

**COMENTARIO DE LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 20 DE NOVIEMBRE DE 2018 (641/2018)**

**La convivencia marital con un tercero
hace perder a la vivienda
su condición de vivienda familiar**

Comentario a cargo de:
MARIANO YZQUIERDO TOLSADA
Catedrático de Derecho civil
Universidad Complutense de Madrid
Consejero de Cuatrecasas

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE NOVIEMBRE DE 2018

ROJ: STS 3882/2018 - **ECLI:** ES:TS:2018:3882

ID CENDOJ: 28079119912018100034

PONENTE: EXCMO. SR. DON JOSÉ ANTONIO SEIJAS QUINTANA

Asunto: El Código civil prevé que quien percibe una pensión compensatoria como resultado de una crisis matrimonial, la pierda si contrae matrimonio o comienza a convivir maritalmente con otra persona (art. 101). Pero nada dice de qué ha de suceder con la vivienda familiar, propiedad de quien no la habita (o copropiedad de los excónyuges) porque el uso de la misma fue atribuido «a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden» (art. 96, p^o 1^o), si entra un tercero a convivir maritalmente con el custodio. La sentencia entiende que deja de haber vivienda familiar, o lo que es lo mismo, que la vivienda deja de tener limitaciones a la facultad de disponer. Su dueño no poseedor la podrá vender o, en caso de comunidad, interesar la extinción de la misma.

Sumario: **1. Resumen de los hechos. 2. Solución dada en primera instancia. 3. Solución dada en apelación. 4. Los motivos de casación alegados. 5. Doctrina del Tribunal Supremo:** 5.1. Las distintas respuestas de la jurisprudencia menor. 5.2 La doctrina de la Sala: la vivienda deja de ser vivienda familiar por la llegada de un nuevo morador que forma pareja, matrimonial o no, con el custodio. 5.3. Las contradicciones del art. 96 C.civ. y su deseable reforma. 5.4. Conclusión. Una sentencia justa, pero no jurídica. **6. Bibliografía.**

1. Resumen de los hechos

El ex marido solicitaba en su demanda que se declarase la extinción del derecho de uso de la vivienda que venía constituyendo el domicilio familiar de los hijos y la madre de éstos, y que pudieran entonces las partes proceder a la venta de la misma o a su adjudicación a uno de ellos con el consiguiente abono al otro del importe correspondiente. Alternativamente, y para el caso de que no se estimara esta pretensión principal, se solicitaba la disminución de la pensión de alimentos que el padre satisfacía.

La demandada opuso interesando la desestimación íntegra de la demanda, con expresa condena en costas al demandante; subsidiariamente, para el supuesto de que se acreditase un incremento sustancial en los ingresos del padre y/o llegara a limitarse el derecho de uso y disfrute de la vivienda familiar otorgado a la madre y a los hijos, procedería el incremento de la pensión de alimentos de los menores de cara a sufragar los gastos que supondrían el alquiler de una vivienda para ellos, obligación inherente que también incumbe al progenitor no custodio.

2. Solución dada en primera instancia

El Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Valladolid, dictó sentencia de fecha 17 de abril de 2017, en la que se estimaba parcialmente la demanda de modificación de medidas: Se mantenía el carácter de vivienda familiar, aunque se acordaba también una bajada de la pensión de alimentos, de 500 euros mensuales a 400. No hubo imposición de costas.

3. Solución dada en apelación

En la sentencia dictada por la Sección 1ª Valladolid de 15 de enero 2018 se viene a estimar el recurso de apelación interpuesto por el demandante, revocándola al declarar extinguido el derecho de uso de la vivienda en el momento en que se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales. La sentencia dejó sin efecto la reducción de la pensión de alimentos. Tampoco hubo imposición de las costas de esta alzada.

