

# Efectos personales y patrimoniales de la separación y el divorcio

Rosalía Bello Hidalgo

Tesis doctoral UDC

2021

Director: Dr. José Manuel Busto Lago

Tutor: Dr. Carlos A. Amoedo Souto

Programa de Doctorado en Derecho Administrativo Iberoamericano



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

# Efectos personales y patrimoniales de la separación y el divorcio

Tesis presentada por la licenciada en Derecho D<sup>a</sup> Rosalía Bello Hidalgo, para alcanzar el Grado de Doctor, dirigida por el Prof. Dr. José Manuel Busto Lago, Catedrático de Derecho Civil de la UDC.

Vº. Bº  
El Director



UNIVERSIDAD DE A CORUÑA

Facultad de Derecho

2021

## RESUMEN

Se inicia el estudio con las similitudes y diferencias de la separación y el divorcio, el contenido del convenio regulador y los requisitos para su aprobación por parte del juez. Se analiza la patria potestad, la regulación actual de la guarda y custodia, que puede ser ejercida en exclusiva por uno de los progenitores o puede ser compartida, las ventajas e inconvenientes de la custodia compartida y el régimen de visitas que se otorga al progenitor no custodio. Además, se estudia la incidencia de la violencia de género en este área.

A continuación, se centra el estudio en la obligación de prestar alimentos a los hijos menores de edad, que debe ser proporcional a los ingresos del obligado a abonar la prestación y a las necesidades del alimentista. Se estudia la atribución del uso de la vivienda familiar, definiendo el concepto de vivienda habitual y diferenciándolo de otros tipos de vivienda, abordando quién es el titular del derecho de uso, la duración de ese uso y los distintos casos concretos que se pueden dar.

El último tema a tratar, es el relativo a la pensión compensatoria en qué consiste, cuáles son los requisitos para su fijación y la duración de la pensión compensatoria.

## RESUMO

Iníciase o estudo coas similitudes e diferenzas da separación e o divorcio, o contido do convenio regulador e os requisitos para a súa aprobación por parte do xuíz. Análizase a patria potestade, a regulación actual da garda e custodia, que pode ser exercida en exclusiva por un dos proxenitores ou pode ser compartida, as súas vantaxes e inconvintes, e o réxime de visitas que se outorga ao proxenitor non custodio. Ademáis, estúdase a incidencia da violencia de xénero nesta área.

A continuación, céntrase o estudo na obriga de prestar alimentos aos fillos menores de idade, que debe ser proporcional aos ingresos do obrigado a abonar a prestación e ás

necesidades do alimentista. Estúdase a atribución do uso da vivenda familiar, definindo o concepto de vivenda habitual e diferenciándoo doutros tipos de vivenda, abordando quen é o titular do dereito de uso, a duración dese uso e os distintos casos concretos que se poden dar.

O último tema a tratar, é o relativo á pensión compensatoria, en que consiste, cales son os requisitos para a súa fixación e a duración da pensión compensatoria.

### **ABSTRACT**

The study with the similarities and differences of separation and divorce, the content of the agreement and regulatory requirements for approval by the judge. The parental authority, the custody of the children can be exercised exclusively by one parent or may be shared and exercised jointly by both parents. The following personal effect study, is the visitation to the noncustodial parent. Almost, a study of the incidence of gender violence in this area.

Then the study focuses on the obligation to pay maintenance to the minor children, which must be proportionate to the income required to pay the benefit and the needs of the obligee. The attribution of the use of family housing is studied, defining the concept of residence and differentiating it from other types of housing, addressing who owns the right to use, the duration of such use and the various specific cases that may occur.

The last issue to be addressed in terms of economic effects, what is, what the requirements for attachment and duration of alimony are, are some of the aspects under consideration in this final chapter.

## PRÓLOGO

### **¿Por qué he elegido realizar mi memoria de doctorado en el ámbito del Derecho de familia?**

Toda mi vida profesional, como abogada ejerciente, ha estado dedicada al Derecho de familia, implicada en tratar de dar la mejor solución posible, desde parámetros jurídicos, a los múltiples problemas derivados de las crisis matrimoniales. A lo largo de mi carrera laboral, he podido constatar los enormes cambios que han experimentado las familias en general y el Derecho de familia en particular.

Esto ha provocado un cambio de paradigma en la materia, pues, si en un principio, el Derecho de familia era tratado como una rama de menor relevancia, en la actualidad, la propia realidad social le ha otorgado la relevancia y la posición que ciertamente y a tenor de su objeto, le corresponde, como una de las especialidades de mayor implicación, tanto a nivel personal como patrimonial, dualidad que nunca puede deslindarse en las separaciones y divorcios.

Este cambio lo ha promovido la propia sociedad con los nuevos modelos de familia que han surgido y con la proliferación de rupturas matrimoniales, siendo el motor que ha puesto en marcha el engranaje de la doctrina que ha dictado la Sala de lo Civil del TS, interpretando las viejas instituciones y rejuveneciéndolas empujada por los nuevos paradigmas de familia fruto del tiempo que vivimos.

Mi experiencia personal y el enorme interés que me ha suscitado, desde siempre, el Derecho de familia, me ha llevado al estudio de los efectos personales y patrimoniales de la separación y el divorcio con el objetivo de adquirir unos conocimientos más profundos y poder aplicarlos a la práctica de los tribunales.

## **Tema objeto de tratamiento**

El estudio se inicia con la exposición de los efectos personales de la separación y el divorcio, conformado por cuatro Capítulos.

En el Capítulo I analizo las cuestiones generales relativas a la separación y el divorcio, ambos producen los mismos efectos, ya que suspenden la vida en común de los cónyuges y no precisan acreditar las causas que llevan a la separación o al divorcio, sin embargo, lo que los diferencia es que la separación mantiene el vínculo matrimonial y el divorcio lo disuelve.

Se estudian los supuestos que se producen cuando los cónyuges alcanzan un consenso en la separación o el divorcio que, para que tengan eficacia, es preceptivo aportar un convenio regulador con un contenido mínimo y debe ser homologado por el juez, LAJ o notario, a menos que resulte dañoso para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges.

Se culmina este Capítulo analizando la problemática surgida en la separación de hecho, período de tiempo que puede ser más o menos largo, dependiendo de la situación que se produzca en cada familia, o bien, de lo que tarden los Juzgados en dictar una resolución judicial en aquellos casos en que las partes no han conseguido llegar a un acuerdo. Estas cuestiones toman especial relevancia cuando existen hijos menores o discapacitados habidos del matrimonio y se plantea el problema de sostener cargas y alimentos, pues es una situación fáctica donde no hay normas que la regulen y, por lo tanto, no se ofrecen soluciones legales a la heterogeneidad de situaciones que se producen entre los cónyuges en este lapso temporal.

El Capítulo II tiene por objeto el análisis de uno de los efectos personales principales cuando existen hijos menores de edad en la ruptura matrimonial, que es el relativo a la patria potestad.

El ejercicio de la patria potestad por los progenitores puede ser conjunto, que es lo más habitual, total o parcial por parte de uno de los progenitores, o de manera exclusiva por uno de ellos excluyendo al otro. En estos casos, en que se priva parcial o totalmente a uno de los progenitores o se suspende el ejercicio de la patria potestad, nos encontramos ante una de las medidas más drásticas que existen, por lo que esta decisión, que sólo puede ser judicial, ha de estar amparada en que se considere que es lo mejor para el menor, dadas las circunstancias concretas que así lo aconsejen. Se enumeran los supuestos en los que se priva o suspende a uno de los progenitores del ejercicio conjunto de la patria potestad, las cuales habrán de ser excepcionales y graves o perjudiciales para el desarrollo normal del menor y la respuesta que ofrece la jurisprudencia respecto a estos casos.

Si bien lo normal es, como se ha referido, que la patria potestad sea ejercida conjuntamente por ambos progenitores, se analiza qué sucede en aquellos casos en que los progenitores no conviven juntos y, por lo tanto, uno de ellos no vive habitualmente con el hijo, imposibilitando que el menor viva en su compañía, conforme preceptúa como deber el art. 154 del CC.

Por último, se valora la incidencia que tiene la violencia de género en el ejercicio de la patria potestad, así como sus consecuencias y la adopción de las medidas necesarias para proteger al menor.

El Capítulo III se dedica al estudio de otro de los efectos personales y, probablemente, el que más conflictividad genera en los tribunales, cual es el de la guarda y custodia de los hijos menores de edad. Lo primordial, cuando se ha materializado la ruptura en el matrimonio, es proteger a los hijos menores nacidos de la relación que se ha roto, velando, especialmente, por el interés del menor.

En consecuencia, la primera cuestión que hay que discernir es a quién de los progenitores se le otorga la guarda y custodia de los hijos. Si los cónyuges pueden resolver de mutuo acuerdo este asunto, el resultado se plasmará en un convenio regulador,

sobre el que el Ministerio Fiscal emitirá un informe y que revisará el juez con el fin de que sea lo más beneficioso para los hijos, procediendo, en tal caso, a su homologación.

Si, por la contra, los cónyuges no consiguen alcanzar una solución amistosa, será el juez el encargado de dirimir si uno de los progenitores o ambos son los más capacitados para ostentar la guarda y custodia, para lo cual, se analizará el caso concreto y qué es lo más beneficioso para el menor, y así, tomar una decisión al respecto.

Para ello adquiere especial relevancia la voluntad del menor, lo cual supone un paso muy importante en los derechos de los menores, si bien puede plantear la dificultad para el juzgador de discernir en qué consiste ese interés del menor, cuestión que se tratará de desgranar teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes del caso en cuestión.

