

LOS EFECTOS DERIVADOS DE LAS CRISIS CONYUGALES: UN  
ESTUDIO DE LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA SOBRE LA MATERIA

*THE CONSEQUENCES OF MARITAL CRISES: A STUDY OF  
SPANISH JURISPRUDENCE ON THE MATTER*

*Rev. boliv. de derecho n° 17, enero 2014, ISSN: 2070-8157, pp.148-169*



José Ramón  
DE VERDAY  
BEAMONTE

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 25 de junio de 2013

**ARTÍCULO APROBADO:** 10 de agosto de 2013

**RESUMEN:** El presente trabajo es un estudio práctico acerca de cómo la jurisprudencia española aplica las normas que establecen las consecuencias derivadas de las crisis conyugales, en caso de nulidad, separación o divorcio, flexibilizando o actualizando muchas de las soluciones establecidas en aquéllas. Se presta particular atención a la pensión compensatoria y a la atribución del uso de la vivienda familiar.

**PALABRAS CLAVE:** Divorcio, pensión compensatoria, vivienda familiar, relaciones paterno-filiales.

**ABSTRACT:** This paper is a case study about how the Spanish courts apply the rules that establish the consequences of marital crises, in case of annulment, separation or divorce, adapting or updating many of the solutions set out in those. Particular attention is paid to alimony and assignment of the use of the family home.

**KEY WORDS:** Divorce, alimony, family home, parent-child relationships.

**SUMARIO:** I. Consideraciones preliminares.- II. Causas de separación y divorcio.- III. Clases de separación o divorcio.- IV. Efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio.- 1. Efectos producidos por ministerio de la Ley.- 2. Efectos producidos como consecuencia de una resolución judicial (medidas provisionales y definitivas).- V. Relaciones paterno-filiales.- 1. Titularidad y ejercicio de la patria potestad.- 2. La custodia de los hijos.- 3. El régimen de visitas, comunicación y estancia en favor del progenitor no custodio.- 4. La prestación de alimentos.- VI. El régimen económico matrimonial.- VII. La compensación por desequilibrio.- 1. Requisitos para su concesión.- 2. Carácter temporal o vitalicio.- 3. Extinción.- VIII. La atribución del uso de la vivienda familiar.- 1. Régimen de Derecho común.- 2. La atribución del uso de la vivienda familiar, concurriendo hijos menores de edad.- A) La regla general de atribución.- B) La temporalidad de la atribución.- C) La posibilidad de ocupar otra vivienda como residencia familiar.- D) La compensación por la pérdida del uso de la vivienda.

---

## I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

Las crisis matrimoniales pueden ser resueltas jurídicamente a través de tres cauces: la nulidad, la separación y el divorcio.

a) La nulidad, según se explicó en el tema correspondiente, es una sanción jurídica ante un matrimonio que tiene su origen en un acto imperfecto (en el que concurren alguna de las causas previstas en el art. 73 CC) y, que, una vez constatada judicialmente, da lugar a la declaración de invalidez del matrimonio, que, por lo tanto, nunca habrá existido, ni desplegado propiamente sus efectos jurídicos típicos (dejando a salvo lo ya dicho al hablar del matrimonio putativo).

b) La separación no cuestiona la validez del matrimonio y, a diferencia del divorcio, tampoco lo disuelve, afectando, exclusivamente, a sus efectos, en particular, a la obligación de convivencia de los cónyuges, que queda suspendida. Así, a tenor del art. art. 83 CC, “La sentencia de separación produce la suspensión de la vida en común de los casados y cesa la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica” (exceptuándose, así, lo previsto en el art.

### • José Ramón de Verda y Beamonte

Es Catedrático de Derecho Civil en la Universidad de Valencia, en la que se graduó, obteniendo el Premio Extraordinario de Licenciatura. Doctor en Derecho por las Universidades de Bolonia y de Valencia, encontrándose en posesión del Premio Extraordinario de Doctorado de esta última. Ha escrito múltiples artículos y monografías. Ha centrado sus líneas de investigación en la persona, la familia y el contrato, materias en las que ha impartido conferencias en Universidades europeas y americanas. Ha coordinado diversas obras colectivas, como, por ejemplo, “Comentarios a las Reformas de Familia de 2005”, Thomson-Aranzadi, 2006; “Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica de 1/ 1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar a la propia imagen”, Thomson-Aranzadi, 2006; “El derecho a la propia imagen desde todos los puntos de vista”, Thomson-Aranzadi, 2011; o “Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares”, Thomson-Aranzadi, 2012.

1319.I CC)<sup>1</sup>. Igualmente, la separación judicial da lugar a la extinción automática de la sociedad de gananciales (art. 1392.3º CC)<sup>2</sup>.

c) El divorcio, al igual que la muerte o la declaración de fallecimiento, no se limita a suspender los efectos del matrimonio, sino que lo disuelve, desde el momento de la firmeza de la sentencia que lo declara, aunque no produce efectos frente a terceros de buena fe, sino a partir de la fecha de inscripción de la resolución judicial en el Registro Civil (arts. 85 y 89 CC). Es, pues, clara la diferencia del divorcio, no sólo con la separación, sino también con la nulidad: la sentencia firme de divorcio produce la extinción sobrevenida de un vínculo matrimonial válido, que habrá existido y producido sus efectos típicos hasta ese momento.

La sentencia firme de divorcio produce la extinción definitiva del matrimonio y la pérdida de la condición de cónyuge, por lo que la reconciliación posterior “no produce efectos legales, si bien los divorciados podrán contraer entre sí nuevo matrimonio” (art. 88.II CC). Por el contrario, dado que la sentencia de separación no disuelve el matrimonio, la reconciliación posterior de los cónyuges (que siguen estando casados) “deja sin efecto” sus consecuencias legales (recobra, pues, su vigencia la obligación de convivencia o la posibilidad de vincular bienes del otro en el ejercicio de la potestad doméstica), “pero ambos cónyuges separadamente deberán ponerlo en conocimiento del Juez que entienda o haya entendido en el litigio” (art. 84 CC).

## II. CAUSAS DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO.

La Ley 15/2005, de 8 de julio, ha reformado radicalmente las causas de separación y divorcio; y ello, en un doble sentido:

a) En primer lugar, las ha asimilado, con lo que ha privado a la separación de importancia práctica (si los motivos que permiten separarse o divorciarse son los mismos, los cónyuges que atraviesan una crisis matrimonial grave suelen acudir directamente al divorcio, sin pasar antes por una fase previa de separación judicial).

b) En segundo lugar, por aplicación del principio de libre desarrollo de la personalidad, ha establecido como una única causa de separación y divorcio la mera voluntad de ambos cónyuges o de uno solo de ellos de no querer seguir

---

1 En realidad, el efecto de cesación de la posibilidad de vincular bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica, se produce, por ministerio de la ley, salvo pacto en contrario, como consecuencia de la mera presentación de la demanda de separación, al igual que cuando se presenta una demanda de nulidad o de divorcio (art. 103.II CC).

2 No son éstas las únicas consecuencias jurídicas que produce la separación, pero dichas consecuencias sí son exclusivas de la separación judicial. Junto a ellas, existen otros efectos que no presuponen sentencia judicial y para los que basta una mera separación de hecho de los cónyuges, suficientemente probada, como son la cesación de la presunción de paternidad del marido (en los términos previstos en el art. 116 CC), la pérdida de los derechos legitimarios propios del cónyuge viudo (art. 834 CC) o la exclusión del llamamiento a la herencia del cónyuge premuerto, en defecto de descendientes y ascendientes, en la sucesión intestada del mismo (art. 945 CC).

conviviendo o de continuar causados (sin atribuir, pues, ninguna significación al posible incumplimiento de las obligaciones conyugales, ni exigir la acreditación de un período mínimo de cesación de la convivencia conyugal, como ocurría antes de la reforma). Ahora bien, si la separación o divorcio son solicitados por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro, la demanda sólo podrá interponerse pasados tres meses desde la celebración del matrimonio (salvo que medien malos tratos, en cuyo caso no será necesario esperar al transcurso de dicho plazo)<sup>3</sup>.