Se vino a entender que *«la vivienda litigiosa, antes del hecho de la entrada en la vida de la esposa de su nueva pareja, podía seguirse considerando como vivienda familiar en cuanto servía a un determinado grupo familiar aunque desmembrado y desintegrado tras la crisis matrimonial. Pero precisamente por la entrada de una tercera persona en el ámbito sentimental de la esposa y materialmente en la que fue vivienda familiar, hace perder a la vivienda su antigua naturaleza de vivienda familiar por servir en su uso a una familia distinta y diferente»*. Desaparecida la primitiva familia, la vivienda pierde la consideración de vivienda familiar, pues ya no lo es una vivienda que no sirve a los fines del matrimonio.

4. Los motivos de casación alegados

Resulta curioso: fue el Ministerio Fiscal y no la ex esposa quien interpuso recurso de casación, entendiendo que la sentencia recurrida vulneraba el interés del menor: es éste el que debe prevalecer, y no el interés patrimonial de los progenitores. Los hijos menores deben conservar su derecho a lo que era y sigue siendo la vivienda familiar. La madre parece que se conformaba con una sentencia que, a la larga, la obligaba a abandonar la morada familiar, y que también suponía que por lo menos se mantenían las pensiones de alimentos inicialmente establecidas.

5. Doctrina del Tribunal Supremo

El Código civil prevé que quien percibe una pensión compensatoria como resultado de una crisis matrimonial, la pierda si contrae matrimonio o comienza a convivir maritalmente con otra persona (art. 101), pero nada dice sobre el efecto que la nueva relación haya de tener sobre la vivienda familiar. Como se lee en la SAP de Asturias de 20 de febrero de 2009, *«las necesidades de la menor se mantienen en la misma medida en que estaban presentes en el momento en que se produjo la ruptura de la convivencia, y en tal sentido debe considerarse que una cosa es la efectividad de la presencia de otra persona con la que alguno de los miembros del matrimonio separado o disuelto sostenga una nueva relación matrimonial o estable de convivencia, en cuanto a la pensión compensatoria, que se extingue (art. 101 CC), y otra la de tal situación en relación con la vivienda, puesto que en ninguno de los preceptos del Código Civil ni de la Ley de Enjuiciamiento Civil se sienta consecuencia de clase alguna. Dicho en otros términos, la ley no prevé que esta situación determine la posible privación del derecho de uso de la vivienda a los hijos que lo tengan concedido por resolución judicial anterior»*.

No hace falta argumentar mucho la situación litigiosa ni las posibles soluciones, que, por mucho que diga el Tribunal Supremo, nunca van a significar una verdadera *armonización* de los intereses en conflicto. Aquí no hay término

medio: o la madre y los niños se buscan otra casa y se van con el recién llegado a vivir a otro lugar, o se quedan en ella ante la mirada del padre estupefacto. La situación de partida la ha resumido con crudeza González del Pozo (pg. 5): «se presentan en la realidad casos, ciertamente escandalosos e intolerables, en que el cónyuge, propietario exclusivo de la totalidad o de una parte de la vivienda familiar, tras abandonarla por haberse atribuido su uso a sus hijos menores y al otro cónyuge, ha de soportar estoicamente situaciones, ciertamente afrentosas y hasta humillantes, como la convivencia marital sobrevinida en el otrora domicilio conyugal de su ex mujer o ex marido con una tercera persona, a veces causante de la ruptura, que pasa así a disponer, “gratis et amore” de alojamiento en la vivienda mientras su propietario o copropietario, que seguramente debe seguir abonando la cuota de amortización de la hipoteca de la vivienda y otros gastos e impuestos que gravan el dominio de la misma, se ve obligado a vivir en una vivienda alquilada o, peor aún, en una vivienda compartida con terceros desconocidos, o en una habitación subarrendada, o, en último extremo, a recurrir al auxilio de sus padres o a la solidaridad de amigos para tener un techo en que cobijarse».