La guarda y custodia puede ser ejercida en exclusiva por uno de los progenitores o puede ser compartida y ejercida conjuntamente por ambos progenitores. En consideración a esta última opción, se analiza la regulación actual de la custodia compartida, tanto cuando se llega a este tipo de custodia por la vía del consenso entre los progenitores y se plasma en un convenio regulador, como exponiendo en qué casos se concede por el juez en vía contenciosa, procediendo al estudio de la jurisprudencia que ha instaurado la custodia compartida como normal e incluso deseable, a raíz de la STS 257/2013, de 29 abril 2013.

Al igual que en el Capítulo anterior y que en el siguiente, se aborda la incidencia que tiene la violencia de género en la guarda y custodia, así como sus consecuencias, que se centran, entre otras cuestiones, en impedir el ejercicio de la custodia compartida en aquellos casos en que el progenitor esté incurso en una denuncia por violencia de género.

En el Capítulo IV abordo el estudio de qué sucede cuando uno de los progenitores no tenga consigo a sus hijos menores o con discapacidad, analizando el derecho a visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía.



En efecto, el régimen de visitas que se otorga al progenitor que no tiene o no le han concedido la custodia de sus hijos puede ser amplio, abierto, cuando los menores están próximos a cumplir la mayoría de edad, puede ser un régimen específico al caso concreto, o bien restringido o limitado, cuando las circunstancias particulares así lo aconsejen.

En este Capítulo se hace mención especial al régimen de visitas a favor de los abuelos, derecho recogido en el CC y los supuestos en que normalmente se encuentran quienes tienen que solicitar judicialmente las visitas con sus nietos que, usualmente, suelen ser por el fallecimiento de uno de los progenitores o por diferencias entre los abuelos y los progenitores de los menores.

Para finalizar, se realiza un estudio de la incidencia de la violencia de género en el régimen de visitas, ya que la concurrencia de un hecho de tal gravedad, tiene consecuencias no sólo penales, sino también en el ámbito de los efectos civiles y pueden afectar, en gran medida, a los menores en aquellos casos en que se teme por su integridad física o que son testigos de hechos de naturaleza violenta, por lo que en estas circunstancias, se opta por suspender el régimen de visitas del menor con el progenitor que está encausado por una denuncia por violencia de género.

En segundo término, una vez concluidos los efectos personales, se centra el trabajo en los efectos de carácter patrimonial de la separación y el divorcio, desarrollado en tres Capítulos, con exclusión de la liquidación de gananciales por no ser objeto del presente estudio.

En el Capítulo V se analiza el concepto y la delimitación con otras obligaciones, de las cargas del matrimonio, para ello se indican cuáles son las cargas del matrimonio, en los supuestos de crisis matrimonial, entre los propios cónyuges y cuando hay hijos menores de edad.

A continuación, se centra el estudio en la obligación de prestar alimentos a los hijos menores de edad, que, normalmente, recae en aquél de los progenitores que no ostenta la guarda y custodia de los hijos habidos del matrimonio, para lo cual será necesario cuantificar lo que le corresponde pagar en concepto de pensión alimenticia, que debe ser proporcional a los ingresos y a la capacidad económica del obligado a abonar la prestación y a las necesidades del alimentista.

Asimismo, se analiza la obligación que tienen los progenitores de abonar una pensión de alimentos a los hijos menores sometidos a patria potestad, que nace de la propia filiación, que no se reduce a lo indispensable, pudiendo alcanzar incluso lo superfluo, cuando las posibilidades del progenitor lo permitan.

A continuación, esta obligación alimenticia se diferencia de la que los progenitores tienen que prestar a los hijos que ya han alcanzado la mayoría de edad que, para que se establezca, será imprescindible acreditar la necesidad de ser alimentados. En esta reclamación de alimentos se encuentra legitimado el cónyuge que se queda en compañía de los hijos mayores y, para que tenga cabida en un procedimiento matrimonial, será necesario que los hijos convivan en el domicilio familiar y que carezcan de ingresos propios.

Se hace también una mención especial, a las pensiones de alimentos en los casos de guarda y custodia compartida, su establecimiento y las formas de asumir los pagos por ambos progenitores.

Y se termina este Capítulo indicando cuáles son las bases de actualización de las pensiones, así como qué se entiende por gastos extraordinarios, diferenciándolos de los gastos ordinarios.

En el Capítulo VI abordo uno de los temas más controvertidos en cuanto a los efectos patrimoniales de la separación y el divorcio, que es la atribución del uso de la vivienda familiar, puesto que, hoy en día, la vivienda es un bien de elevado valor

económico y absolutamente necesaria para vivir. Por lo tanto, se inicia el estudio definiendo el concepto de vivienda habitual y diferenciándolo de otros tipos de vivienda, ya que lo primordial es que se trate de una vivienda en sentido estricto y que sea en la que ha habitado el matrimonio con los hijos.

El criterio que utiliza el art. 96 del CC para decidir a quién se le va a atribuir el uso de la vivienda familiar es la protección de los hijos. En consecuencia, se prima otorgar el uso y disfrute de la misma al progenitor que ostenta la guarda y custodia de los menores, con ello, se trata de proteger el interés del menor y dentro de este interés, el entorno social en el que se han criado los hijos.

Se analizan los supuestos en que el hijo menor tiene el interés más necesitado de protección, y cuando, además, ese interés recae concretamente sobre la vivienda familiar, en el sentido de que se verá amparado si continúa viviendo precisamente en ella, produciendo como consecuencia la privación de la vivienda al titular, en base a procurarles a los hijos una formación integral, evitarles perturbaciones dañosas, peligros o perjuicios, mientras son menores y están sometidos a la patria potestad.

En contrapartida, se indica qué sucede con la atribución del uso de la vivienda familiar, cuando hay hijos mayores de edad y en ausencia de hijos, así como los supuestos que se pueden dar.

Se hace un análisis específico respecto a la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar en los casos de custodia compartida, ya que aquí las modalidades van desde la custodia compartida simultánea, pasando por una custodia compartida a tiempo parcial sin cambio de domicilio para los hijos, para finalizar con una custodia compartida a tiempo parcial con cambio de residencia para los hijos.

Se deja constancia de que ese derecho de uso sobre la vivienda familiar que le viene atribuido en virtud de la sentencia judicial correspondiente, es un derecho inscribible en el Registro de la Propiedad y como tal, oponible frente a terceras personas.

Recordado también el carácter provisional de la atribución del uso, de manera que, cuando cambian las circunstancias que la han dado lugar, podrá procederse a su modificación, o incluso, a su extinción.

Se concluye el Capítulo estudiando los casos en que la vivienda se encuentre en arrendamiento, precario, etc, así como los gastos que derivan del inmueble y cómo los cónyuges tienen que afrontarlos.

El Capítulo VII tiene como objeto el último de los temas de estudio en cuanto a los efectos patrimoniales, es el relativo a la pensión compensatoria que regula el art. 97 del CC, analizado en qué consiste, y cuáles son los requisitos para su fijación, que se basan principalmente en el desequilibrio económico que a raíz de la ruptura matrimonial, se produce en uno de los cónyuges.

También se abordan cuáles son las formas de pago de la pensión compensatoria, que pueden ser la entrega de un capital en dinero o la entrega de bienes y los criterios que hay que tener en cuenta para determinar si este tipo de pensión tiene carácter indefinido o temporal.

Se finaliza el Capítulo analizando las tres causas que suponen la extinción de la pensión compensatoria, que son el cese de la causa que lo motivó, contraer el acreedor nuevo matrimonio o convivencia marital con otra persona, si bien no son las únicas posibles, ya que existen otras causas de extinción de la prestación compensatoria aunque no las contempla el CC explícitamente.

Resta aducir que, al final de cada uno de los Capítulos, se hace una referencia del asunto a tratar tanto en el Derecho civil propio de las CCAA, como en el Derecho comparado de los países de nuestro entorno jurídico-cultural, como son Francia, Italia y Portugal.

**Método:**

El método para la elaboración del trabajo de doctorado ha consistido en el estudio de la doctrina a través de manuales, estudios monográficos sobre cada una de las cuestiones suscitadas y de artículos doctrinales, tanto en formato papel como en su versión digital; así como en un análisis pormenorizado de la doctrina jurisprudencial, muy abundante en esta materia (fruto de su elevado grado de conflictividad) y, en particular (aunque no sólo), de la emanada de la Sala de lo Civil del TS. En efecto, en esta Memoria de Doctorado he procedido a realizar el análisis de la jurisprudencia, fundamentalmente, del TS que, en los últimos años ha sido profusa en temas de Derecho de familia, y también de algunas sentencias de las distintas Audiencias Provinciales, que ofrecen una visión práctica en la diversa casuística en la que no ha dictado doctrina el TS, o bien que adaptan la doctrina del TS al caso en concreto respecto a las cuestiones que tienen que ver con los efectos personales y patrimoniales de la separación y el divorcio.

También se ha efectuado un inevitable análisis de la normativa que regulan las cuestiones objeto de atención, partiendo de la, la CE, el CC y la LECiv, así como la normativa de Derecho Civil propio de las CCAA y también el estudio de las soluciones en el Derecho comparado, a través de los Códigos civiles francés, italiano y portugués en materia de separación y divorcio.

**Fuentes utilizadas:**

Los manuales, obras monográficas y revistas científicas (tanto en soporte papel, como digital) que hacen referencia a la materia objeto de estudio y que se encuentran en la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña, así como en la Biblioteca del Colegio de Abogados de A Coruña. Asimismo, he tenido acceso y he consultado las bases de datos de legislación, doctrina y jurisprudencia de las Editoriales Aranzadi, Dialnet, La Ley, Lefebvre Dalloz, Tirant lo Blanch y vLex.

