en su párrafo primero, dice: «El derecho a la pensión compensatoria se extingue por el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona». La razón por la que se introdujo esta causa de extinción de la pensión compensatoria fue la de evitar que se ocultaran las verdaderas situaciones de convivencia con carácter de estabilidad, más o menos prolongadas, no formalizadas mediante el matrimonio, precisamente para impedir la pérdida del derecho a la pensión compensatoria, ya que inicialmente se preveía como causa de extinción el contraer nuevo matrimonio por parte del cónyuge acreedor<sup>48</sup>.

Según todo lo expuesto y analizado en el presente trabajo, concluyo que una de las causas de cese de la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges es la convivencia en la vivienda familiar de un tercero por tener una relación sentimental y vivir maritalmente, ya que así lo establece el TS.

Además, en el caso de la pensión compensatoria, al igual que ocurre cuando lo que se discute es la atribución del uso de la vivienda familiar, recae la carga de la prueba en el

---

<sup>45</sup> ZARRALUQUI SÁNCHEZ-ENZARRIAGA, LUIS con cita de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL, *La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio*, Derecho de Familia, Universidad de Madrid, 1989, p. 125.

<sup>46</sup> Art. 90.f) CC.

<sup>47</sup> Art. 101 CC.

<sup>48</sup> STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 42/2012, de 9 de febrero [Roj. 2012/2040]

acreedor de la pensión compensatoria y, como es tan complicado probarlo ya que la otra parte se cerciora de ocultar tal convivencia, se suele recurrir a los informes redactados por detectives privados, informes testificales o documentales de redes sociales en las que se muestra la convivencia mencionada.

La diferencia que encontramos entre la pensión compensatoria y el uso de la vivienda familiar es que, en el primer caso, el CC sí regula los motivos de extinción de la pensión compensatoria indicando la convivencia marital con un tercero como uno de los motivos. Y, en el segundo caso, no existe legislación que indique que la convivencia marital con un tercero sea causa de extinción de la atribución del uso de la vivienda familiar, sino que nos debemos ir a los pronunciamientos que ha ido haciendo la jurisprudencia acerca de estos supuestos, siendo la más destacada la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2018 (641/2018).

## **10. ESPECIALIDADES DEL DERECHO FORAL DE ARAGÓN**

Una de las especialidades de nuestro Derecho es la existencia de los diferentes ordenamientos jurídicos establecidos por las comunidades autónomas. En Aragón tenemos la suerte de contar con el Código del Derecho Foral de Aragón, el cual establece alguna especialidad sobre el tema objeto de estudio.

La definición de domicilio familiar en el DFA se encuentra recogida en el art. 184 CDFA, el cual dice que «es aquel donde los cónyuges conviven habitualmente o bien uno de ellos y la mayor parte de la familia». El domicilio familiar es el determinado entre ambos cónyuges de común acuerdo, aunque en caso de que no exista acuerdo entre ambos, cualquiera de los dos cónyuges puede acudir al Juez o a la junta de parientes para su determinación<sup>49</sup>.

Una vez que los cónyuges rompen la convivencia familiar, corresponde a los propios progenitores afectados por ésta, de común acuerdo, la regulación de los efectos de la ruptura a través del otorgamiento del pacto de relaciones familiares regulado en el art. 77

---

<sup>49</sup>EL JUSTICIA DE ARAGÓN, GOBIERNO DE ARAGÓN, *Derecho Foral de Aragón, Guía Práctica*. Aquí encontramos una definición de lo que sería la Junta de Parientes: «Se trata de un sistema de mediación y resolución de conflictos dentro del seno familiar. Se parte de la premisa de que la familia es la institución más apropiada para resolver sus propios problemas, aportando a su vez agilidad para la solución del conflicto. La Junta de Parientes está compuesta generalmente por dos parientes mayores de edad, uno por cada línea familiar, dando preferencia a los de mayor edad y relación con la casa».

CDFA<sup>50</sup>. De esta manera, los progenitores pueden acordar lo que convengan sobre los efectos personales y patrimoniales de la ruptura de su convivencia, entre los que está la atribución del uso de la vivienda familiar.