### III. CLASES DE SEPARACIÓN O DIVORCIO.

La separación o el divorcio pueden ser de mutuo acuerdo o contenciosos<sup>4</sup>.

a) Serán de mutuo acuerdo, cuando la demanda en que se solicitan sea presentada por ambos cónyuges o por uno de ellos, con el consentimiento del otro, en cuyo caso deberá acompañarse a la misma una propuesta de convenio regulador de los efectos de la separación o divorcio, la cual será aprobada por el Juez, salvo que sea dañosa para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges (arts. 81.1º, 86 y 90.II CC).

b) Por el contrario, serán contenciosos, cuando la demanda sea presentada por uno solo de los cónyuges, sin el consentimiento del otro<sup>5</sup>: en este caso, no se adjuntará, lógicamente, convenio regulador (que presupone el acuerdo de las partes), sino que el demandante presentará un "propuesta fundada" de las medidas que hayan de regular los efectos de la separación o divorcio (art. 82.2º y 86 CC), de la cual se dará traslado a la parte demandada para que pueda contestar a la mismas, decidiendo el Juez lo que proceda, de no existir acuerdo de los cónyuges (art. 90.III CC)<sup>6</sup>.

- 3 Así, según resulta de los arts. 81 y 86 CC, se decretará judicialmente la separación o el divorcio:  
1º) "A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio".  
2º) "A petición de uno solo de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. No será preciso el transcurso de este plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio".
- 4 La acción de separación o divorcio es personal de los cónyuges: son ellos quienes deberán interponer la demanda. En coherencia con esta idea, el art. 88 CC precisa que "La acción de divorcio se extingue por la muerte de cualquiera de los cónyuges". Ahora bien, la jurisprudencia ha admitido que en casos excepcionales la demanda de separación o divorcio puede ser interpuesta por el representante legal de un cónyuge incapacitado en nombre de éste, cuando no pueda hacerlo por sí mismo y, así convenga para la defensa de sus intereses, por exigencia del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Véase en este sentido STC 311/2000, de 18 de diciembre (Tol 81.734), y STS (Pleno) 21 septiembre 2011 (Tol 2.248.621).
- 5 Véase a este respecto art. 774 LEC.
- 6 A tenor del art. 90 CC, dicho convenio regulador "deberá contener, al menos, los siguientes extremos: A) El cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos. B) Si se considera necesario, el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, teniendo en cuenta, siempre, el interés de aquéllos. C) La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar. D) La contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso. E) La liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio. F) La pensión que conforme al artículo 97 correspondiere satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges".

## IV. EFECTOS COMUNES A LA NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Más allá de sus efectos específicos, la separación y el divorcio producen una serie de efectos comunes, regulados en los arts. 90 y ss. CC.

Dichos preceptos son también aplicables a la nulidad, con la salvedad de lo dispuesto en los arts. 97 y concordantes CC sobre la pensión compensatoria, que sólo se refieren a la separación y al divorcio, pues la nulidad, en su caso, dará lugar a la indemnización prevista en el art. 98 CC.

Estos efectos comunes se producen, bien por ministerio de la ley, bien como consecuencia de una resolución judicial, que puede recaer en distintas fases del procedimiento.

### 1. Efectos producidos por ministerio de la Ley.

Hay un tipo de efectos que se producen automáticamente, esto es, por ministerio de la ley (sin necesidad de que las partes lo soliciten y de que una resolución judicial lo establezca), como consecuencia de la mera presentación de una demanda de nulidad, separación o divorcio.

Dichos efectos, establecidos en el art. 102 CC, son los siguientes:

1º. Los cónyuges podrán vivir separados y cesa la presunción de convivencia conyugal.

2º. Quedan revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro<sup>7</sup>.

Asimismo, salvo pacto en contrario, cesa la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica<sup>8</sup>.

### 2. Efectos producidos como consecuencia de una resolución judicial (medidas provisionales y definitivas)

Otros efectos requieren una resolución judicial que los establezca; por ello, se denominan “medidas judiciales”, las cuales pueden ser “provisionales” o “definitivas”, según que se acuerden al inicio del procedimiento o, por el contrario, en la sentencia que ponga fin al mismo.

7 El art. 106.11 CC precisa que dicha revocación es definitiva, manteniéndose tras la sentencia firme que ponga fin al juicio de nulidad, separación o divorcio.

8 “A estos efectos —continúa diciendo el precepto, cualquiera de las partes podrá instar la oportuna anotación en el Registro Civil y, en su caso, en los de la Propiedad y Mercantil”.

La necesidad de establecer “medidas provisionales” se justifica, porque hay temas de tal importancia, que han de ser resueltos cautelarmente mientras se tramita el juicio, sin poder esperar a la sentencia firme de nulidad separación o divorcio, con el que el mismo concluya. Entre otras cosas, habrá que decidir con qué progenitor se quedan los hijos menores de edad, el régimen de visitas del progenitor no custodio, quién continúa en el uso de la vivienda familiar o la contribución de cada uno de los cónyuges a la cargas del matrimonio.

Conforme al art. 103 CC, el Juez, tras admitir la demanda, decidirá sobre estos puntos (así como sobre otros contemplados en el precepto), teniendo en cuenta los acuerdos de las partes y, en caso de no existir dichos acuerdos o de no aprobarlos, previa audiencia de las mismas. Estas “medidas provisionales” podrán ser confirmadas o modificadas por las “definitivas”, esto es, por las establecidas en la sentencia firme con la que concluya el procedimiento (art. 106.I CC)<sup>9</sup>.

Según resulta del art. 90.II CC, el juez, al dictar las “medidas definitivas”, debe, en principio, respetar lo que las partes hayan pactado en el convenio regulador (en la separación o divorcio de mutuo acuerdo) o, si no lo hay (en la separación o divorcio contenciosos), los acuerdos que presenten en la vista del juicio<sup>10</sup>. No obstante, el juego del principio de autonomía privada en la materia no es absoluto, ya que el juez podrá rechazar, mediante resolución motivada, los acuerdos “dañosos” para los hijos o “gravemente perjudiciales” para uno de los cónyuges, en cuyo caso, éstos deberán presentar nueva propuesta para su aprobación judicial, si procede; en caso contrario, será el juez quien dicte las medidas que estime convenientes, teniendo siempre en cuenta el interés superior del menor.

“Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo, o las convenidas por los cónyuges, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio cuando se alteren sustancialmente las circunstancias” (art. 90.III CC).

Pasaremos, a continuación al estudio las “medidas definitivas”, en atención al posible contenido de las mismas.

9 Además de las “medidas provisionales” existen las llamadas “provisionalísimas”, cuyo contenido coincide con el de aquéllas, pero que pueden ser solicitadas antes de iniciarse el juicio por el cónyuge que se proponga demandar la nulidad, separación o divorcio, las cuales, sin embargo, “sólo subsistirán si, dentro de los treinta días siguientes a contar desde que fueron inicialmente adoptadas, se presenta la demanda ante el Juez o Tribunal competente” (art. 104 CC).

10 Véase en este sentido art. 774.I LEC. El precepto, aunque lo presupone, no dice que dichos acuerdos deban producirse, precisamente, en el curso del procedimiento, por lo que, aunque sea discutido, parece que no habría por qué negar validez y eficacia a los que sean anteriores al mismo, incluso, a los prenupciales. Ahora bien, tendrían que ser aprobados por el juez, quien, por aplicación analógica del art. 90.II CC, podría negarse a ello, si fueran dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges.