<b>EFFECTOS PERSONALES Y PATRIMONIALES DE LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO</b>	<b>1</b>
PRÓLOGO	6
ABREVIATURAS	28
CAPÍTULO I	30
EFFECTOS DE CARÁCTER PERSONAL DE LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO	30
I.- LA SEPARACIÓN DE LOS CÓNYUGES	30
I.1.- La separación de mutuo acuerdo	31
I.2.- La separación contenciosa	32
I.3.- La separación legal	35
I.4.- La reconciliación de los cónyuges separados	36
II.- LA DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO	39
III.- LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LAS CRISIS MATRIMONIALES	41
III.1.- Los pactos entre los cónyuges	44
III.2.- Contenido de los acuerdos	46
III.3.- La intervención judicial sobre el convenio	52
III.3.A.- Funciones del juez sobre el convenio	53
III.3.B.- Consecuencias del rechazo judicial del convenio	54
III.4.- Eficacia de la autonomía de la voluntad	55
III.5.- Control efectivo del convenio regulador en la guarda compartida	62
III.6.- Modificación del convenio regulador	66
IV.- PROBLEMÁTICA ESPECIAL QUE PRESENTA LA SEPARACIÓN DE HECHO	66
IV.1.- Concepto y requisitos de la separación de hecho	67
IV.2.- El sostenimiento de los hijos durante la separación de hecho, ex art. 1368 del CC	68
IV.3.- Separación de hecho y sociedad de gananciales	72

V.- LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO ANTE EL LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA O EL NOTARIO	77
VI.- LAS DISTINTAS RESPUESTAS EN EL DERECHO CIVIL PROPIO DE LAS CCAA A LA SEPARACIÓN Y AL DIVORCIO	83
VI.1.- La Ley 25/2010, de 29 de junio, que aprueba el Libro II del CC de Cataluña, relativo a la persona y a la familia	83
VI.2.- El Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el Título del “Código del Derecho Foral de Aragón”, el Texto refundido de las Leyes Civiles Aragonesas	86
VI.3.- La Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil y la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores del País Vasco	90
VI.4.- La Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de la Compilación Foral de Navarra o Fuero Nuevo	92
VI.4.A.- Autonomía de la relación parental	93
VI.4.B.- Prevalencia de los pactos de parentalidad	94
VI.4.C.- Subsidiariedad de las medidas judiciales	94
VII.- EL PROCEDIMIENTO DE DIVORCIO EXTRAJUDICIAL EN EL DERECHO COMPARADO EUROPEO	96
VIII.- EL DIVORCIO EN EL DERECHO COMPARADO DE LOS PAÍSES DE NUESTRO ENTORNO JURÍDICO-CULTURAL: FRANCIA, ITALIA Y PORTUGAL	99
VIII.1.- El divorcio en Francia	99
VIII.2.- La separación y el divorcio en Italia	104
VIII.3.- El divorcio en Portugal	105
CAPÍTULO II	109
EFFECTOS EN RELACIÓN CON EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD	109
I.- LA PATRIA POTESTAD	109
I.1.- Deberes y facultades de los progenitores en la esfera personal	110
I.2.- Deberes y facultades de los hijos respecto a sus progenitores	113

I.3.- Principios que rigen el ejercicio de la patria potestad	114
I.4.- El ejercicio de la patria potestad y de la guarda y custodia	115
I.5.- Distinción entre titularidad y ejercicio de la patria potestad	117
I.6.- El ejercicio de la patria potestad	118
I.6.A.- El ejercicio conjunto de la patria potestad	119
I.6.B.- El ejercicio de la patria potestad por uno solo de los progenitores	121
II.- LA PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD	122
II.1.- La privación como causa de extinción relativa o absoluta	122
II.2.- La privación total o parcial	123
II.3.- La privación temporal o definitiva	124
II.4.- La privación en interés del menor	125
II.5.- La privación con o sin carácter sancionador	126
II.6.- El progenitor apartado del ejercicio	126
II.7.- Los efectos de la privación de la patria potestad	126
II.7.A.- El deber de velar por el menor de edad	127
II.7.B.- El deber de mantener al menor de edad	128
II.7.C.- El deber de relacionarse con el menor de edad	128
II.8.- Enfermedad psíquica del progenitor	129
II.9.- Constancia registral de la patria potestad y de sus modificaciones	131
III.- EL CUIDADO DE LOS HIJOS CUYOS PROGENITORES NO CONVIVEN	131
III.1.- Modificación del régimen de ejercicio	134
IV. EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS	135
V.- LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO CIVIL PROPIO DE LAS CCAA	139
V.1.- La Ley 25/2010, de 29 de junio, que aprueba el Libro II del CC de Cataluña, relativo a la persona y a la familia	139



V.2.- El Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el Título del “Código del Derecho Foral de Aragón”, el Texto refundido de las Leyes Civiles Aragonesas	141
V.3.- La Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil y la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores del País Vasco	145
V.4.- La Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de la Compilación Foral de Navarra o Fuero Nuevo	146
VI.- LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO COMPARADO DE LOS PAÍSES DE NUESTRO ENTORNO JURÍDICO-CULTURAL: FRANCIA, ITALIA Y PORTUGAL	149
VI.1.- La patria potestad y autoridad parental en Francia	149
VI.2.- La patria potestad en Italia	152
VI.3.- La responsabilidad parental en Portugal	153
VII.- LA VIOLENCIA DE GÉNERO Y SU INCIDENCIA EN EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD	154
CAPÍTULO III	162
EFFECTOS EN EL ÁMBITO DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD	162
I.- LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS	162
II.- EL PRINCIPIO DEL «FAVOR FILII»	166
II.1.- La audiencia y exploración de los menores	168
II.2.- La audiencia del menor en nuestro Ordenamiento jurídico	172
III.- ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA A UN TERCERO O A UNA ENTIDAD PÚBLICA	177
IV.- LA CUSTODIA COMPARTIDA	182
IV.1.- Ventajas de la custodia compartida	185
IV.2.- La custodia compartida consensuada	187
IV.3.- La custodia compartida contenciosa	189

IV.3.A.- Requisitos para la adopción de la custodia compartida	192
IV.3.B.- Valor probatorio del informe técnico de los especialistas	195
IV.3.C.- El informe del Ministerio Fiscal	196
IV.4.- La denegación del régimen de custodia compartida	199
IV.5.- Respuesta jurisprudencial a la custodia compartida	202
V.- LAS DISTINTAS RESPUESTAS A LA GUARDA Y CUSTODIA EN EL DERECHO CIVIL PROPIO DE LAS CCAA	216
V.1.- La Ley 25/2010, de 29 de junio, que aprueba el Libro II del CC de Cataluña, relativo a la persona y a la familia	216
V.2.- El Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el Título del “Código del Derecho Foral de Aragón”, el Texto refundido de las Leyes Civiles Aragonesas	218
V.3.- La Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil y la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores del País Vasco	221
V.4.- La Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de la Compilación Foral de Navarra o Fuero Nuevo	224
VI.- LA GUARDA Y CUSTODIA EN EL DERECHO COMPARADO DE LOS PAÍSES DE NUESTRO ENTORNO JURÍDICO-CULTURAL: FRANCIA, ITALIA Y PORTUGAL	225
VI.1.- La guarda y custodia en Francia	225
VI.2.- La guarda y custodia en Italia	227
VI.3.- La guarda y custodia en Portugal	228
VII.- LA INCIDENCIA DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN LA GUARDA Y CUSTODIA	229
CAPÍTULO IV	235
EL RÉGIMEN DE VISITAS, ESTANCIAS Y COMUNICACIONES, DEL PROGENITOR NO CUSTODIO RESPECTO AL HIJO QUE QUEDA BAJO LA GUARDA Y CUSTODIA DEL OTRO CÓNYUGE: AMPLITUD Y LÍMITES DE SU FIJACIÓN	235

I.- RÉGIMEN DE VISITAS, ESTANCIAS Y COMUNICACIONES	235
I.1.- Contenido del derecho de visita	238
I.2.- Limitación del régimen de visitas	239
I.2.A.- Limitación en cuanto al lugar en el que deben llevarse a efecto las visitas: dentro del territorio nacional	240
I.2.B.- Gastos de desplazamiento en el régimen de visitas	242
II.- LA SENTENCIA QUE ESTABLECE EL DERECHO DE VISITA DEL PROGENITOR NO CUSTODIO	243
III.- SUJETOS DEL DERECHO DE VISITA	245
III.1.- Personas implicadas en el derecho de visita	245
III.2.- Titulares del derecho de visita	246
III.2.A.- Derecho de visita a favor de los progenitores con ocasión de crisis matrimonial	247
III.2.B.- Derecho de visita cuando hay privación o suspensión de la patria potestad del progenitor	248
III.3.- La visita, las estancias y las comunicaciones	249
IV.- LAS RELACIONES PERSONALES ENTRE EL MENOR Y SUS FAMILIARES Y ALLEGADOS	250
V.- RÉGIMEN DE VISITAS ENTRE ABUELOS Y NIETOS	253
V.1.- La Ley 42/2003, de relaciones familiares	253
V.2.- Supuestos en que se interrumpen las relaciones entre los abuelos y los nietos	256
V.3.- Concepto del derecho de visita en la relación entre los abuelos y los nietos	259
V.4.- Colisión de derechos de los abuelos en el régimen de visitas	260
V.5.- La audiencia del menor en la solicitud judicial de visitas por parte de los abuelos	262
V.6.- La denegación del régimen de visitas de los abuelos cuando producen inestabilidad en el menor	265
VI.- LAS DISTINTAS RESPUESTAS AL DERECHO DE VISITA EN EL DERECHO CIVIL PROPIO DE LAS CCAA	267