En defecto de pacto, el CDFA en su art. 81 regula la atribución del uso de la vivienda familiar. El DFA regula solamente los casos en los que se atribuye la vivienda familiar, diciendo en primer lugar que, en los casos de custodia compartida, el uso de la vivienda familiar se atribuye al progenitor que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda, en su defecto decidirá el juez en función del mejor interés para las relaciones familiares. Y, en segundo lugar y cuando se trate de custodia exclusiva de uno de los progenitores, se atribuirá el uso de la vivienda a quien tenga la custodia de los hijos, a no ser que el mejor interés para las relaciones familiares recomiende la atribución al otro progenitor.

Además, el art. 81 CDFA en su apartado tercero establece que «la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores debe tener una limitación temporal que, a falta de acuerdo, fijará el juez teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada familia». Es decir, toda atribución tendrá que estar limitada por un límite temporal, que podrá ser fijado por acuerdo entre los progenitores, o la fijará el juez teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada familia. El juez incluso puede acordar la venta de la vivienda familiar si considera que es la medida más adecuada para las relaciones familiares, ya que así lo dice el art. mencionado en su apartado cuarto cuando establece que «cuando el uso de la vivienda sea a título de propiedad de los padres, el juez acordará su venta, si es necesaria para unas adecuadas relaciones familiares»<sup>51</sup>.

Nada nos dice este art. más allá de lo establecido sobre el límite temporal, en relación con el momento en que debe extinguirse la atribución del uso de la vivienda familiar. Esto difiere de la legislación estatal, que sí que establece algunas pautas, aunque ligeras, sobre la extinción de tal derecho.

Además, es importante hacer referencia a que la doctrina del TSJA en algunas sentencias, como es la número 33/2015, de 16 de octubre, entiende que no existe regulación propia

---

<sup>50</sup> LÓPEZ AZCONA, AURORA, *La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de ruptura de la convivencia en el Derecho aragonés: Derecho positivo y práctica jurisprudencial*, Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3 bis, noviembre 2015, p. 60.

<sup>51</sup> TENA PIAZUELO, ISAAC, *Conflicto de vulnerabilidades y concepto de necesidad en la atribución de la vivienda en crisis matrimoniales*, Aranzadi, SAU, enero de 2022, p. 30.

en el DFA en aquellos casos en los que no existe descendencia, y que, de esta manera, es de aplicación el Derecho supletorio estatal, que sería el CC, siendo de aplicación en concreto el art. 96 de este texto legal<sup>52</sup>. El recurso al Derecho supletorio debe ser el último recurso al que acudir, ya que si se encuentra una solución a través de la analogía o acudiendo al recurso de los principios generales, deberían aplicarse estos en vez de acudir al Derecho supletorio. Lo mismo cabría aplicar en los casos de que sí que haya descendencia, pero que estos hijos sean ya mayores de edad, ya que cuando existen hijos mayores no da derecho a los progenitores con los que convivan a exigir que el uso de la vivienda les sea atribuido a los mismos.

Por lo que podemos ver, existen tanto similitudes como diferencias entre ambos Derechos, aunque queda claro, bajo mi punto de vista, que este supuesto debería ser objeto de mayor regulación en ambos textos legales, ya que en ninguno de los dos Derechos encontramos una regulación a la hora de extinguir el derecho de uso de la vivienda familiar cuando entra a convivir en la misma un tercero.

## **11. CONCLUSIONES**

Es importante remarcar la poca legislación, por no decir que no existe apenas legislación, que regula el presente caso, ya que no encontramos ningún precepto legal que establezca que la convivencia con un tercero en la vivienda familiar por parte del cónyuge al que se le ha atribuido esta constituya la extinción de dicho derecho de uso de la vivienda familiar. En consecuencia, es necesario acudir a la jurisprudencia para resolver esta situación, encontrando así la STS n.º 641/2018, de 20 de noviembre, que es la más significativa en estos casos.

Dicha Sentencia establece que la entrada a la convivencia en el domicilio familiar de un tercero supone la extinción del derecho de uso de la vivienda familiar por el excónyuge al que se le ha atribuido tal derecho. Se tiene en cuenta que aquí el interés superior del menor el cual no se ve perjudicado por la resolución de esta sentencia, porque al cambiar el núcleo familiar cambia la naturaleza de la vivienda familiar en la que los menores venían viviendo, extinguiendo así la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar al excónyuge custodio.

---

<sup>52</sup> STSJA n.º 33/2015, de 16 de octubre.