De hecho, el nuevo matrimonio del custodio o la nueva convivencia marital es causa de extinción del uso en el Código civil italiano (art. 337 *sexies*, p^o 1^o) o en el de Cataluña (eso sí, siempre que el uso hubiera sido atribuido con carácter temporal por razón de la necesidad del cónyuge: art. 233-24.2 Código civil de Cataluña). Seguramente sea difícil encontrar una sola persona a quien la situación no le resulte intolerable. Pero no es ésa la cuestión. La pregunta es si, a la vista de la normativa vigente, existen o no argumentos para defender que la vivienda pierde la condición de familiar. Entre los autores, Ordás Alonso (2018, pgs. 541 y ss., y ya en relación con esta concreta sentencia, 2019) se decide por la solución de que la vivienda deje de ser vivienda familiar. La primera autora citada ve en la STS de 20 de noviembre de 2018 «un halo de esperanza». A mi juicio con un criterio más defendible porque se atiene a lo que dice la ley, Cuenca Casas entiende lo contrario (2016, pg. 453), por más que reconozca que la sentencia objeto de comentario es completamente justa.

5.1. Las distintas respuestas de la jurisprudencia menor

No ha habido pocas respuestas de las Audiencias Provinciales que deciden que la vivienda deja de ser vivienda familiar. Por ejemplo, la SAP de Almería de 19 de marzo de 2007 dice que «si la evolución de los acontecimientos ha venido a trastocar semejante estado de cosas, introduciendo en escena a una tercera persona con quien Doña T. ha iniciado una relación sentimental estable, hasta el punto de hacer con él vida marital en el mencionado piso (...), resulta innegable que se ha producido una esencial modificación de las circunstancias que en su momento fueron tomadas en cuenta (pues), de no entenderlo así, habría que admitir como lógico lo que a todas luces nos parece inadmisibles por absurdo, esto es, que de la vivienda que constituyó el domicilio familiar,

común y ganancial asignada a una esposa separada y al hijo de su matrimonio para la protección de su más favorable interés, pueda beneficiarse un tercero ajeno al matrimonio, sin posibilidad alguna de acción por parte del marido, cotitular de la vivienda». Es decir, que «si el cónyuge a quien se atribuye el disfrute de una vivienda ganancial desea fundar con tercera persona una familia, o unirse establemente a ella, lo oportuno es que (...) forme nuevo hogar renunciando al privilegio del que, en atención a su anterior situación, venía disfrutando». La vivienda familiar –dice la SAP de Valencia 9 de mayo de 2011 «ha pasado a ser también vivienda familiar de su nueva familia [la que se forma con la llegada del nuevo conviviente], perdiendo así, en parte, su antiguo carácter de vivienda familiar». La misma Audiencia Provincial declara en sentencia de 18 de julio de 2012 que lo que el legislador pretende en el art. 96 C.civ. no es necesariamente que se atribuya el uso al menor en defecto de pacto, sino que el menor tenga perfectamente asegurada *una* vivienda digna.

Por el contrario, hay sentencias que no encuentran ningún apoyo legal en el art. 96 para que la vivienda familiar pierda su condición. Así sucede en la SAP de Pamplona de 4 de abril de 2007, que considera necesario explicar algo que no hacía ninguna falta: para la madre titular de la custodia, ese uso no abarca la integridad de facultades dominicales propias del *ius utendi*, sino tan solo la utilización material de la vivienda, sin que ello traiga consigo posibilidad alguna de realizar el resto de las facultades jurídicas dominicales, como sería la cesión onerosa por medio de un arrendamiento. Lo que importa es que el sacrificio económico del propietario no titular (i.e., no poder disponer de la misma) se asienta sobre el interés de que el subgrupo familiar surgido tras la crisis matrimonial ha de tener un reducto que sirva a la satisfacción de sus necesidades primarias (descanso, aseo, alimentación, vestido, etc.) y protección de su intimidad. Y si al hijo de los divorciados como titular inmediato de ese interés y a la madre del mismo como titular mediata se suma quien después entra a convivir maritalmente con ella y el hijo común a la nueva pareja, nada cambia en relación con el interés inicialmente protegido, sin que quepa aducir consideraciones de abuso del derecho o de enriquecimiento injusto. Es «humanamente comprensible» según la SAP de Madrid de 5 de mayo de 2011 la queja del titular de la vivienda, pues «se centra en un sentimiento de injusticia por la utilización de dicha vivienda por un tercero que no paga nada por ello y que además tiene una vivienda en propiedad». Pero la queja es «jurídicamente inatendible». La SAP de Murcia de 21 de junio de 1999 tampoco considera que la entrada del nuevo conviviente suponga un «motivo de entidad legal a efectos revocatorios», pues si el interés que se trata de proteger es el del menor que está bajo la guarda y custodia de la madre, no existe causa justificada para verse obligado al abandono de la vivienda familiar. Y añade un argumento la SAP de Castellón de 29 de julio de 2004, que destaca igualmente el dato de que la atribución del uso de la vivienda es la existencia de menores bajo la custodia de su madre, pero que añade que decir lo contrario supondría en la práctica una restricción del derecho a su desarrollo personal. En línea