VI.1.- La Ley 25/2010, de 29 de junio, que aprueba el Libro II del CC de Cataluña, relativo a la persona y a la familia	267
VI.2.- El Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el Título del “Código del Derecho Foral de Aragón”, el Texto refundido de las Leyes Civiles Aragonesas	269
VI.3.- La Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil y la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores del País Vasco	270
VI.4.- La Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de la Compilación Foral de Navarra o Fuero Nuevo	271
VII.- EL RÉGIMEN DE VISITAS EN EL DERECHO COMPARADO DE LOS PAÍSES DE NUESTRO ENTORNO JURÍDICO-CULTURAL: FRANCIA, ITALIA Y PORTUGAL	273
VII.1.- El régimen de visitas en Francia	273
VII.2.- El régimen de visitas en Italia	273
VII.3.- El régimen de visitas en Portugal	274
VIII.- LA INCIDENCIA DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL RÉGIMEN DE VISITAS	274
CAPÍTULO V	284
LA CONTRIBUCIÓN A “LAS CARGAS DEL MATRIMONIO”	284
A] LAS PENSIONES ALIMENTICIAS DE LOS HIJOS HABIDOS DEL MATRIMONIO Y DEL OTRO CÓNYUGE	284
B] INSTRUMENTOS PARA SU ACTUALIZACIÓN	284
I.- EL CONCEPTO DE CONTRIBUCIÓN A LAS “CARGAS DEL MATRIMONIO”	284
I.1.- En el régimen de gananciales	286
I.2.- La contribución con trabajo personal	289
I.3.- En el régimen de separación de bienes	290
II. CONCEPTO DE ALIMENTOS	292
II.1.- La obligación alimenticia	293

II.2.- El pago de la pensión	295
III.- LA DETERMINACIÓN DE LA CUANTÍA DE LA PRESTACIÓN DE ALIMENTOS	298
III.1.- La imposibilidad de fijar pensiones simbólicas ni cantidades globales	298
III.2.- El principio de proporcionalidad	299
III.3.- El caudal del progenitor alimentante	300
III.4.- Carencia de ingresos del progenitor obligado al pago de alimentos	304
III.4.A.- Progenitor ingresado en prisión	304
III.4.B.- Progenitor que no tiene ningún tipo de ingresos	306
III.5.- Las necesidades del hijo	313
IV.- EL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR COMO VALOR ECONÓMICO A VALORAR EN LA PENSIÓN DE ALIMENTOS	314
V.- PENSIÓN DE ALIMENTOS Y DISTRIBUCIÓN DE GASTOS EN LA CUSTODIA COMPARTIDA	318
VI.- OBLIGACIÓN ALIMENTICIA RESPECTO A LOS HIJOS MAYORES DE EDAD O EMANCIPADOS	320
VI.1.- Causas de extinción de la obligación de alimentos al hijo mayor de edad	325
VI.1.A.- El fallecimiento del alimentante y el fallecimiento del alimentista	325
VI.1.B.- Cuando la fortuna del obligado a prestar alimentos se hubiera reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia	326
VI.1.C.- Que el hijo esté en disposición de ejercer un oficio, profesión o industria	327
VI.1.D.- Que el hijo haya cometido una falta de las que dan lugar a la desheredación	329
VI.1.E.- La desafección entre el hijo mayor de edad y el progenitor	330
VI.1.F.- Que la necesidad del hijo no provenga de mala conducta o de falta de aplicación al trabajo, mientras subsista esta causa	332
VII.- PETICIÓN DE PRESTAR ALIMENTOS EN CASA DEL ALIMENTANTE	333
VIII.- EL MOMENTO DEL DEVENGO DE LA PENSIÓN	335

IX.- MECANISMOS EMPLEADOS PARA LA ACTUALIZACIÓN DE LAS PENSIONES	337
X.- LOS GASTOS EXTRAORDINARIOS	338
XI.- LAS DISTINTAS RESPUESTAS A LA PENSIÓN DE ALIMENTOS EN EL DERECHO CIVIL PROPIO DE LAS CCAA	343
XI.1.- La Ley 25/2010, de 29 de junio, que aprueba el Libro II del CC de Cataluña, relativo a la persona y a la familia	343
XI.2.- El Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el Título del “Código del Derecho Foral de Aragón”, el Texto refundido de las Leyes Civiles Aragonesas	346
XI.3.- La Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil y la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores del País Vasco	350
XI.4.- La Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de la Compilación Foral de Navarra o Fuero Nuevo	353
CAPÍTULO VI	360
LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR	360
I.- CONCEPTO DE VIVIENDA FAMILIAR	360
I.1.- La habitualidad de la residencia y la pluralidad de viviendas	360
I.2.- Naturaleza jurídica del derecho de uso de la vivienda familiar	364
II.- LA PROTECCIÓN DE LOS HIJOS EN LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR	369
II.1.- Disposición del derecho de uso de la vivienda familiar	372
II.2.- El principio de mantenimiento del entorno social de los hijos menores	382
II.2.A.- Significación social de la vivienda	382
II.2.B.- La vivienda y el entorno social de los hijos menores	383
II.2.C.- El art. 96.1 del CC como norma protectora del mantenimiento del entorno de vida de los hijos menores	384
II.2.D.- Necesidad de análisis de la específica vinculación del menor con su entorno en el caso concreto	384

II.3.- Vías alternativas de protección del interés del menor en el mantenimiento de su entorno habitual	386
II.4.- Exclusión del hijo mayor de edad como sujeto especialmente protegido por el art. 96.I del CC	388
III.- DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN CASO DE ATRIBUCIÓN DE GUARDA COMPARTIDA	392
III.1.- SUPUESTOS	394
III.1.A.- Custodia compartida simultánea	394
III.1.B.- Custodia compartida sin cambio de residencia de los hijos y rotación de los progenitores	394
III.1.C.- Custodia compartida con cambio de residencia y rotación de los hijos	396
III.2.- Atribución de la vivienda familiar a la parte más necesitada de protección	397
III.3.- Atribución de la vivienda familiar al titular de la misma	400
III.4.- Enajenación o no atribución de la vivienda familiar a ninguno de los progenitores	401
III.5.- Atribución de una vivienda alternativa	403
IV.- MOMENTO EN QUE SE EXTINGUE EL DERECHO DE USO	404
V.- LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR CUANDO LA GUARDA DE LOS HIJOS SE CONCEDE A UN TERCERO	406
VI.- LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR CUANDO CONCURREN HIJOS COMUNES Y NO COMUNES	408
VII.- LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA CONYUGAL CUANDO A CADA PROGENITOR SE LE ATRIBUYE LA GUARDA Y CUSTODIA DE UN HIJO	409
VIII.- LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR CUANDO NO EXISTEN HIJOS	410
IX.- VIVIENDA FAMILIAR EN RÉGIMEN DE ALQUILER	411
X.- ATRIBUCIÓN DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR CUANDO ÉSTA ES PROPIEDAD DE UN TERCERO	414

XI.- ABONO DE LOS GASTOS OCASIONADOS POR EL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR	418
XII.- EXTINCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR POR CONVIVENCIA MARITAL	422
XIII.- LAS DISTINTAS RESPUESTAS A LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA EN EL DERECHO CIVIL PROPIO DE LAS CCAA	430
XIII.1.- La Ley 25/2010, de 29 de junio, que aprueba el Libro II del CC de Cataluña, relativo a la persona y a la familia	430
XIII.2.- El Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el Título del “Código del Derecho Foral de Aragón”, el Texto refundido de las Leyes Civiles Aragonesas	437
XIII.3.- La Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil y la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores del País Vasco	440
XIII.4.- La Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de la Compilación Foral de Navarra o Fuero Nuevo	445
XIV.- LA ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN EL DERECHO COMPARADO DE LOS PAÍSES DE NUESTRO ENTORNO JURÍDICO-CULTURAL: FRANCIA, ITALIA Y PORTUGAL	445
XIV.1.- La atribución de la vivienda familiar en Francia	445
XIV.2.- La atribución de la vivienda familiar en Italia	446
XIV.3.- La atribución de la vivienda familiar en Portugal	450
CAPÍTULO VII	451
NATURALEZA, REQUISITOS PARA LA FIJACIÓN Y DURACIÓN DE LA PRESTACIÓN COMPENSATORIA	451
I.- CONCEPTO DE PRESTACIÓN COMPENSATORIA	451
II.- LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRESTACIÓN COMPENSATORIA	453
III.- REQUISITO BÁSICO DEL DERECHO A LA COMPENSACIÓN: EL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO	455
IV.- DURACIÓN DE LA PRESTACIÓN COMPENSATORIA	462



IV.1.- Prestación indefinida	462
IV.2.- Prestación temporal	463
IV.2.A.- El presupuesto de la prestación compensatoria temporal: la capacidad para superar el desequilibrio	465
IV.3.- Prestación única	466
V.- DETERMINACIÓN DE LA CUANTÍA DE LA PRESTACIÓN COMPENSATORIA	467
VI.- LA INCIDENCIA DE LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LA PRESTACIÓN COMPENSATORIA	472
VII.- LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LOS CÓNYUGES	472
VIII.- EXTINCIÓN DE LA PRESTACIÓN COMPENSATORIA	474
VIII.2.- Nuevo matrimonio del acreedor de la prestación compensatoria	478
VIII.3.- Mantener el beneficiario una convivencia more uxorio con otra persona	479
VIII.4.- Extinción por muerte del deudor	484
IX.- ACTUALIZACIÓN DE LA PRESTACIÓN COMPENSATORIA	485
X.- RENUNCIA A LA PRESTACIÓN COMPENSATORIA	485
XI.- LAS DISTINTAS RESPUESTAS A LA PRESTACIÓN COMPENSATORIA EN EL DERECHO CIVIL PROPIO DE LAS CCAA	488
XI.1.- La Ley 25/2010, de 29 de junio, que aprueba el Libro II del CC de Cataluña, relativo a la persona y a la familia	488
XI.2.- El Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el Título del “Código del Derecho Foral de Aragón”, el Texto refundido de las Leyes Civiles Aragonesas	494
XI.3.- La Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil y la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores del País Vasco	497
XI.4.- La Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de la Compilación Foral de Navarra o Fuero Nuevo	498
XII.- LA PENSIÓN COMPENSATORIA EN EL DERECHO COMPARADO DE LOS PAÍSES DE NUESTRO ENTORNO JURÍDICO-CULTURAL: FRANCIA, ITALIA Y	