De esta manera, el derecho de habitación de los hijos menores se ve satisfecho a través de otros medios, que aunque no se diga a través de cuáles se puede deducir que el progenitor custodio (junto con la que es su actual pareja) se instalarán en otra vivienda a la cual serán trasladados los hijos menores también. Otro medio por el que satisfacer dicho derecho de habitación será que cambie el régimen de custodia de los progenitores, pudiendo acoger en su vivienda el otro progenitor no custodio a sus hijos.

Ante la falta de regulación de esta situación, bajo mi punto de vista y bajo el punto de vista de otros autores como Yzquierdo Tolsada<sup>53</sup>, sería aconsejable reformar el art. 96 CC por quedarse un poco obsoleto al contemplarse nuevas situaciones que no son objeto de regulación por el precepto mencionado. Dicho art. sí que regula alguna posible situación que se pueda presentar ante este tipo de casos, regulando la atribución de la vivienda familiar en cada caso y estableciendo límites temporales a la hora de atribuir dicho derecho. El art. no regula expresamente las causas de extinción del derecho de uso de la vivienda familiar, ni mucho menos regula la situación de la entrada de un tercero a la convivencia en el domicilio familiar por tener una relación sentimental con el excónyuge que goza del derecho de uso. Así, me parece importante que se reformulara este precepto legal, estableciendo claramente cuáles son las causas de extinción de la atribución de la vivienda familiar en caso de ruptura, y teniendo en cuenta, en todo caso, los intereses tanto de los progenitores como el interés superior del menor, que es el que tiene que primar en este tipo de circunstancias.

*De lege ferenda*, la redacción del artículo 96 CC podría ser la siguiente:

«1. En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de ella corresponderá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden, hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad. Si entre los hijos menores hubiera alguno en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar después de su mayoría de edad, la autoridad judicial determinará el plazo de duración de este derecho, en función de las circunstancias concurrentes.

---

<sup>53</sup> YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO, *Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2018 (641/218), La convivencia marital con un tercero hace perder a la vivienda su condición de vivienda familiar.*

A los efectos del párrafo anterior, los hijos comunes mayores de edad que al tiempo de la nulidad, separación o divorcio estuvieran en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, se equiparan a los hijos menores que se hallen en similar situación. En todo caso, la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar quedará sujeta al plazo de duración que convenga la autoridad judicial en función de las circunstancias concurrentes.

Extinguido el uso previsto en el párrafo primero, las necesidades de vivienda de los que carezcan de independencia económica se atenderán según lo previsto en el Título VI de este Libro, relativo a los alimentos entre parientes.

Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno de los cónyuges y los restantes en la del otro, la autoridad judicial resolverá lo procedente.

2. No habiendo hijos, podrá acordarse de que el uso de tales bienes corresponda al cónyuge no titular por el tiempo que prudencialmente se fije siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.

3. Para disponer de todo o parte de la vivienda y bienes indicados cuyo uso haya sido atribuido conforme a los párrafos anteriores, se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges o, en su defecto, autorización judicial. Esta restricción en la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar se hará constar en el Registro de la Propiedad. La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el uso de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe.

4. En todo caso, el derecho de uso de la vivienda familiar atribuido a uno de los cónyuges en caso de nulidad, separación o divorcio se extinguirá por la finalización del plazo estipulado, por el cese de la causa que lo motivó, por contraer el beneficiario del derecho nuevo matrimonio o por convivir maritalmente con otra persona».

Por todo ello, me gustaría concluir citando la cuestión planteada por Yzquierdo Tolsada: «¿Cuántas razonables brechas más hay que hacer en el art. 96 CC para que el legislador caiga en la cuenta de que ya es hora de derogarlo y de sustituirlo por otro moderadamente sensato?»<sup>54</sup>.

---

<sup>54</sup> YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO, *Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2018 (641/218), La convivencia marital con un tercero hace perder a la vivienda su condición de vivienda familiar.*

## BIBLIOGRAFÍA

TENA PIAZUELO, ISAAC, *Conflicto de vulnerabilidades y concepto de necesidad en la atribución de la vivienda en crisis matrimoniales*, Aranzadi, SAU, enero de 2022.

LÓPEZ AZCONA, AURORA, *La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de ruptura de la convivencia en el Derecho aragonés: Derecho positivo y práctica jurisprudencial*, Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3 bis, noviembre 2015.

PÉREZ PAÑOS, ALBA, *Hacia una mayor autonomía privada en capitulaciones matrimoniales con marco transfronterizo*, Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 13, n.º 2, octubre de 2021.