## V. RELACIONES PATERNO-FILIALES

En el ámbito de las relaciones paterno-filiales, el art. 92.I CC establece el principio, según el cual “La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos”.

De este principio se extraen una serie de consecuencias, en relación con diversas materias.

### I. Titularidad y ejercicio de la patria potestad

Respecto a la patria potestad, hay que distinguir entre la titularidad y el ejercicio de la misma.

a) Como regla general, ambos progenitores conservan la titularidad de la patria potestad sobre sus hijos menores de edad.

No obstante, el juez “acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello” (art. 92.3 CC), la cual consistirá en el incumplimiento grave de los deberes inherentes a la misma (art. 170.I CC).

Si se priva de la patria potestad a uno solo de los progenitores, la titularidad de la misma recaerá, exclusivamente, en el otro; si, por el contrario, la privación afecta a los dos progenitores, habrá que constituir una tutela (art. 222.I CC).

b) Por el contrario, respecto del ejercicio de la patria potestad, se establece una regla general distinta, presuponiendo que los progenitores viven separados y que los hijos conviven con uno de ellos.

El art. 156.V CC dispone, así, en su inciso primero, que “Si los padres viven separados la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva”<sup>11</sup>.

“Sin embargo añade el precepto, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio”<sup>12</sup>.

---

11 Desde mi punto de vista, se trata de una previsión discutible, porque el hecho de que los padres para privar al otro del ejercicio de la patria potestad. De hecho, esta previsión es la que lleva a muchos progenitores a pedir una guarda o custodia compartida, que, en muchos casos, es difícil de llevar a cabo y que, posiblemente, no se pediría, si se diera al progenitor no custodio una participación activa en la adopción de las decisiones que afectan a los hijos comunes y se estableciera un régimen de visitas amplio y flexible.

12 Así mismo, a tenor del art 93.4 CC, “Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente” por uno de ellos, lo que sucederá en el caso de existir desacuerdos reiterados que entorpezcan gravemente su funcionamiento (art. 156.II CC) o en los supuestos de ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los cónyuges (art. 156.IV CC).



## 2. La custodia de los hijos

Dado que, normalmente, tras la nulidad, separación o divorcio los progenitores dejarán de vivir juntos, es necesario decidir con quién permanecerán los hijos, teniendo en cuenta el principio de protección del interés superior del menor<sup>13</sup>.

Tradicionalmente, se ha considerado conveniente para los menores que éstos convivan con uno solo de los padres. De hecho, esta es la idea que subyace en nuestro Derecho común, en el que la custodia compartida, si bien es contemplada en el art. 94 CC<sup>14</sup>, sin embargo, no constituye la regla general, a no ser que exista acuerdo de ambos progenitores para establecerla.<sup>15</sup>

a) En efecto, el art. 94.5 CC dispone que, “Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento”<sup>16</sup>.

b) De no existir acuerdo de ambos progenitores en favor de la custodia compartida, ésta tendrá un claro carácter excepcional. No podrá ser establecida de

13 Véase a este respecto STC 185/2012, de 17 de octubre (Tol 2.675.044).

14 En la redacción dada al precepto por la Ley 15/2005, de 8 de julio.

15 El art. 4.1 y 2 de la Ley Valenciana 5/2011, de 1 de abril, establece, sin embargo, que, en defecto de acuerdo de los cónyuges, el Juez establecerá, como regla general, el régimen de “convivencia compartida”. Por lo tanto, en Valencia, al igual que sucede en otras regiones que, como Aragón o Navarra, se apartan de la solución prevista en el art. 94 CC, la custodia compartida tiene carácter general, y no, excepcional.

En cualquier caso, hay que tener en cuenta que, conforme al art. 5.3 de la Ley 5/2011, el Juez, antes de fijar el régimen de convivencia, “a la vista de la propuesta de pacto de convivencia familiar” que cada uno de los progenitores deberá presentar, “tendrá en cuenta los siguientes factores: 1. La edad de los hijos e hijas. En los casos de menores lactantes, se podrá establecer un régimen de convivencia provisional, de menor extensión, acorde con las necesidades del niño o de la niña, que deberá ser progresivamente ampliado a instancia de cualquiera de los progenitores. 2. La opinión de los hijos e hijas menores, cuando tuvieran la madurez suficiente y, en todo caso, cuando hayan cumplido 12 años. 3. La dedicación pasada a la familia, el tiempo dedicado a la crianza y educación de los hijos e hijas menores y la capacidad de cada progenitor. 4. Los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan. 5. Los supuestos de especial arraigo social, escolar o familiar de los hijos e hijas menores. 6. Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los progenitores. 7. La disponibilidad de cada uno de ellos para mantener un trato directo con cada hijo o hija menor de edad. 8. Cualquier otra circunstancia relevante a estos efectos”.

La regla general es, pues, que, conforme al art. 5.2 de la Ley 5/2011, salvo que otra cosa haya acordado por los progenitores, el Juez atribuirá a ambos, “de manera compartida, el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores de edad, sin que sea obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos”, extremo, este último, importante, porque la razón más habitual para denegar la custodia compartida (antes de la entrada en vigor de la Ley) era, precisamente, la existencia de malas relaciones entre los padres, considerándose que dicha situación dificultaba extraordinariamente un régimen de este tipo.

16 No obstante existir un acuerdo de los progenitores en favor de la custodia compartida, el legislador establece una serie de cautelas en favor de los menores. Así, “En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda” (art. 94.6 CC). “No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica” (art. 94.7 CC).

oficio, sino que será necesario que la solicite, al menos, uno de los progenitores<sup>17</sup>; que se recabe informe del Ministerio Fiscal (aunque dicho informe no sea vinculante<sup>18</sup>) y que el Juez, al acordarla, fundamente “que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor” (art. 92.8 CC)<sup>19</sup>.

### 3. El régimen de visitas, comunicación y estancia en favor del progenitor no custodio.

En el caso de que no se acuerde la custodia compartida en favor de ambos progenitores, habrá que establecer un régimen de visitas en favor del no custodio y de estancia de los hijos en el domicilio de este último (que, por ejemplo, puede abarcar fines de semanas alternos o ciertos periodos de las vacaciones escolares).

A tenor del art. 94.I CC, “El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial”.

Se trata, aquí, fundamentalmente, de proteger el interés del menor; en este caso, a mantener sus vínculos afectivos con ambos progenitores. Ahora bien, el precepto, al igual que hace el art. 160.I CC, habla de “un derecho” del padre no custodio a relacionarse con sus hijos, derecho que también se establece en orden a la satisfacción de un interés legítimo propio. Es, por ello, que la conducta del progenitor custodio, tendente a obstaculizar injustificadamente las relaciones personales del no custodio con el hijo común, puede dar lugar a un daño moral indemnizable con apoyo en el art. 1902 CC<sup>20</sup>.

17 Así lo dice el art. 92.8 CC, que exige que el juez actúe “a instancia de una de las partes”, por lo que “la jurisdicción no puede alcanzar a imponer una medida que la ley califica de excepcional”, ni siquiera, a pesar de la existencia de informes psicológicos y de la opinión favorable del Ministerio Fiscal en favor de la guardia y custodia compartida. Véase en este sentido STS 19 abril 2012 (Tol 2.532.886), como también STS 29 abril 2013 (Tol 3.711.046).

18 La STC 185/2012, de 17 de octubre (Tol 2.675.044), declaró inconstitucional la exigencia, prevista en el art. 94.8 CC, de que el informe del Ministerio Fiscal fuera favorable a la custodia compartida, por ser contrario al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) y al art. 117.3 CE.