PORTUGAL	502
XII.1.- La pensión compensatoria en Francia	502
XII.2.- La pensión compensatoria en Italia	504
XII.3- La pensión compensatoria en Portugal	505
CONCLUSIONES	507
BIBLIOGRAFÍA	528
JURISPRUDENCIA	547

## ABREVIATURAS

AC	Actualidad Civil
AP	Audiencia Provincial
apdo.	apartado
art.	artículo
CC	Código Civil
CCAA	Comunidades Autónomas
CCCat	Código Civil de Cataluña
CCF	Código Civil francés
CCI	Código Civil italiano
CCP	Código Civil portugués
C DFA	Código del Derecho Foral de Aragón
CE	Constitución Española
Coord.	coordinador
CP	Código Penal
DA	Disposición Adicional
DGRN	Dirección General del Registro y del Notariado
DGSJFP	Dirección General de la Seguridad General de Seguridad Jurídica y Fé Pública
Ed.	Editorial
FN	Fuero Nuevo
IBI	Impuesto sobre Bienes Inmuebles
JUR	jurisprudencia
LAU	Ley de Arrendamientos Urbanos
LECiv	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECrím	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LJV	Ley de la Jurisdicción Voluntaria
LAJ	letrado de la Administración de Justicia
LH	Ley Hipotecaria
LO	Ley Orgánica

LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOPJM	Ley Orgánica de protección jurídica al menor
LOPM	Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia
LOVG	Ley Orgánica de Violencia de Género
LPM	Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia
LRF	Ley de relaciones familiares
pág.	página
p. ej.	por ejemplo
PEF	punto de encuentro familiar
R	resolución
RD	Real Decreto
RH	Reglamento Hipotecario
RRC	Reglamento del registro civil
S	sentencia
SS	sentencias
ss.	siguientes
SAP	sentencia de la Audiencia Provincial
STS	sentencia del Tribunal Supremo
STC	sentencia del Tribunal Constitucional
TICS	tecnologías de la información y la comunicación
TRLRHL	texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UE	Unión Europea

## CAPÍTULO I

### EFFECTOS DE CARÁCTER PERSONAL DE LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO

#### **I.- LA SEPARACIÓN DE LOS CÓNYUGES**

El art. 81 del CC dispone que:

*“Se decretará judicialmente la separación cuando existan hijos menores no emancipados o hijos mayores respecto de los que se hayan establecido judicialmente medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio:*

*1.º A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. A la demanda se acompañará una propuesta de convenio regulador redactada conforme al artículo 90 de este Código.*

*2.º 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.*

*A la demanda se acompañará propuesta fundada de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación”.*

El art. 81 del CC es el primero de los dedicados a regular el régimen jurídico de la separación. Este artículo y los ss. del CC pretenden dar cumplimiento al art. 32 de la CE, que dispone que la ley regulará las causas de separación del matrimonio y sus efectos.

La Ley 15/2005 introdujo dos reformas esenciales y necesarias en la normativa reguladora de la separación y el divorcio vigente desde 1981. Por una parte, elimina las causas que se alegaban para que tuviera lugar la separación y el divorcio, en consecuencia, el demandado no puede oponerse a la petición por motivos materiales y el juez, si concurren los requisitos que exige la ley para la separación, deberá concederla, salvo por motivos procesales; y, por otra parte, se deja a la voluntad de los cónyuges la elección entre la separación y el divorcio.

El art. 81 del CC se refiere únicamente a la separación legal sin aludir a la separación de hecho.

Los cónyuges que hayan contraído matrimonio canónico, pueden interponer una demanda de separación ante la jurisdicción eclesiástica, y el tribunal eclesiástico la tramitará según su legislación procesal, sin embargo, la sentencia que pueda recaer, carecerá de efectos civiles, al no estar recogida en el art. 80 del CC.

La acción de separación matrimonial tiene carácter personalísimo, por lo que los herederos no están legitimados para continuar un procedimiento.

Si un cónyuge se encuentra incapacitado, su tutor está legitimado para ejercitar la acción de separación, ya que negarle tal posibilidad violaría el derecho a la igualdad de los cónyuges (art. 14 de la CE) y a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la CE).

### **I.1.- La separación de mutuo acuerdo**

Regula el art. 81 del CC dos tipos de separación legal que se tramitarán ante el juez: de mutuo acuerdo y contenciosa.

La demanda de separación de mutuo acuerdo se tramitará por el procedimiento establecido en el art. 777 de la LECiv y para que prospere la acción de separación, deben acreditarse los tres requisitos siguientes:

- Que exista un mutuo acuerdo en la pretensión de separación, que exige que el consentimiento de los cónyuges debe ser expreso, sin que quepa la posibilidad de deducirse tácita o presuntamente. Por este motivo, la demanda deben interponerla conjuntamente los dos cónyuges, aunque cabe la interposición individual acreditando contar con el consentimiento del otro.

- Que hayan transcurrido al menos tres meses desde la celebración del matrimonio, plazo que comienza a contarse desde el momento de la celebración del matrimonio, con independencia del momento de su inscripción, aunque la misma es necesaria pues, en otro caso, no podrá acompañarse a la demanda la certificación de la inscripción del

matrimonio en el Registro Civil, como exige el art. 777.2 de la LECiv. Esta certificación sirve para acreditar que efectivamente ha transcurrido el plazo.

- Que con la demanda se presente una propuesta del convenio regulador de la separación.

Cuando la demanda de separación se presenta por la vía contenciosa por uno solo de los cónyuges, se puede reconducir a mutuo acuerdo (art. 770.5ª de la LECiv) si se alcanza un consenso entre ambos cónyuges durante el procedimiento.

El art. 777.2 de la LECiv enumera otros documentos que deben acompañarse a la demanda, como el certificado de la inscripción de nacimiento de los hijos en el Registro Civil, si los hay; los documentos en que los cónyuges funden sus derechos; y, en su caso, el acuerdo final alcanzado entre los cónyuges.

Ante la decisión de los cónyuges de separarse, el juez debe limitarse a comprobar que se cumplen los requisitos legales: existencia de matrimonio, transcurso de al menos tres meses desde su celebración, y voluntad expresa de los contrayentes de separarse.

Es imprescindible la ratificación de cada cónyuge por separado ante el juez (art. 777.3 de la LECiv), pues es la que corrobora la decisión de separarse. El juez no valora los motivos que llevan a los cónyuges a separarse, ahora bien, tiene que analizar el contenido del convenio regulador aportado por los cónyuges, denegando la aprobación de todo o la parte del convenio que resulte dañosa para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges (art. 90 del CC).

## **I.2.- La separación contenciosa**

Si ambos cónyuges no desean separarse o si no logran alcanzar un acuerdo que sea plasmado en el convenio regulador, hay que presentar una demanda e iniciar un

procedimiento de separación contenciosa regulado en el art. 81.2º del CC y tramitado en el art. 770 de la LECiv.

La separación contenciosa exige la concurrencia de dos requisitos: la voluntad unilateral de un cónyuge de separarse y que se acompañe a la demanda una propuesta de medidas relativas a los efectos de la separación, contenidas en los arts. 91 y ss. del CC.

Además, es necesario que hayan transcurrido al menos tres meses desde la celebración del matrimonio. Sin embargo, no es necesario que transcurra este plazo trimestral 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”*.

Esta excepción introduce, nuevamente, el causalismo ya que el cónyuge que pretenda instar la separación antes de los tres meses, deberá acreditar el riesgo.

Además, ha de existir violencia doméstica, en los términos del art. 544.ter.1 de la LECrim, deben concurrir indicios fundados de la comisión de un delito contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual; y de esos indicios se deriva una situación objetiva de riesgo que ha de afectar al cónyuge demandante o a los hijos de ambos cónyuges.

En ningún caso, está legitimado para interponer la demanda antes del plazo previsto de los tres meses, el cónyuge agresor.

Esta excepción se aplica con independencia del sexo del agresor y de la víctima, y es posible en un matrimonio entre personas del mismo o de distinto sexo. Ahora bien, si el cónyuge que sufre ese riesgo es una mujer y el agresor es un varón, se tratará de un caso de violencia de género (art. 1.3 LO 1/2004), por lo que el juzgado competente para



conocer de esa demanda puede ser el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, en los términos previstos en el art. 87.ter.2 y 3 de la LOPJ<sup>1</sup>.

La Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica<sup>2</sup>, confiere una nueva redacción al párr.1º del art. 81 CC, cuyo texto pasa a ser el siguiente:

*“Se decretará judicialmente la separación cuando existan hijos menores no emancipados o mayores respecto de los que se hayan establecido judicialmente medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio”.*

También se reformó el art. 82 del CC para darle la redacción que sigue:

*«1. Los cónyuges podrán acordar su separación de mutuo acuerdo transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio mediante la formulación de un convenio regulador ante el letrado de la Administración de Justicia o en escritura pública ante notario, en el que, junto a la voluntad inequívoca de separarse, determinarán las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación en los términos establecidos en el artículo 90. Los funcionarios diplomáticos o consulares, en ejercicio de las funciones notariales que tienen atribuidas, no podrán autorizar la escritura pública de separación.*

*Los cónyuges deberán intervenir en el otorgamiento de modo personal, sin perjuicio de que deban estar asistidos por letrado en ejercicio, prestando su consentimiento ante el letrado de la Administración de Justicia o notario. Igualmente los hijos mayores o menores emancipados deberán otorgar el consentimiento ante el letrado de la Administración de Justicia o notario respecto de las medidas que les afecten por carecer de ingresos propios y convivir en el domicilio familiar.*

*2. No será de aplicación lo dispuesto en este artículo cuando existan hijos en la situación a la que se refiere el artículo anterior.»*

En ambos casos, la reforma está incluyendo, como novedad, a los hijos mayores de edad con discapacidad quienes se asimilan a los menores de edad en los casos en que formen parte de una familia que, una vez devenida la crisis matrimonial, pretenda la aprobación de un convenio regulador de separación o divorcio, quedando relegada su aprobación exclusivamente al juez, no siendo válida la separación consensual ante el notario ni ante el letrado de la Administración de Justicia.