parecida se decide la cuestión por las SSAP de Barcelona de 3 de marzo de 2003 o de Vizcaya de 5 de octubre de 2014. La primera, que aplica el art. 83.2.a del Código de Familia catalán entonces vigente dice además que la limitación de la propiedad es importante para el ex marido no usuario de la vivienda, pero que, al fin y al cabo, el art. 348 C.civ. establece que la propiedad consiste en la facultad de gozar y disponer de las cosas, «pero con las limitaciones establecidas por las leyes, entre las cuales se encuentra la muy importante que ahora examinamos».

Y no faltan casos en los que el litigio discurre por otros derroteros, a saber, efectuando una rebaja de las pensiones de alimentos, que era, por cierto, el objeto de la pretensión alternativa en el caso presente. Es el caso de la STS de 19 de enero de 2017. Y hasta ha habido resoluciones como la del AAP de Madrid de 17 de mayo de 1999, en la que se decide resolver el problema admitiendo que nos hallamos ante una vivienda que sigue siendo familiar, pero que las únicas personas autorizadas para la ocupación de la vivienda son los hijos menores y la madre, y no «terceras personas, ajenas al procedimiento matrimonial, excluyendo que estas últimas pudieran permanecer en el inmueble de forma habitual y permanente, valorándose al efecto, de modo especial, que dicho bien era de carácter privativo del esposo». Se me antoja difícil que para cumplir con la prohibición de que en la casa entre «un tercero» a vivir, tenga que colocarse a «un cuarto» que, a modo de gendarme, se ocupe de gestionar la *señal de prohibido el paso*...

5.2. *La doctrina de la Sala: la vivienda deja de ser vivienda familiar por la llegada de un nuevo morador que forma pareja, matrimonial o no, con el custodio*

Según la sentencia objeto de este comentario, hay que partir de una elemental exigencia: «no se niega que al amparo del derecho a la libertad personal y al libre desarrollo de la personalidad se puedan establecer nuevas relaciones de pareja con quien se estime conveniente», pero el problema está en que ese derecho al libre desarrollo de la personalidad «se utilice en perjuicio de otros, en este caso del progenitor no custodio». Y por ello, se concluye que «la introducción de un tercero en la vivienda en manifiesta relación estable de pareja con la progenitora que se benefició del uso por habersele asignado la custodia de los hijos (...) cambia el estatus del domicilio familiar».

Es curioso que diga la sentencia que esta idea no pierde «de vista ese interés de los hijos, que es el que sirvió de título de atribución del uso, al amparo del artículo 96 del Código Civil». Pero el resultado es el que es: como no se pierde de vista ni a los niños ni a sus derechos, el progenitor no custodio dueño de la vivienda ya puede venderla sin que ello tenga que preocupar al comprador, que es tanto como decir que los derechos de los menores se respetarán igual de bien cambiando de barrio o de ciudad. Y se cita la STS de 1 de abril de 2011 para afirmar que el interés prevalente del menor «es la suma de distintos factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales

de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura (...) sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del niño», y que entonces ese «interés prevalente» se consigue tanto con la solución «de mantenerlos en el mismo ambiente que proporciona la vivienda familiar, sino también con una respuesta adecuada de sus padres a los problemas económicos que resultan de la separación o del divorcio, para hacer frente tanto a los gastos que comporta una doble ubicación de los progenitores, como a los alimentos presentes y futuros», o lo que es lo mismo, con una vivienda alternativa. Eso sí, siempre «que la vivienda alternativa sea idónea para satisfacer el interés prevalente del menor».