19 Del tenor del art. 93.8 CC resulta que la existencia de malas relaciones entre los padres, por sí solas, no excluye, necesariamente, la posibilidad de que el juez, a petición de una de las partes y con el informe favorable del Ministerio Fiscal, acordara la guardia y custodia compartida, cuando así lo exigiera el interés del menor. Así lo confirman las SSTS 22 julio 2011 (Tol 2.196.632) y 9 marzo 2012 (Tol 2.498.899), las cuales afirman que “las relaciones entre los cónyuges, por sí solas no son relevantes, ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Sólo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor”. Sin embargo, en la práctica, cuando existen malas relaciones entre los progenitores y una falta de comunicación entre ellos, no se suele conceder la guardia y custodia compartida, porque los informes psicológicos acostumbran a considerar que dichas circunstancias pueden obstaculizarla seriamente y perjudicar el interés superior del menor, sin que las sentencias que siguen dichos informes sean normalmente revocadas en casación, en las que se respeta la valoración de la prueba realizada en la instancia. Véase en este sentido, por ejemplo, SSTS 10 enero 2011 (Tol 3.436.850), 3 octubre 2011 (Tol 2.246.567) y 9 marzo 2012 (Tol 2.498.899).

20 Véase en este sentido STS 30 junio 2009 (Tol 1.570.770).

El art. 94.II CC se preocupa también de favorecer el mantenimiento de los vínculos afectivos entre abuelos y nietos, “teniendo siempre presente el interés del menor”<sup>21</sup>, aunque el establecimiento de un régimen de visitas y comunicación con los abuelos exige el consentimiento de estos últimos (no se les puede, pues, imponer contra su voluntad). El art. 160.II CC establece que “No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo con sus abuelos y otros parientes<sup>22</sup> y allegados”<sup>23</sup>.

Es doctrina jurisprudencial consolidada que la mera existencia de conflictos y desencuentros entre los padres y los abuelos no debe impedir las relaciones personales de estos últimos con sus nietos, los cuales, sin embargo, han de ser oídos antes de tomar una decisión; y ello, siempre que no se advierta que los abuelos ejercen una influencia negativa sobre el menor, suscitando en él sentimientos de animadversión hacia sus progenitores<sup>24</sup>.

#### 4. La prestación de alimentos.

Conforme al art.93 CC, el juez, “en todo caso”, deberá determinar “la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos”<sup>25</sup>, acomodando las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento”<sup>26</sup>. En el

21 Este párrafo fue introducido por la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del CC y de la LEC en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos.

22 La mención específica de los abuelos, realizada en el precepto, no es casual. La STS 28 junio 2004 (Tol 483.310) observa que “Los abuelos ocupan una situación respecto de los nietos de carácter singular”, precisando la STS 27 julio 2009 (Tol 1.594.293) que, “si la relación con los abuelos es siempre enriquecedora [...] no cabe desconocer el legítimo derecho de los abuelos a tener un estrecho contacto personal con quien les une una relación de parentesco tan próximo que justifica una relación de especial afecto”.

23 La STS 12 mayo 2011 (Tol 2.124.714) ha considerado “allegado” del menor en el sentido del art. 160.II CC, a la ex conviviente de una madre soltera que tuvo un niño acudiendo a la reproducción asistida. Ha confirmado la resolución recurrida, la cual había establecido un amplio régimen de relaciones personales entre la excompañera de la madre y el hijo de ésta, teniendo en cuenta los informes de los psicólogos.

24 Véase en este sentido SSTS 20 septiembre 2002 (Tol 225.538), 28 junio 2004 (Tol 483.310), 27 julio 2009 (Tol 1.594.293) y 20 octubre 2011 (Tol 2.261.508).

Se ha descartado que los síntomas de ansiedad y depresión que uno de los progenitores decía experimentar tras los encuentros del menor con sus abuelos sean “justa causa” para impedir las relaciones personales entre ellos. La STS 20 octubre 2011 (Tol 2.261.508) afirma que “Los abuelos y los nietos tienen derecho a relacionarse, ello es beneficioso para ambos y es un derecho-deber reconocido en el Código civil del que sólo se puede ser privado cuando exista causa y que la causa no puede centrarse en el hecho de que las relaciones de los abuelos con los menores sean mejores o peores para la salud de sus padres, sino para los menores cuyo interés es el protegido por el art. 160 CC”.

25 La jurisprudencia actual entiende que las cuotas de amortización del préstamo hipotecario concedido para la adquisición de la vivienda común no son cargas del matrimonio, sino deudas de la sociedad de gananciales y que éstas, en consecuencia, deben ser satisfechas por ambos cónyuges por mitad. Así, la STS 28 marzo 2011 (Tol 2.082.300) revocó la sentencia apelada, la cual había dispuesto que el cónyuge no custodio debía pagar el 80% de las cuotas del préstamo hipotecario (frente al 20% del otro), habiendo argumentando que este mayor porcentaje se justificaba por su consideración como aportación al pago de la pensión alimenticia. Con esta solución se evita una situación injusta, consistente en que el cónyuge no custodio pueda verse privado de la casa, al no habersele atribuido la custodia de los hijos menores, y, sin embargo, deba pagar, en exclusiva o en su mayor parte, las cuotas de amortización del préstamo solicitado por ambos para la adquisición de la vivienda común, como un modo de contribuir a la prestación de alimentos de los hijos.

26 El precepto dispone que el juez “adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad” de la prestación de alimentos. Por su parte, el art. 776 LEC prevé la imposición de medidas coercitivas contra quien no las haga efectivas. Existe, además, un “Fondo de Garantía del Pago de Alimentos” creado por la Ley 42/2006, de 28 de

caso de que la custodia de los hijos corresponda a uno de los progenitores, es usual considerar que su contribución se realiza mediante la atención personal que éste le presta, consistiendo la contribución del progenitor no custodio en el pago de una pensión mensual alimenticia en metálico<sup>27</sup>.

Es necesario distinguir, según que los hijos sean menores o mayores de edad<sup>28</sup>:

a) Si son menores de edad, la obligación de alimentos de los progenitores forma parte del contenido propio de la patria potestad<sup>29</sup>, de modo que procede automáticamente, sin necesidad de demostrar que el hijo la necesite para subsistir<sup>30</sup>.

b) Si, por el contrario, los hijos son mayores de edad o se encuentran emancipados, para que estos puedan percibir una pensión de alimentos<sup>31</sup>, es necesario demostrar que se encuentran en una situación objetiva de “necesidad” (por no tener bienes suficientes o no poder ejercer una profesión u oficio con el que ganarse la vida) y que dicha “necesidad” no proviene de su mala conducta o de su falta de aplicación al trabajo (arts. 93.2 y 152.3º y 5º CC)<sup>32</sup>.

## VI. EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

Las medidas definitivas también se proyectan sobre los bienes de los cónyuges:

---

diciembre, y regulado por el RD 1618/2007, de 7 de diciembre, es un fondo carente de personalidad jurídica, que tiene como finalidad garantizar a los hijos menores de edad el pago de alimentos reconocidos e impagados establecidos en convenio judicialmente aprobado o en resolución judicial en procesos de separación, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, filiación o alimentos, mediante el abono de una cantidad que tendrá la condición de anticipo.

- 27 Cabe, sin embargo, pactar en convenio regulador que la contribución de alimentos corra, exclusivamente, a cargo del progenitor con quien en cada momento los hijos convivan. Véase en este sentido STS 8 noviembre 2012 (Tol 2.675.996).

En la práctica se ha discutido si la pensión de alimentos fijada debe reducirse, en el caso de que el obligado a pagarla tenga nuevos hijos con otra persona distinta, existiendo criterios jurisprudenciales opuestos en esta materia. La reciente STS 30 abril 2013 (Tol 3.706.592) afirma que el nacimiento de un hijo puede “suponer una modificación sustancial de las circunstancias que se tuvieron en cuenta” al tiempo de fijar los alimentos en favor de los anteriores. Ahora bien, matiza que el mero nacimiento de nuevos hijos fruto de la relación con una persona diversa, por sí solo, no determina una reducción de la pensión de los alimentos previamente determinada en favor de los otros, por lo que para decidir la cuestión, habrá que valorar, no sólo la capacidad económica del obligado a prestarlos, sino también la del otro progenitor, que igualmente está obligado a alimentar a los hijos comunes que tenga con aquél.