---

<sup>1</sup>DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Comentario al art. 81 del CC”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Comentarios al Código Civil*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 846 - 857.

<sup>2</sup> Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (BOE de 3 de junio de 2021, núm. 132).

### **I.3.- La separación legal**

Anteriormente, se hablaba de separación judicial y de separación de hecho, pero la Ley 15/2015, de 2 de julio, *de la Jurisdicción Voluntaria*, al admitir determinados supuestos de separación ante el letrado de la Administración de Justicia y ante notario, obliga a sustituir el término separación judicial por el de separación legal.

Establece el art. 83 del CC:

*“La sentencia o decreto de separación o el otorgamiento de la escritura pública del convenio regulador que la determine producen la suspensión de la vida común de los casados y cesa la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica. Los efectos de la separación matrimonial se producirán desde la firmeza de la sentencia o decreto que así la declare o desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública conforme a lo dispuesto en el artículo 82. Se remitirá testimonio de la sentencia o decreto, o copia de la escritura pública al Registro Civil para su inscripción, sin que, hasta que esta tenga lugar, se produzcan plenos efectos frente a terceros de buena fe”.*

El art. 83 del CC regula los dos efectos principales, si bien no los únicos, que produce la sentencia de separación:

- En primer término, una vez dictada la sentencia de separación, se suspende la vida en común, ya que el deber de convivencia entre los cónyuges, decae, si bien subsiste el vínculo entre ellos hasta que no se produzca el divorcio.
  
- El segundo de los efectos es la desvinculación patrimonial en la responsabilidad doméstica.

Constante el matrimonio, de las deudas contraídas por uno de los cónyuges con un acreedor responden, en primer lugar, los bienes comunes de los dos cónyuges y los del cónyuge que contrajo la obligación, y subsidiariamente, los del cónyuge no deudor (art. 1319.II del CC).

Una vez dictada la sentencia de separación e inscrita en el Registro Civil, no hay gastos comunes a los que tengan que hacer frente los dos cónyuges y cada uno tiene libertad para crear su propia necesidad doméstica independiente. El art. 1319.II del CC protege a los terceros acreedores, por lo que se exige que la sentencia de separación esté inscrita, así, se comunicará de oficio al Registro Civil para la práctica de los asientos que correspondan (arts. 755 de la LECiv y art. 264 del RRC<sup>3</sup>), inscribiéndose al margen de la certificación de matrimonio<sup>4</sup>.

#### **I.4.- La reconciliación de los cónyuges separados**

El art. 84 del CC dispone que:

*“La reconciliación pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo resuelto en él, pero ambos cónyuges separadamente deberán ponerlo en conocimiento del Juez que entienda o haya entendido en el litigio. Ello no obstante, mediante resolución judicial, serán mantenidas o modificadas las medidas adoptadas en relación a los hijos, cuando exista causa que lo justifique.*

*Cuando la separación hubiere tenido lugar sin intervención judicial, en la forma prevista en el artículo 82, la reconciliación deberá formalizarse en escritura pública o acta de manifestaciones. La reconciliación deberá inscribirse, para su eficacia frente a terceros, en el Registro Civil correspondiente”.*

La reconciliación puede considerarse como la declaración de voluntad emitida por ambos cónyuges por la que expresan su intención de proseguir la vida matrimonial después de un período de separación. El art. 84 del CC no enumera todos los efectos que ésta produce, ni se define al instituto de la reconciliación.

Para que exista reconciliación deben concurrir dos requisitos: uno objetivo y material, cual es el efectivo restablecimiento de la convivencia; y otro subjetivo e intencional, que es el firme deseo de los cónyuges de volver a asumir desde ese instante todos los deberes que los arts. 66 a 68 del CC les imponen.

---

<sup>3</sup> Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil (BOE de 11 de diciembre de 1958, núm. 296).

<sup>4</sup> DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Comentario al art. 83 del CC”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Comentarios al Código Civil, op. cit.*, págs. 858 - 864.

En determinados casos, basta el animus para que haya reconciliación; así sucederá cuando alguno de los cónyuges no conviva circunstancialmente en el domicilio conyugal.

Sin embargo, cuando falta el animus, no puede haber reconciliación, a pesar de vivir ambos bajo el mismo techo, si no hay voluntad presente de querer reiniciar, con vocación de permanencia, el proyecto de vida en común.

La reconciliación es bilateral, ya que necesita el consentimiento de ambos contrayentes; y es un acto personalísimo, en el que la declaración de voluntad de las partes puede exteriorizarse de manera expresa o tácita, a través de hechos concluyentes, de los que derivan tanto el corpus como el animus de la reconciliación.

El acuerdo de reconciliación no tiene características formales, ni es necesario que se digan las causas que lo motivan y en el caso de pactar alguna condición o término, se tendrán por no puestos.

El art. 84 del CC establece los efectos de la reconciliación formal o judicial, que es aquella que se comunica al juez que tramita o ha tramitado la separación legal.

La reconciliación aformal o extrajudicial, la que no se ha comunicado al juez, produce efectos entre los cónyuges, pero nunca frente a terceros de buena fe, pues para ello deberá estar inscrita en el Registro Civil, enervando los efectos propios de la sentencia de separación inscrita.

Con la reconciliación desaparecen los efectos producidos por la sentencia de separación ex art. 83 del CC, pero hay que tener en cuenta lo siguiente:

Para que se produzca la reconciliación se requiere que los cónyuges convivan nuevamente en común.

Si el régimen económico entre los cónyuges era el de la sociedad de gananciales, este régimen se disuelve tras la sentencia de separación (art. 1392.3º del CC) y aunque ambos se reconcilien, salvo que los cónyuges establezcan otra cosa, se modifica por el régimen de separación de bienes (art. 1435.3º del CC).

La reconciliación de los cónyuges no modificará el régimen de separación de bienes (art. 1443 del CC) y, bajo este régimen, de las deudas contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica se responderá conforme a lo establecido en el art. 1440.II del CC.

La comunicación al juez deberán realizarla ambos cónyuges, separadamente, como aclara, quizás innecesariamente, el art. 84.I del CC, para evitar que la reconciliación se produzca por la presión ilegítima de uno de los cónyuges sobre el otro.

El juez tiene que admitir y reconocer la reconciliación, dictando un auto al efecto por el que se tiene a los cónyuges por reconciliados. En ese mismo auto deberá acordar, en su caso, el mantenimiento o modificación de las medidas adoptadas en relación a los hijos (art. 84.II del CC), y deberá acordar también el levantamiento de las posibles medidas cautelares o ejecutivas que se hubieran adoptado. Además, si ya existe una sentencia firme de separación, el auto deberá remitir un testimonio del mismo al Registro Civil, para que se proceda a su anotación en la inscripción del matrimonio.

Tras la comunicación de la reconciliación al juez, se producen automáticamente (ex lege) los siguientes efectos:

- Si se ha dictado sentencia de separación, queda sin efecto lo en ella resuelto, salvo en lo relativo a las medidas adoptadas en interés de los hijos, por tanto, la reconciliación tiene consecuencias ex tunc, careciendo de eficacia retroactiva.

- Si no se ha dictado sentencia, se pondrá término al procedimiento de separación, normalmente por vía de desistimiento del cónyuge demandante o de los dos en el supuesto del art. 81.1º del CC.

El juez debe mantener o modificar las medidas adoptadas en cualquier momento del proceso en relación a los hijos, cuando exista causa que lo justifique y velando por su protección (art. 84.II del CC).

## **II.- LA DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO**

El art. 85 del CC establece que:

*“El matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio”.*

Se denomina divorcio a la institución legal que permite la disolución vincular del matrimonio en vida de ambos cónyuges. Los efectos del divorcio se extienden a todo matrimonio cualquiera que fuese la forma de celebración: civil o religiosa y el tiempo en que esta tuvo lugar.

Se prescinde de una causa que podrá existir pero que resulta, a efectos de la ruptura misma, irrelevante, por lo que se dispone en el art. 86 del CC:

*“Se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno sólo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurren los requisitos y circunstancias exigidos en el artículo 81”.*

Se concibe el matrimonio como una forma institucional de convivencia cuya vigencia depende de la voluntad constante de ambos cónyuges. Por ello el divorcio sólo se diferencia, como opción de la cesación de convivencia, de la separación en que aquel extingue el vínculo matrimonial y ésta se constriñe a la cesación de las obligaciones del matrimonio.

El texto legal favorece el divorcio por mutuo consentimiento, ahora bien, no impide que éste se derive de la voluntad unilateral de uno de los cónyuges sin que medie para su declaración más causa que su propia falta de voluntad para seguir casado<sup>5</sup>.

El divorcio, introducido en el CC en 1981, se trataba de un sistema causal, en el que sólo cabía el divorcio cuando concurría alguna de las causas legalmente previstas en el antiguo art. 86 del CC. Todas las causas de divorcio tenían carácter objetivo, ya que dependían de hechos objetivos (el cese efectivo de la convivencia, la duración de este cese de la convivencia, la existencia de una sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge, ascendientes o descendientes, etc.). El sistema que primaba era el del divorcio-remedio y la separación era una fase previa, obligatoria para alcanzar el divorcio.

La Ley 15/2005 dio también una nueva redacción al art. 86 del CC, al tiempo que derogó el art. 87 del CC, lo que supuso una reforma radical de esta institución, por las dos razones que siguen:

1ª) Por una parte, se suprimen las causas del divorcio, así que al igual que vimos en la separación, el cónyuge que desee divorciarse no tendrá que alegar ninguna causa, el demandado no podrá oponerse a la petición por motivos materiales y el juez no podrá rechazarla salvo por motivos procesales.