«El derecho de uso de la vivienda familiar existe y deja de existir en función de las circunstancias que concurren en el caso. Se confiere y se mantiene en tanto que conserve este carácter familiar. La vivienda sobre la que se establece el uso no es otra que aquella en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia. En el presente caso, este carácter ha desaparecido, no porque la madre e hijos hayan dejado de vivir en ella, sino por la entrada de un tercero, dejando de servir a los fines del matrimonio. La introducción de una tercera persona hace perder a la vivienda su antigua naturaleza por servir en su uso a una familia distinta y diferente».

No cabe entonces «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». Resulta llamativo que el Alto Tribunal haga esta afirmación, pues hasta donde yo alcanzo a entender, «los fines que determinaron la atribución del uso en el momento de la ruptura matrimonial» siguen bien patentes: allí estaban viviendo los menores con sus padres; con el divorcio venían viviendo con su madre, y la novedad está solo en que ésta ahora se encuentra *acompañada*. No cambia la situación, miradas las cosas desde la perspectiva del autor de la norma. Igual situación habría si quien entra a convivir es un hermano de la madre o el abuelo de los niños. Reorganizar las economías es la solución que cabe mientras el art. 96 C.civ diga lo que dice. Otra cosa es que lo que dice no tenga ninguna lógica.

Y lo que alcanza unas cotas próximas a la ironía es que la sentencia diga ya que el interés del menor es «prevalente», continúe diciendo que «no puede desvincularse absolutamente del de sus padres, cuando es posible conciliarlos», y remate «conciliándolos» a través de una invitación a que los moradores hagan todos maletas. Y todo porque «la misma decisión adoptada en su día por los progenitores para poner fin al matrimonio, la deben tener ahora para actuar en beneficio e interés de sus hijos respecto de la vivienda».

5.3. Las contradicciones del art. 96 C.civ. y su deseable reforma

«El *recochineo* como causa de desafectación de la vivienda familiar». Estuve tentado de titular así el presente comentario pero al final preferí un título más

neutro y, acaso, más sensato para una publicación que no es periodística sino académica. Y es que la sensación que me ha producido la STS de 20 noviembre 2018 me ha recordado a aquello de *hacer derecho, pero con renglones torcidos*, y la cita de Torcuato Luca de Tena es más real que metafórica.

Tengo claro que el art. 96 C.civ. adolece de unas contradicciones realmente curiosas, y entre ellas hay una que viene al caso: si existe acuerdo entre los protagonistas de la crisis matrimonial, el destino que haya de tener la vivienda familiar solamente se nutrirá del acuerdo. Para nada cuentan los niños, su bienestar, su entorno, sus gustos o disgustos, su cercano colegio, sus actividades extraescolares ni quiénes son sus amiguitos y dónde viven. En el primer párrafo del precepto no existe el socorrido interés superior del menor. Pero si no hay acuerdo, la ley concede el uso de la vivienda «a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden». Automáticamente. Nada importa que la casa sea propiedad exclusiva del no custodio, o que sea un bien hasta ahora ganancial, o sea un supuesto de comunidad pro indiviso. El interés superior del menor es el que decide que la vivienda no se pueda vender y que permanezca fuera del mercado mientras haya hijos menores (o mayores pero alimentistas). Pero, eso sí, como la madre que convive con los hijos menores se case o conviva maritalmente con un tercero –excuse el lector que use solamente el ejemplo unidireccional, para que sea él quien cambie los sexos si le parece bien–, 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*: una casa que solamente le suponía gastos de hipoteca, de comunidad, de IBI, etc., ya puede venderse o incluso podrá él regresar a esa que un día fuera su casa de soltero y lo siguió siendo mientras el matrimonio duró... Y todo porque, sin contar con lo dispuesto por la ley, el Tribunal Supremo entiende (con toda justicia, eso sí), que la entrada en casa del nuevo morador significa que «no existe continuidad del mismo subgrupo familiar nacido tras la ruptura» (Cabezuelo Arenas, 2019, pg. 402).