- 28 Véase en este sentido SSTS 5 octubre 1993 (Tol 1.655.748) y 16 julio 2002 (Tol 202.431).
- 29 La jurisprudencia ha precisado que un progenitor no puede eximirse del pago de la pensión alimenticia, alegando que carece de ingresos por trabajo, si posee un patrimonio que le permite hacer frente al cumplimiento de dicha obligación. Véase en este sentido STS 5 octubre 1993 (Tol 1.655.748), respecto a un padre que voluntariamente abandona su puesto de trabajo y posteriormente dedica su tiempo a la propia mejora de su formación profesional.
- 30 No obstante, la STS 24 octubre 2008 (Tol 1.393.347) suspendió temporalmente la pensión de alimentos de una hija menor de edad que, tras la sentencia de separación obtuvo una beca de la Federación Española de Gimnasia que cubría sus gastos de alojamiento y manutención y le proporcionaba ingresos suficientes para atender a sus gastos personales, asignándole 851,43 euros mensuales por este concepto.
- 31 La STS 24 abril 2000 (Tol 2.473.281) admite que los alimentos de los hijos mayores de edad puedan ser reclamados en el proceso matrimonial por el cónyuge con el aquéllos convivan. La STS 6 junio 2003 (Tol 276.121) le niega, sin embargo, dicha legitimación activa cuando no se trate de alimentos pactados voluntariamente entre los cónyuges al margen del proceso.
- 32 Véase en este sentido SSTS 23 febrero 2000 (Tol 2418) y 28 noviembre 2003 (Tol 332175).

a) Las sentencias firmes de nulidad y de divorcio provocan la “disolución del régimen económico matrimonial” (art. 95.I CC), cualquiera que fuera éste, lo que es lógico, ya que, si el matrimonio se declara inválido o se disuelve, desaparece la necesidad de regular las relaciones patrimoniales entre personas que ya no están casadas<sup>33</sup>.

b) La sentencia firme de separación produce la extinción de la sociedad de gananciales y del régimen de participación<sup>34</sup>, pero, dado que tras ella el matrimonio subsiste, sigue siendo necesario ordenar las relaciones patrimoniales entre los que todavía conservan la condición de cónyuges, pasando entonces a regir entre ellos el régimen de separación de bienes (a no ser que acuerden otra cosa)<sup>35</sup>.

## VII. LA COMPENSACIÓN POR DESEQUILIBRIO.

Según prevé el art. 97.I CC, “El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia”<sup>36</sup>.

En esta materia, rige, con gran amplitud, el principio de autonomía privada<sup>37</sup>: el juez no puede conceder de oficio la compensación, sino tan sólo a instancia de quien tenga derecho a reclamarla<sup>38</sup>; y, respecto a la cuantía de la misma, deberá respetar, si lo hubiere, el acuerdo de las partes; en caso contrario, tendrá que determinar su importe, teniendo en cuenta los parámetros del art 97.II CC<sup>39</sup>.

33 Véase en este sentido arts. 1392.1° y 2°, y 1415 CC.

“Si la sentencia de nulidad declara la mala fe de uno solo de los cónyuges, el que hubiere obrado de buena fe podrá optar por aplicar en la liquidación del régimen económico matrimonial las disposiciones relativas al régimen de participación y el de mala fe no tendrá derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte” (art. 95.II CC).

34 O, en su caso, de las situaciones de comunidad o de sociedad que los cónyuges hubieran pactado en capitulaciones matrimoniales.

35 Véase en este sentido art. 1392.3°, 1415 y 1435.3° CC.

36 Hay que tener en cuenta que el establecimiento de una pensión compensatoria puede condicionar, en su momento, la posibilidad de percibir una pensión de viudedad. El art. 174.II LGSS supedita, así, la concesión de la pensión de viudedad al requisito de que el cónyuge separado o divorciado sea acreedor de una pensión compensatoria que se extinga por muerte del causante. El precepto establece, además, que la cuantía de la pensión de viudedad no puede superar a la de la pensión compensatoria.

37 Parece, pues, válida, aunque sujeta a moderación judicial, la estipulación por los que los contrayentes pactan anticipadamente en capitulaciones matrimoniales la exclusión de pensión compensatoria en caso de separación o divorcio, habiendo, sin embargo, precisado la jurisprudencia que el pacto contenido en capitulaciones otorgadas constante el matrimonio, por el cual los cónyuges acuerdan la sustitución del régimen de sociedad de gananciales por el de separación, por sí mismo, no implica una renuncia implícita a la pensión compensatoria. Véase en este sentido STS 10 marzo 2009 (Tol 1.474.923).

38 Véase en este sentido SSTS 10 marzo 2009 (Tol 1.474.923) y 17 julio 2009 (Tol 1.577.965).

39 Esto es: “1. Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges. 2. La edad y el estado de salud. 3. La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo. 4. La dedicación pasada y futura a la familia. 5. La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge. 6.

## I. Requisitos para su concesión.

El fundamento de la compensación es la existencia de una situación objetiva de “desequilibrio económico” entre los cónyuges<sup>40</sup>, que la jurisprudencia reciente tiende a apreciar de manera cada vez más restrictiva<sup>41</sup>, habiendo elaborado a este respecto las siguientes reglas:

a) El desequilibrio que se trata de compensar debe estar estrictamente causado por la separación o por el divorcio; y no, por una inicial situación de desigualdad entre sus respectivos patrimonios o cualificaciones profesionales, previa a la celebración del matrimonio.

La STS 23 enero 2012 (Tol 2.407.043) afirma que no existe derecho a percibir una compensación, cuando el desequilibrio tenga su exclusivo origen en “la diferente aptitud, formación o cualificación profesional de cada uno de los miembros de la pareja”. Concretamente, se la deniega a la mujer, de profesión enfermera, que se encontraba en situación de excedencia voluntaria. Afirma, así, que una cosa es que “la dedicación de la esposa a la familia le haya privado durante los años de excedencia de los ingresos correspondientes a su empleo y de alcanzar sus expectativas de desarrollo profesional como enfermera, y otra, bien distinta, que sea posible equiparar esa pérdida con los ingresos que ha venido percibiendo y percibe su exmarido por el ejercicio de una actividad profesional como la de cirujano, más cualificada y, por ello, mucho mejor retribuida (la diferencia de ingresos no tiene su origen en el matrimonio pues habría sido la misma si la esposa, en lugar de dedicarse a la familia, hubiera trabajado todo este tiempo, hasta su disolución)”.

b) Se compensa, exclusivamente, el desequilibrio que tiene su origen en el empobrecimiento que sufre uno de los cónyuges por haberse dedicado durante el matrimonio, al cuidado de la familia, de manera exclusiva o prioritaria, o por

---

La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal. 7. La pérdida eventual de un derecho de pensión. 8. El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge. 9. Cualquier otra circunstancia relevante”.

40 No tiene, pues, carácter alimenticio; por ello, el hecho de tener un salario, por sí mismo, no impide la obtención de una pensión compensatoria, habiendo declarado la jurisprudencia de manera reiterada que la pensión compensatoria, a diferencia de la pensión de alimentos, es independiente de la noción de “necesidad”. Véase en este sentido SSTS 9 febrero 2010 (Tol 1.790.763), 22 junio 2011 (Tol 2.227.659) y 27 junio 2011 (Tol 2.191.098). La STS 17 julio 2009 (Tol 1.577.965) observa que “no es posible afirmar que cuando ambos cónyuges sean independientes económicamente no hay pensión en ningún caso, porque, a pesar de ello, puede haber desequilibrio”, añadiendo que “Sólo dejará de nacer el derecho a la pensión cuando se produzca una situación equilibrada, lo que no significa igual, ya que pueden trabajar ambos y producirse un desequilibrio, cuando los ingresos de uno y otro sean absolutamente dispares”.