2ª) Por otra parte, la separación y el divorcio coexisten como dos opciones jurídicas independientes a elegir libremente entre los cónyuges, si bien, en la práctica, la mayoría de los cónyuges acuden directamente al divorcio.

Los presupuestos del divorcio son los mismos que los de la separación, en virtud de la remisión que el art. 86 del CC hace al art. 81 del CC. Así, el divorcio puede ser de mutuo acuerdo o contencioso.

---

<sup>5</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil. Tomo IV. Familia*, Ed. Dykinson, Madrid, 2017, págs. 82 - 92.

El divorcio es de mutuo acuerdo cuando se solicita por los dos cónyuges, o por uno con el consentimiento del otro, exigiéndose que hayan transcurrido, al menos, tres meses desde la celebración del matrimonio, y que se aporte una propuesta de convenio regulador conforme al art. 90 del CC con la demanda de mutuo acuerdo. El procedimiento se tramitará conforme lo establecido en el art. 777 de la LECiv.

El divorcio sigue el procedimiento contencioso cuando lo solicita uno de los cónyuges por medio de una demanda y no se alcanza un acuerdo sobre el contenido del convenio regulador. Al igual que en la separación y en el caso anterior, es necesario que hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio. El procedimiento se tramitará por lo dispuesto en el art. 770 de la LECiv.

No se requiere que transcurran los tres meses desde la celebración del matrimonio, 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”*. Respecto a cada uno de estos requisitos, son los mismos que se han comentado respecto al art. 81 del CC<sup>6</sup>.

### **III.- LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LAS CRISIS MATRIMONIALES**

Los arts. 90 y ss. del CC regulan las medidas de carácter personal y patrimonial que van a regir la situación que se produce tras la crisis del matrimonio, con el objeto de determinar, en interés de los hijos, a cuál de los cónyuges se atribuirá su custodia, el régimen de comunicaciones del progenitor no custodio con los hijos menores o incapacitados, la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos, la atribución del uso de la vivienda familiar y de ser el caso, la pensión compensatoria que deba establecerse en favor del cónyuge a quien la ruptura produzca un desequilibrio económico.

---

<sup>6</sup> DÍAZ MARTÍNEZ, A.: *“Comentario al art. 86 del CC”*, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Comentarios al Código Civil, op. cit.*, págs. 878 - 880.



Así, según establece el párr. 1º del art. 91 del CC, las sentencias de separación o divorcio, necesariamente, deben referirse a determinados aspectos sustanciales, teniendo en cuenta que el art. 92 del CC establece que las medidas sobre el cuidado o educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de éstos. Los arts. 93 y 94 del CC regulan, respectivamente, el deber de alimentos y el derecho de visitas, y por su parte, el art. 96 del CC determina los criterios a seguir en orden a la atribución de la vivienda familiar.

La Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, añade un nuevo párr. 2º al art. 91, que queda redactado de la siguiente manera:

*“Cuando al tiempo de la nulidad, separación, o divorcio existieran hijos comunes mayores de dieciséis años que se hallasen en situación de necesitar medidas de apoyo por razón de su discapacidad, la sentencia correspondiente, previa audiencia del menor, resolverá también sobre el establecimiento y modo de ejercicio de éstas, las cuales, en su caso, entrarán en vigor cuando el hijo alcance los dieciocho años de edad. En estos casos la legitimación para instarlas, las especialidades de prueba y el contenido de la sentencia se regirán por lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil acerca de la provisión judicial de medidas de apoyo a las personas con discapacidad”.*

En el mismo se establece que, cuando al tiempo de la separación o divorcio existieran hijos comunes mayores de dieciséis años que se hallasen en situación de necesitar medidas de apoyo por razón de su discapacidad, la sentencia correspondiente, previa audiencia del menor, resolverá también sobre el establecimiento y modo de ejercicio de estas, las cuales, en su caso, entrarán en vigor cuando el hijo alcance los dieciocho años de edad.

En estos casos, la legitimación para instarlas, las especialidades de prueba y el contenido de la sentencia se regirán por lo dispuesto en la LECiv acerca de la provisión judicial de medidas de apoyo a las personas con discapacidad. A fin de ajustar la regulación procesal, la Ley 8/2021 modifica los arts. 770, 771, 775 y 777 de la LECiv.

Por tanto, se integra en el ámbito del proceso matrimonial la adopción de las medidas de apoyo a los hijos comunes, mayores de dieciséis años, al tiempo de la demanda. El problema principal que plantea el precepto es el de la constitución de la

relación jurídico-procesal, pues el hijo debe intervenir en el proceso conforme a lo dispuesto en el art. 758 LECiv.

En todo caso, la adopción de las medidas de apoyo debe cumplir con las especialidades del art. 759 de la LECiv, lo cual tiene incidencia singular en el procedimiento matrimonial de mutuo acuerdo, donde deberán sustanciarse los trámites de prueba preceptiva prevenidos en el precepto.

En este punto, el art. 770.8º de la LECiv establece que, en los procesos matrimoniales en que existieran hijos comunes mayores de dieciséis años que se hallasen en situación de necesitar medidas de apoyo por razón de su discapacidad, se seguirán, en su caso, los trámites establecidos en esta ley para los procesos para la adopción judicial de medidas de apoyo a una persona con discapacidad.

Una cuestión que se plantea es si el proceso matrimonial es el adecuado cuando los progenitores pretendan que el curador del hijo común lo sea una tercera persona. Aquí parece claro que la ordenación procesal y sustantiva tiende a integrar las medidas de apoyo en el proceso matrimonial cuando sean los progenitores quienes pretendan desempeñar la función de curador, pero no cuando se pretenda que la curatela se ejerza por una tercera persona, en cuyo caso, habrá de seguir el cauce general de adopción de medidas de apoyo.

Otra cuestión que puede plantearse en el ámbito de la nueva ordenación procesal se refiere al cauce procesal para la modificación de medidas adoptadas en la sentencia dictada en el proceso matrimonial, cuando su objeto se refiere, exclusivamente, a las medidas de apoyo adoptadas respecto de los hijos comunes en situación de discapacidad.

El proceso del art. 775 de la LECiv tiene como objeto la modificación de las medidas definitivas que rigen la separación, nulidad o divorcio, pero no alcanza al caso donde lo que se pretende, exclusivamente, es la revisión de las medidas de apoyo

adoptadas judicialmente en el proceso matrimonial, donde es de aplicación lo dispuesto en el art. 761 de la LECiv, el cual se remite a los trámites prevenidos en la LJV.

Finalmente, a la hora de adoptarse las medidas, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 254 del CC, que contempla la relevancia de la voluntad de la persona interesada, bien por haber realizado sus propias previsiones para cuando alcance la mayoría de edad, bien por la expresión de sus deseos y preferencias en el proceso.

La reforma introduce amparo legal a los menores de edad con discapacidad que ya hayan cumplido los dieciséis años, con la voluntad de que las medidas que tengan que ver con ellos se adopten en la separación o el divorcio y que se prorrogarán o entrarán en vigor, una vez cumplida la mayoría de edad<sup>7</sup>.

### **III.1.- Los pactos entre los cónyuges**

Las mismas medidas que se establecen en el párr. 1º del art 91 del CC, se reiteran en el art. 90 del CC, si bien este artículo hace referencia al contenido del convenio regulador.

En consecuencia, se trata de unas normas de derecho necesario o de *ius cogens* que tutelan el interés del menor como bien jurídico prioritario susceptible de protección.

Los pactos entre los cónyuges en la separación o divorcio son válidos y eficaces mientras respeten la autonomía de la voluntad y la esencia de la institución misma, dado que la legislación vigente reconoce un auténtico contractualismo en el ámbito del Derecho de familia.

Respecto a la eficacia de los pactos relativos al matrimonio se distingue, por una parte, el convenio regulador de separación o divorcio (arts. 81 y 86 del CC, en relación con los arts. 90 y 103 del CC), y por otra parte, aquellos acuerdos alcanzados por la

---

<sup>7</sup> SOSPEDRA NAVAS, F. J.: “Comentario de la ley 8/2021, de 2 de junio, de reforma para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad, *Aranzadi digital*, núm. 1/2021 [BIB 2021\3733].

voluntad de los cónyuges, que no pueden calificarse de verdadera *conditio iuris*, pero que adquieren eficacia en virtud del art. 1323 del CC.

Los cónyuges, con fundamento en su autonomía de la voluntad, pueden pactar los efectos que producirá su separación o divorcio y esos acuerdos privados serán válidos (art. 1255 del CC), cuando concurran los requisitos mínimos imprescindibles (art. 1261 del CC), y en los que no se exige una forma específica (art. 1278 en relación con el art. 1280 del CC).

El ámbito en el que se pueden alcanzar los pactos entre los cónyuges es el que concierne a la crisis matrimonial, se plasma en un convenio regulador y se presenta a para su aprobación ante el juez, al letrado de la Administración de Justicia o notario, en estos dos últimos casos, siempre que concurran las circunstancias exigidas para ello por la ley.

Respecto de los convenios presentados para su homologación en el proceso, el art. 90 del CC dispone que los pactos conyugales se deberán someter a la aprobación judicial, sin diferenciar que se trate de un procedimiento de mutuo acuerdo o contencioso, denominándose convenio regulador. Los acuerdos de las partes pueden producirse respecto de la decisión judicial definitiva que se adopte al concluir el procedimiento y también, con carácter previo, en relación con las medidas provisionales.

Se pueden producir tres situaciones:

- La primera de ellas se refiere al convenio regulador que es aprobado en virtud de una sentencia judicial, el que es aprobado por decreto firmado por el letrado de la Administración de Justicia, así como la elevación a escritura pública por el notario, en todos los casos, el convenio produce los mismos efectos procesales.