RAGEL SÁNCHEZ, LUIS FELIPE, «La guardia y custodia de los hijos», *Revista de Derecho Privado y Constitución*, núm. 15, Enero-Diciembre.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-ENZARRIAGA, LUIS con cita de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL, *La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio*, Derecho de Familia, Universidad de Madrid, 1989.

«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». *El Derecho*, 5 de octubre de 2010, <https://elderecho.com/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-este-a>. Consultada la última vez el 6 de marzo de 2024.

«El notario y las nuevas competencias matrimoniales tras la aprobación de la ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria: un paso más hacia la autonomía de la voluntad», *Noticias Jurídicas, artículos doctrinales*, 5 de noviembre de 2016, <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/11417-el-notario-y-las-nuevas-competencias-matrimoniales-tras-la-aprobacion-de-la-ley-15-2015-de-2-de-julio-de-la-jurisdiccion-voluntaria:-un-paso-mas-hacia-la-autonomia-de-la-voluntad/>. Consultada la última vez el 6 de mayo de 2024.

Asociación Española de Abogados de Familia. (2008, 28, 29 y 30 de octubre). III Encuentro de magistrados y jueces de familia y asociaciones de abogados de familia [Comunicado de prensa]. <https://www.reicaz.org/agrupcol/sfamilia/3enjuasf.pdf>. Consultado la última vez el 7 de mayo de 2024.

Página web del diccionario panhispánico del español jurídico: <https://dpej.rae.es/>. Consultada la última vez el 25 de marzo de 2024.

Página web para encontrar jurisprudencia: <https://vlex.es>. Consultada la última vez el 25 de marzo de 2024.

## **JURISPRUDENCIA**

STS de 14 de septiembre de 2009 (n.º 588/2009). Ponente: Encarnación Roca Trias.

STS de 5 de septiembre de 2011 (n.º 624/2011). Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos.

STS de 9 de febrero de 2012 (n.º 42/2012). Ponente: Encarnación Roca Trias.

STS de 31 de mayo de 2012 (n.º 340/2012). Ponente: Encarnación Roca Trias.

STS de 5 de noviembre de 2012 (n.º 671/2012). Ponente: Antonio del Moral García.

STS de 17 de junio de 2013 (n.º 426/2013). Ponente: José Antonio Seijas Quintana.

STS de 7 de julio de 2014 (n.º 372/2014). Ponente: José Antonio Seijas Quintana.

STS de 24 de octubre de 2014 (n.º 593/2014). Ponente: José Antonio Seijas Quintana.

STS de 29 de mayo de 2015 (n.º 315/2015). Ponente: José Antonio Seijas Quintana.

STS de 17 de julio de 2015 (n.º 409/2015). Ponente: Eduardo Baena Ruíz.

STS de 6 de abril de 2016 (n.º 217/2016). Ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz.

STS de 3 de mayo de 2016 (n.º 284/2016). Ponente: José Antonio Seijas Quintana.

STS de 12 de mayo de 2017 (n.º 296/2017). Ponente: Eduardo Baena Ruíz.

STS de 22 de septiembre de 2017 (n.º 519/2017). Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas.

STS de 4 de abril de 2018 (n.º 183/2018). Ponente: José Antonio Seijas Quintana.

STS de 20 de noviembre de 2018 (n.º 641/2018). Ponente: José Antonio Seijas Quintana.

SAP de 14 de septiembre de 2009 (n.º 536/2009). Ponente: Antonio Miguel Fernández-Montells Fernández.

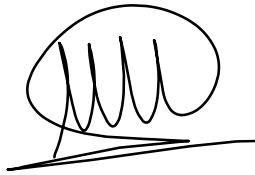
STSJA de 16 de octubre de 2015 (n.º 33/2015). Ponente: Fernando Zubiri de Salinas.

## ANEXO

### DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y ORIGINALIDAD.

Yo, Nerea Bernal Pérez, con DNI 17462141-N, en aplicación de lo dispuesto en el art. 14 (Derechos de autor) del Acuerdo de 11 de septiembre de 2014, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Reglamento de los TFG y TFM de la Universidad de Zaragoza, declaro que el presente Trabajo de Fin de Grado de la titulación de Derecho es de mi autoría y es original, no habiéndose utilizado fuente sin ser citada debidamente.

Zaragoza, 2 de junio de 2024.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized 'N' followed by several vertical strokes and a horizontal line at the bottom.

Fdo.: Nerea Bernal Pérez