41 En cualquier caso habrá que tener en cuenta, si existen otras compensaciones, que excluyan la posibilidad de pedir la reparación. P. ej., si, existiendo un régimen de separación de bienes, con apoyo en el art. 1438 CC, se ha pedido y concedido una alta compensación en favor del cónyuge que se dedicó, exclusivamente, al trabajo doméstico. Así mismo, puede haber compensaciones de carácter voluntario; p. ej., si se ha pactado un contrato voluntario de alimentos en los términos de los arts. 1791 y ss. CC, el cual, obviamente, no se extingue por la sentencia de divorcio, a pesar de que, tras ella, se pierda la condición de familiar. Véase en este sentido STS 4 noviembre 2011 (Tol 2.270.289).

haber colaborado desinteresadamente en la actividad profesional o económica del otro, con la consiguiente pérdida de oportunidades y dificultad para poder volver a acceder a un empleo<sup>42</sup>.

La STS 22 junio 2011 (Tol 2.227.659) confirmó la sentencia de divorcio recurrida, que había denegado a la mujer su pretensión de seguir recibiendo la pensión compensatoria concedida 2 años antes por la sentencia de separación. Para ello tuvo en cuenta que la mayor dedicación de la mujer a la familia no había sido “un obstáculo o impedimento para su actividad laboral” de auxiliar interina de biblioteca (con un sueldo mensual de 1.649 euros frente a los 2.900 euros percibidos por el marido, en su condición de profesor universitario), la cual había desarrollado durante el matrimonio, y que no había quedado probado que “su menor cualificación profesional, origen de la diferencia salarial y de la menor estabilidad de su empleo, respecto al de su esposo”, fuera “una consecuencia directa del matrimonio”, y no “de sus propias actitudes y capacidades”.

c) Para valorar si existe el desequilibrio hay también que tener en cuenta la situación en que quedarán los cónyuges como consecuencia de las otras medidas definitivas adoptadas en la sentencia de separación o divorcio, en particular, sobre la asignación del uso de la vivienda familiar o el pago de pensiones alimenticias a los hijos: podría, así, resultar desmesurado imponer el pago de una pensión compensatoria al cónyuge que debe abandonar el uso del domicilio familiar (y, quizás, se ve obligado a alquilar o comprar otra vivienda) y pagar una elevada pensión alimenticia a los hijos comunes<sup>43</sup>.

## 2. Carácter temporal o vitalicio.

Según se desprende de la actual redacción del art. 97.I CC (debida a la Ley 15/2005, de 8 de julio), la compensación puede consistir, bien en el pago de una prestación única, bien (y éste es el supuesto más frecuente) en el pago de una pensión periódica<sup>44</sup>, la cual, a su vez, puede ser temporal o vitalicia, lo que dependerá de las circunstancias del caso: no es, así, lo mismo que quien solicita la prestación compensatoria sea una mujer joven, con una alta cualificación profesional (o una funcionaria en situación de excedencia voluntaria<sup>45</sup>), que, por el contrario, sea una persona mayor de edad, dedicada durante toda su vida al cuidado de la familia<sup>46</sup>.

42 Véase en este sentido SSTS 14 marzo 2011 (Tol 2.080.803) y 16 noviembre 2012 (Tol 2.685.953), concediendo pensión compensatoria, y SSTS 22 junio 2011 (Tol 2.227.659) y 17 diciembre 2012 (RJ 2013, 377), rechazándola.

43 Véase en este sentido STS 22 junio 2011 (Tol 2227659).

44 El art. 99 CC establece que “En cualquier momento podrá convenirse la sustitución de la pensión fijada judicialmente”, “por la constitución de una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero”.

45 Véase en este sentido STS 23 enero 2012 (Tol 2.407.043).

46 Aunque el art. 97 CC prevé que la pensión compensatoria podrá ser “temporal o por tiempo indefinido”, nada impide al juez que la otorga establecer en la propia sentencia un plazo, trascurrido el cual, deba valorarse el esfuerzo del cónyuge que la perciba para superar la inicial situación de desequilibrio. Véase en este sentido STS

Por lo tanto, para decidir el carácter temporal o vitalicio de la pensión habrá que valorar la aptitud del perceptor de la misma “para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto, y alcanzar la convicción de que no es preciso prolongar más allá su percepción por la certeza de que va a ser factible la superación del desequilibrio”<sup>47</sup>.

### 3. Extinción.

“Fijada la pensión y las bases de su actualización en la sentencia de separación o de divorcio, sólo podrá ser modificada por alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuge” (art. 100 CC)<sup>48</sup>.

“El derecho a la pensión se extingue por el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona” (art. 101.I CC)<sup>49</sup>.

Desaparece “la causa que lo motivó”, esto es, la situación de desequilibrio, cuando el perceptor hubiera mejorado sustancialmente su situación económica, como consecuencia, p. ej., de haber adquirido una herencia o de haber incrementado sus ingresos por el desempeño de su trabajo o profesión<sup>50</sup>.

Por cuanto concierne a la extinción por convivencia marital, la jurisprudencia actual entiende que basta que se logre demostrar la existencia de un proyecto de vida común, socialmente reconocible, con una cierta vocación de continuidad,

---

15 junio 2011 (Tol 2.188.737).

- 47 Véase en este sentido STS (Pleno) 19 enero 2010 (Tol 1.790.759), la cual atribuye a las circunstancias enumeradas en el art. 97.2 CC (en particular, la contemplada en el número 3, es decir “La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo”) una doble función, esto es, por un lado, valorar la procedencia de la pensión; y, por otro, determinar (además de su cuantía) el carácter temporal o vitalicio de la misma. La STS 10 enero 2011 (Tol 3.436.850) consideró, así, pertinente atribuir la pensión compensatoria con carácter vitalicio a una mujer, teniendo en cuenta la duración del matrimonio, su edad (57 años) y su estado de salud, por sufrir síndromes depresivos. La STS 14 marzo 2011 (Tol 2.080.803) se decantó también en favor de la concesión vitalicia de la pensión, teniendo en cuenta la duración del matrimonio (26 años), la edad de la mujer (50 años), la exclusiva dedicación a la familia y el tiempo en que estuvo apartada del mundo laboral, lo que permite concluir “que son razonablemente escasas las posibilidades reales de la esposa de obtener en un plazo concreto un empleo que le permita gozar de medios propios para obrar autónomamente, de manera que la función de restablecer el equilibrio consustancial a la pensión compensatoria sólo puede entenderse cumplida fiándola con carácter vitalicio”.
- 48 Hay que tener en cuenta que es posible una modificación del carácter vitalicio de la pensión, si sobrevienen circunstancias que aconsejan convertirla en temporal. Véase en este sentido STS 20 diciembre 2012 (Tol 2.722.893), que, no obstante, el caso concreto, rechazó la pretensión de conversión del acreedor de la pensión.
- 49 “El derecho a la pensión no se extingue por el solo hecho de la muerte del deudor. No obstante, los herederos de éste podrán solicitar del Juez la reducción o supresión de aquélla, si el caudal hereditario no pudiera satisfacer las necesidades de la deuda o afectara a sus derechos en la legítima” (art. 101.II CC).
- 50 La STS 27 junio 2011 (Tol 2.191.098) precisa que “el criterio seguido por esta Sala es contrario a la posibilidad de poner fin a la pensión reconocida por el mero transcurso del tiempo en su percepción, o por las consecuencias que en el plano económico puedan haber resultado de la liquidación del régimen económico matrimonial”. Ahora bien, dado que, como se ha dicho, la regulación de la materia tiene carácter eminentemente dispositivo, la STS 20 abril 2012 (Tol 2.532.595) admite la validez de un pacto, contenido en un convenio regulador, por el cual se acuerda que el marido satisfaga una pensión compensatoria a la mujer, aunque ésta acceda a un puesto de trabajo y, por lo tanto, no la necesite para subsistir.



aunque que el perceptor de la pensión mantenga un domicilio diferente del de su nuevo compañero sentimental<sup>51</sup>.