Estaría ya bien llegado el momento de que el art. 96 se derogase, y se diera entrada a fórmulas menos automáticas y hasta más imaginativas, como por ejemplo, la del art. 285-1 del Código civil francés: «Si el local que sirve de vivienda familiar pertenece en propio o personalmente a uno de los cónyuges, el juez podrá atribuirlo en alquiler al cónyuge que ejerza sólo o de forma conjunta la patria potestad de uno o de varios de los hijos cuando estos tuvieran su residencia habitual en dicha vivienda y su interés así lo exigiese. El Juez fijará la duración del arrendamiento y podrá renovarlo hasta la mayoría de edad del hijo más joven. En todos los casos, el Juez podrá rescindir el arrendamiento si las nuevas circunstancias lo justificaran». Una idea que también se encuentra presente en el Código portugués (art. 1793).

5.4. *Conclusión. Una sentencia justa, pero no jurídica*

Ciertamente, la solución de la sentencia es justa, pues no creo que pueda nadie imaginarse el tamaño de la indignación y el escándalo que denuncia,

por ejemplo, Cuenca Casas (2016, pg. 453), por más que no comparta tampoco la solución de esta sentencia, en términos de pura legalidad. Una indignación en que se halla el dueño de la vivienda cuando ve que es otro quien puede poseer y disfrutar de la casa de aquél y de su jardín y de su barbacoa mientras él continúa siendo un propietario sin posesión ni poder de disposición, y que a lo mejor tiene que vivir en un pequeño piso de protección oficial. Pero, a mi juicio, es ese escándalo el que tenemos en el art. 96, pº 2º C.civ., y si la ley es escandalosa, lo que hay que hacer es modificarla, pero no dejarla de aplicar con subterfugios que están más dirigidos al corazón que a la razón. Y como no se cambiará es si los llamados a aplicarla prefieren convertir la equidad en fuente del Derecho.

Dijo la STS de 1 de abril de 2011 que «*el art. 96 CC establece que en defecto de acuerdo, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Esta es una regla taxativa, que no permite interpretaciones limitadoras (...), 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 la pareja. Una interpretación correctora de esta norma implicaría la vulneración de estos derechos, que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español*». Pues bien, la sentencia objeto del presente comentario abre una brecha en un precepto absurdo donde los haya, aunque hay quien la quiera ver como un auténtico «halo de esperanza» (Ordás Alonso, 2019). Pero es que otras brechas ya se habían abierto en casos como aquellos en que la madre custodia dispone ya de otra vivienda adecuada a las necesidades de los hijos (SSTS de 29 de marzo de 2011, 5 de noviembre de 2012, 16 de enero de 2015, 22 de julio de 2015 o 3 de mayo de 2016), y máxime cuando la vivienda afectada pertenezca a los abuelos paternos (STS de 10 de octubre de 2011 y 15 de julio de 2015; abuelos –dice la STS de 17 de octubre de 2017–, que en caso de posesión inicialmente tolerada, constante matrimonio, bien podrían ahora instar un desahucio por precario, lo que comportaría que la aplicación del precepto no sería muy beneficioso para el menor...), o cuando se encuentre integrada en una explotación económica y el que no termine la afectación familiar sería entonces perjudicial (STS de 17 de junio de 2013). ¿Cuántas razonables brechas más hay que hacer en el artículo para que el legislador caiga en la cuenta de que ya es hora de derogararlo y de sustituirlo por otro moderadamente sensato?

6. Bibliografía

- Cabezuelo Arenas, “Extinción de la atribución del uso de la vivienda familiar tras el divorcio por convivencia extramatrimonial con un tercero”, en *Revista de Derecho Patrimonial*, nº 21, 2008, pg. 315.
- Cabezuelo Arenas, “Desafectación del inmueble y extinción del uso por convivencia de la madre guardadora con su nueva pareja. Creación de una familia distinta a la que justificó el reconocimiento del uso. Compaginación del in-