En particular, la pensión concedida temporalmente cesa cuando se cumple el plazo por el cual se asignó.

## VIII. LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.

La asignación del uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de la misma se rige, en primer lugar, por los acuerdos de los cónyuges<sup>52</sup> y, en su defecto, por las reglas que, a continuación voy a precisar<sup>53</sup>, las cuales se aplican con independencia del carácter común o privativo del inmueble y del régimen económico matrimonial que rijan las relaciones patrimoniales entre los cónyuges<sup>54</sup>.

### I. Régimen de Derecho común.

Partiendo del art. 96 CC, cabe distinguir las siguientes hipótesis.

a) Si hay hijos menores de edad<sup>55</sup> o incapacitados<sup>56</sup>, el uso de la vivienda familiar se les atribuirá a ellos, mientras persista su minoría de edad o su estado de incapacidad, y al progenitor en cuya compañía queden (art. 96.I CC)<sup>57</sup>.

---

51 La STS 9 febrero 2012 (Tol 2.540.794) consideró procedente la extinción de la pensión compensatoria, porque aunque la exmujer no vivía de manera continuada con su compañero, resultó probada la existencia de “una relación sentimental de un año y medio de duración, que no se había ocultado, siendo conocida por amigos y familiares, siendo pública en actos sociales”. Valoró que las relaciones habían sido “exclusivas” y que se había dado a entender “en el entorno social de los convivientes que se trataba de relaciones sentimentales con una cierta estabilidad”. Concretamente, se habían producido continuas visitas y pernoctaciones de cada uno de los convivientes en el domicilio del otro, así como en diversos establecimientos hoteleros. La STS 28 marzo 2012 (Tol 2.513.991) se pronunció en el mismo sentido, por considerar probada la existencia de una convivencia de 2 años de la mujer con otro hombre, porque aunque “no se produjo una convivencia continuada bajo el mismo techo”, éste “había acudido habitualmente a la vivienda” de aquélla, “no sólo para visitarla, sino que también había residido allí muchos fines de semana”; y “el entorno” de la exmujer conocía esas relaciones.

52 Que, obviamente, habrán de ser aprobados judicialmente en los términos del art. 90.II CC.

53 Dichas reglas se aplican, exclusivamente, respecto de la vivienda familiar habitual, no respecto de otras viviendas o locales. Así lo declara, tajantemente, la STS 9 marzo 2012 (Tol 2.498.899), la cual consideró improcedente atribuir a la mujer el uso de un local, propiedad del marido, durante un período de 10 años, con el fin de que aquélla pudiera seguir ejerciendo en él su profesión de dentista.

54 En particular, hay que tener en cuenta que la jurisprudencia actual, tras ciertas vacilaciones, excluye claramente que, teniendo la vivienda carácter ganancial, el uso de la misma pueda atribuirse a los hijos menores de edad de manera temporal, en tanto no se disuelva la sociedad de gananciales, lo que me parece pertinente, pues hay que asegurarse que, mientras persista su situación de minoría de edad, tengan satisfecha su necesidad de habitación, a pesar de la separación o divorcio de sus padres; y ello, con independencia de a quién corresponda la propiedad de la vivienda. Véase en este sentido SSTS 1 abril 2011 (Tol 2.093.031), 14 abril 2011 (Tol 2.124.703) y 21 junio 2011 (Tol 2.160.051).

55 El art. 96.I CC habla de hijos, en general, pero es evidente que hay que distinguir, según que los mismos sean menores o mayores de edad: en el primer caso, la atribución del uso de la vivienda será consecuencia del deber de asistencia que pesa sobre los titulares de la patria potestad; en el segundo caso, la atribución sólo procederá, si se demuestra que los hijos se hayan en una situación de necesidad, que justifique que los padres deban prestarles alimentos, entre ellos, la habitación (art 142 CC).

56 Véase en este sentido STS 30 mayo 2012 (Tol 2.558.108).

57 No es necesaria una petición expresa del beneficiario de la asignación, debiendo el juez, en su caso, proceder de oficio, por así reclamarlo el principio constitucional de protección integral de los menores (art. 39.I CE). Véase en este sentido STS 21 mayo 2012 (Tol 2.538.700).

La idea que parece presidir la redacción del art. 96.I CC es la de que los menores queden, precisamente, en la vivienda en la que residían antes de la crisis conyugal, presuponiendo que esta solución es la más favorable. No obstante, la aplicación de este precepto no puede prescindir del examen de las circunstancias del caso concreto y la norma no puede interpretarse con tal rigor, que llegue a sacrificar, de manera desmesurada, el interés del progenitor no custodio a la posibilidad de tener una residencia propia. Es, por ello, que, de acuerdo con la más reciente jurisprudencia, es posible realojar a los hijos menores en otra vivienda distinta a la que había sido el domicilio conyugal, siempre que ésta satisfaga razonablemente su necesidad de habitación<sup>58</sup>.

Cabe también la división material de una casa unifamiliar, cuando ello sea lo más adecuado para la protección del interés del menor y siempre que la división sea posible y útil por reunir las viviendas resultantes las condiciones de habitabilidad: p.ej., se atribuye a la madre y a los hijos el uso de la planta primera del edificio y al demandado el uso de la planta y del sótano del inmueble, con la finalidad de conservar su taller, allí instalado, y de poder habitarlo, con la obligación de este último de costear las obras necesarias para hacer independientes dichas plantas<sup>59</sup>.

b) “Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente” (art. 96.II CC), teniendo en cuenta todos los intereses implicados en el caso (incluidos los de los progenitores); y lo mismo, cuando la custodia sea compartida.

En los casos de custodia compartida, parece que, con mayor razón, habrá que relativizar la originaria idea, presente en el art. 96.I CC, de que los hijos menores de edad continúen viviendo de manera permanente, precisamente, en su vivienda originaria, porque, para ello, sería necesario que cada uno de los progenitores tuviera a su disposición una casa distinta en la que poder residir en los períodos en los que no les corresponda convivir con los hijos; se necesitaría, en definitiva, disponer de tres casas, lo que raramente se podrá permitir una familia con ingresos medios<sup>60</sup>.

58 Así, la STS 29 marzo 2011 (Tol 2.078.863) se mostró favorable a negar la concesión del uso de la antigua vivienda familiar al progenitor, en cuya compañía habían quedado los menores, porque los mismos residían en otra vivienda, que aquél había adquirido en copropiedad con su nueva pareja. La STS 10 octubre 2011 (Tol 2.261.892) consideró pertinente que los menores pasaran a residir a otra vivienda, perteneciente en copropiedad a sus padres, debiendo abandonar aquélla en la que habían vivido, que pertenecía en copropiedad al marido y a los abuelos paternos (67% y 33% respectivamente).

No obstante, la STS 15 marzo 2013 (Tol 3.266.069) atribuyó justamente al cónyuge custodio y a los hijos menores el uso de la vivienda familiar, propiedad del marido, a pesar de que habían salido de ella, como consecuencia de una situación de vivienda familiar, habiendo habitado durante la tramitación del juicio en una casa unifamiliar perteneciente al abuelo materno.

59 Véase en este sentido STS 30 abril 2012 (Tol 2.538.858).

60 Esto lo evidencia la SAP Valencia 21 febrero 2011 (Tol 2.054.159), en un supuesto en que se había atribuido la custodia compartida a los dos progenitores por periodos alternos de dos semanas. La Audiencia estima que debe acordarse que deben proceder las partes a la liquidación de la vivienda, bien adjudicándosele uno de los esposos bien vendiéndola en un plazo de 15 meses, durante los cuales será usada por la madre, y transcurrido dicho plazo será usada alternativamente hasta su venta por ambos progenitores”.

c) “No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular; siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección” (art. 96.III CC)<sup>61</sup>.

La atribución del uso de la vivienda (común o propiedad de uno solo de los cónyuges) al no titular es temporal y excepcional. El art. 96.III CC la prevé, exclusivamente, cuando “su interés sea el más necesitado de protección”. Sin embargo, no basta con que el cónyuge solicitante tenga menor capacidad económica que el otro, sino que será necesario probar que, realmente, necesita, aunque sea momentáneamente, seguir usando la vivienda familiar como residencia; y que dicha necesidad es mayor que la del otro consorte<sup>62</sup>.

El art. 96.IV CC establece que “Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial”.

La jurisprudencia considera, además, que el derecho de uso es oponible a los compradores de la vivienda, siempre que no estén protegidos por el art. 34 LH<sup>63</sup>. Por lo tanto, si el asignatario del uso quiere evitar la aplicación de este precepto y asegurarse de que será plenamente oponible a terceros, es conveniente que lo inscriba en el Registro de la Propiedad<sup>64</sup>.

## 2. La atribución del uso de la vivienda familiar; concurriendo hijos menores de edad.

Algunas legislaciones civiles regionales contemplan el problema que ahora nos ocupa de una manera más acorde con la nueva realidad social.

El art. 6 de la Ley Valenciana 5/2011, de 1 de abril, regula, así, la atribución del uso de la vivienda familiar habitual, concurriendo hijos menores, de manera más detallada y ajustada a la realidad social actual que el art. 96 CC, prestando mayor atención a todos los intereses en conflicto.

### A) La regla general de atribución.

61 La STS 14 noviembre 2012 (Tol 2.686.919) estableció un uso alternativo de la vivienda familiar por periodos anuales en favor de ambos cónyuges, por apreciar que en “ninguno de los consortes se advierte interés necesitado de mayor protección, al concurrir en ambos semejantes condiciones de edad, estado de salud, así como las posibilidades de atender dignamente el sustento”.

62 Véase a este respecto SAP Murcia 4 marzo 2010 (Tol 1.838.556).

63 Véase en este sentido SSTS 22 diciembre 1992 (Tol 1.654.942), 20 mayo 1993 (Tol 1.654.894), 18 octubre 1994 (Tol 1.665.543), 14 diciembre 2004 (Tol 526.529), 8 mayo 2006 (Tol 934.879) y 27 febrero 2012 (Tol 2.468.857).

64 Véase en este sentido RRDGRN 25 octubre 1999 (Tol 132.594), 31 marzo 2000 (Tol 133.003), 19 mayo 2000 (Tol 132.821) y 19 septiembre 2007 (Tol 1.155.088).

El art. 6.1 establece una regla general, que es subsidiaria respecto a los posibles acuerdos a que hubieren llegado los padres en esta materia.

Dice el precepto que “A falta de pacto entre los progenitores [...] la preferencia en el uso de la vivienda familiar se atribuirá en función de lo que sea más conveniente para los hijos e hijas menores y, siempre que fuere compatible con ello, al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda”<sup>65</sup>.

Dicha regla se aplica, tanto en los supuestos de régimen de convivencia compartida, como en los de convivencia atribuida en favor de uno solo de los progenitores<sup>66</sup>, caso, éste último, en el que parece que lo más conveniente para los menores será permanecer en la vivienda familiar con el padre con el que convivan, a no ser que puedan usar otra vivienda apta para satisfacer sus necesidades.

### **B) La temporalidad de la atribución.**

Según el art. 6.3 de la Ley 5/2011, “la atribución de la vivienda tendrá carácter temporal y la autoridad judicial fijará el periodo máximo de dicho uso, sin perjuicio de que tal uso pueda cesar o modificarse, en virtud de decisión judicial, cuando concurren circunstancias que lo hagan innecesario o abusivo y perjudicial para el progenitor titular no adjudicatario”.

A mi parecer, la constitucionalidad de esta norma es dudosa, porque el principio de protección integral de los menores de edad consagrado en el art. 39.1 CE exige que los mismos tengan garantizada su necesidad de habitación mientras persista su minoría de edad<sup>67</sup>. Por ello, el Juez no puede asignarles el uso la vivienda familiar con un límite temporal, sino que deberán permanecer en ella hasta que cumplan la mayoría de edad, a no ser que sus progenitores o aquél con el que convivan dispongan de otra vivienda en la que puedan habitar.

### **C) La posibilidad de ocupar otra vivienda como residencia familiar.**

El art. 6.2 de la Ley 5/2011 dispone que, “Salvo acuerdo en contrario entre los progenitores, en ningún caso se adjudicará una vivienda, aunque hubiera sido la residencia familiar habitual hasta el cese de la convivencia entre los progenitores, si es de carácter privativo del progenitor no adjudicatario o común de ambos y el progenitor al que se adjudica fuera titular de derechos sobre una vivienda que le faculden para ocuparla como tal residencia familiar”.

<sup>65</sup> Véase a este respecto SAP Alicante 5 diciembre 2012 (Tol 3415514).

<sup>66</sup> Así se desprende del último inciso del art. 6.1 de la Ley 5/2011.

<sup>67</sup> Véase a este respecto las consideraciones hechas por SSTS 1 abril 2011 (Tol 2.093.031), 14 abril 2011 (Tol 2.124.703) y 21 junio 2011 (Tol 2.160.051), si bien a propósito del art. 96 CC.

Esta norma, que se ajusta a la actual tendencia interpretativa del art. 96 CC, es completamente razonable: incluso, aun en el caso de que se haya establecido un régimen de convivencia en favor de uno solo de los progenitores, éste no puede pretender continuar en el uso de la vivienda familiar que sea común o privativa del otro, si dispone de otra vivienda que pueda ocupar y que satisface adecuadamente la necesidad de habitación de los menores.

Es también lógica la previsión que el mismo precepto realiza en su último inciso, según el cual, "Si durante la ocupación como vivienda familiar de la perteneciente al otro progenitor o a ambos, se incorporasen al patrimonio del cónyuge adjudicatario tales derechos [los de ocupación de otra casa, que, p. ej., compra o hereda], éste cesará en el uso de la vivienda familiar que ocupase hasta tal momento, salvo acuerdo entre los progenitores y previa decisión judicial en su caso".

#### **D) La compensación por la pérdida del uso de la vivienda.**

Además, según el art. 6.1 de la Ley 5/2011, "En el caso de atribuirse la vivienda familiar a uno de los progenitores, si ésta es privativa del otro progenitor o común de ambos, se fijará una compensación por la pérdida del uso y disposición de la misma a favor del progenitor titular o cotitular no adjudicatario teniendo en cuenta las rentas pagadas por alquileres de viviendas similares en la misma zona y las demás circunstancias concurrentes en el caso"<sup>68</sup>.

---

68 "Tal compensación podrá ser computada, en todo o en parte, como contribución a los gastos ordinarios con el consentimiento de quien tenga derecho a ella o en virtud de decisión judicial".  
La SAP Valencia 25 julio 2012 (Tol 2.676.734) precisa que dicha medida no puede ser aplicada de oficio, sino sólo a instancia de parte, debiendo probar quien la solicite cuál es "el precio de los alquileres de una vivienda de similares características".