- La segunda situación es aquella en la que el convenio ha sido elaborado para presentarlo a la aprobación judicial, al letrado de la Administración de Justicia o su elevación a escritura pública por el notario y uno de los cónyuges no lo ratifica, lo que

conlleva el incumplimiento de la antedicha *conditio iuris* a la que se supedita su eficacia jurídica y nos encontraríamos ante un documento privado firmado por las partes, con la eficacia que le confiere la ley a los contratos privados.

- La tercera de las hipótesis se refiere a un convenio suscrito por los cónyuges al margen de todo procedimiento judicial o notarial, con el objeto de regular sus relaciones para el caso de ruptura matrimonial y que, una vez devenida la crisis, lo han cumplido efectivamente. En este caso, se produce un negocio jurídico que no puede excluirse de las previsiones del art. 1091 del CC, según el cual, las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos.

### **III.2.- Contenido de los acuerdos**

Los cónyuges pueden acordar lo que estimen pertinente sobre las cuestiones relativas a las consecuencias de la ruptura matrimonial, siempre que se trate de materias disponibles, como norma general.

DÍAZ MARTÍNEZ<sup>8</sup> sostiene que el convenio regulador debe referirse a todas aquellas cuestiones que se derivan de la ruptura de la convivencia matrimonial, sin que sea imprescindible recoger, en todo caso, las circunstancias previstas en el art. 90.I del CC. Además, podrán adoptarse acuerdos sobre materias no comprendidas en dicho artículo, pudiendo contener, así, pactos típicos y atípicos. Si el pacto se incluye en una sentencia de separación, salvo que, expresamente, se indique que sólo tiene efectos en la separación, mantiene su eficacia después del posterior divorcio.

Tanto los cónyuges como el juez podrán establecer cualquier tipo de garantía que asegure el cumplimiento del convenio, que no ha de ser, necesariamente, un derecho real o personal de garantía (art. 90.IV del CC).

---

<sup>8</sup> DÍAZ MARTÍNEZ, A.: "Comentario al art. 90 del CC", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Comentarios al Código Civil, op. cit.*, págs. 887 - 923.

En el caso de que el convenio regulador contenga estipulaciones atributivas de la propiedad u otros derechos reales a alguno de los cónyuges, cabe su inscripción en el Registro de la Propiedad, para lo cual se presentará el convenio judicialmente homologado, como así lo han confirmado diversas resoluciones de la doctrina de la Dirección General del Registro y del Notariado, hoy Dirección General de la Seguridad General de Seguridad Jurídica y Fé Pública, como las siguientes:

La RDGRN 2951/2015, de 27 de febrero de 2015 [RJ 2015/2315], inscribe un convenio regulador que dividía una comunidad pro indiviso entre los cónyuges respecto a unas plazas de garaje que no estaban vinculadas a la vivienda habitual: *“En el caso de este expediente, los cónyuges dentro de las cláusulas del convenio regulador incluyen la extinción del proindiviso existente sobre los bienes en copropiedad de las partes, por lo que aun cuando no conste la vinculación de las plazas de aparcamiento a la vivienda habitual en los términos a que se ha hecho anteriormente referencia, es indudable que conforme la legislación de aplicación que se ha mencionado puede incluirse en el convenio la extinción de la copropiedad”*.

Del mismo modo, la RDGRN 1351/2016, de 19 de enero de 2016 [RJ 2016/2975], inscribe una vivienda que se había adjudicado en sentencia de divorcio en los siguientes términos: *“Sólo en el caso de que la finca apareciese inscrita como privativa a nombre del cónyuge al que se conceda el derecho de uso, procedería rechazar la inscripción de dicho derecho, dado que como se ha señalado en diferentes resoluciones reseñadas en los vistos, en tal caso el uso y disfrute de la vivienda le vienen atribuidos al cónyuge por el dominio pleno que sobre ella ostenta y, en consecuencia, carece de interés el reflejo registral del derecho de uso atribuido judicialmente. Fuera de este supuesto la inscripción será perfectamente admisible. Incluso, en situaciones que el derecho de uso se atribuye a uno de los cónyuges sobre una vivienda que es titularidad de ambos esposos en gananciales, y a pesar de que tanto la facultad de ocupación de la vivienda (art. 394 del CC) como la de limitar la libre disposición del bien, al exigirse el consentimiento de ambos cónyuges para la realización de actos de disposición a título oneroso o gratuito (cfr. arts. 1377 y 1378 del CC) –al corresponder la gestión y disposición de los bienes*

*gananciales, en defecto de pacto en capitulaciones, conjuntamente a ambos cónyuges (art. 1375 del CC)–, se encuentran ya ínsitas en la titularidad ganancial de la vivienda habitual que corresponde al cónyuge adjudicatario del derecho de uso, la Resolución de 24 de octubre de 2014 ha admitido la inscripción del uso.*

Pues bien, si ningún obstáculo había para la inscripción del derecho de uso cuando la vivienda aparecía inscrita a nombre de ambos cónyuges por mitades indivisas, menos aún los habrá cuando la titularidad sea exclusiva del esposo al que no se le ha atribuido tal derecho. Es por ello que tampoco cabe invocar como impedimento de la inscripción el principio de prioridad registral y el art. 17 de la LH, ya que el derecho de uso configurado en la sentencia objeto de calificación es perfectamente compatible con la nueva situación de titularidad sobre la finca derivada de la inscripción de la escritura de disolución de condominio”.

Asimismo, admite la inscripción la RDGRN 8051/2018, de 30 mayo de 2018 [RJ 2018\2512], de un convenio regulador de divorcio aprobado por sentencia, en el que se atribuye la guarda y custodia de un menor a la madre, al considerar que no es preciso señalar el límite temporal del derecho de uso asignado a la misma a efectos de su acceso al Registro de la Propiedad: “Este contenido patrimonial del derecho de uso, y la posibilidad de su acceso al Registro de la Propiedad, tienen como consecuencia que, con independencia de que se trate, como ya se ha señalado, de un derecho encuadrable dentro de la categoría de los derechos familiares, deban ser respetadas las reglas configuradoras de los derechos reales y los exigencias derivadas de los principios hipotecarios. Así lo ha sostenido este Centro Directivo en Resoluciones como la de 4 de septiembre de 2017 [RJ 2017/4348], que impide la inscripción del derecho de uso si la vivienda afectada pertenece a un tercero que no ha sido parte en el proceso de divorcio. O la de 8 de marzo de 2018, que considera que si el titular de dicho derecho de uso, pudiendo hacerlo no ha inscrito su derecho en el Registro no podrá oponerlo frente a terceros que sí hayan inscrito los suyos. Esto supone que si el derecho de uso no está inscrito, no podrá oponerse al adquirente del inmueble que cumpla los requisitos del art. 34 de la LH y, en cuanto al procedimiento de

ejecución, no podrá tener intervención en el mismo, en la forma prevista en el art. 662 de la LECiv que exige que acredite la inscripción de su título de adquisición.

También el TS (SSTS de 18 de enero de 2010, 18 de marzo de 2011 y 30 de enero de 2015), al tratar las implicaciones que la atribución del derecho de uso pueda tener en aquellos casos en que la vivienda afectada pertenece a un tercero distinto de los esposos, señala que la solución a estos conflictos debe ser dada desde el punto de vista del Derecho de propiedad y no desde los parámetros del Derecho de familia.

Por todo ello, conviene resaltar que, desde el punto de vista de la legislación registral, uno de sus pilares básicos que permiten garantizar la oponibilidad y conocimiento de los derechos inscritos por parte de los terceros, –y por ende, favorecer también la propia protección del titular registral– es el denominado principio de especialidad o determinación registral, que consagrado en los arts. 9 de la LH y 51 del RH, impone que los derechos que pretendan acceder al Registro deberán estar perfectamente determinados en sus aspectos subjetivos, objetivos y contenido, incluyendo por tanto los límites temporales de su duración [...].

Por ello, y presenciando un supuesto de hecho en que existe un hijo menor de edad cuya custodia se atribuye a la madre, no resulta preciso señalar el límite temporal del derecho de uso asignado a la misma a efectos de su acceso al Registro de la Propiedad. Procede, por tanto, estimar el recurso y revocar el defecto recogido en la nota de calificación”.

En último término, la RDGSJFP 11270/2021, de 15 junio de 2021 [RJ 2021\3481], admite la inscripción de un convenio regulador de un divorcio por el que se atribuye el usufructo vitalicio a uno de los cónyuges como consecuencia del cese de la convivencia entre el matrimonio, al establecer: “En efecto, por un lado, el derecho de ocupación que atribuye el uso de la vivienda familiar, sin perjuicio de la limitación de su carácter temporal y provisional, tiene un contenido más intenso que el derecho posesorio y de disfrute que genera la titularidad ganancial del bien, pues como en toda comunidad, salvo



pacto en contrario en el título constitutivo, el derecho de servirse de la cosa común aparece comprimido por la exigencia de que su ejercicio no impida, a su vez, a los copartícipes utilizarlas según su propio derecho (arts. 392 y 394 del CC), en tanto que en el caso del derecho de uso de la vivienda familiar a que se refiere el art. 96 del CC lo que se pretende, como afirma la STS de 4 de abril de 1997, "es garantizar este derecho de ocupación del cónyuge e hijos a quienes se les ha atribuido el uso" (vid. SSTS de 22 de diciembre de 1992 [RJ 1992/ 10684], 14 de julio de 1994 [RJ 1994/6439] y 16 de diciembre de 1995 [RJ 1995/9144]), y ello de forma adaptada a las circunstancias propias de las situaciones de crisis matrimonial que generan (aunque no imponen), por lo común, una ruptura o cese de la convivencia conyugal de los ex esposos (art. 102.1 del CC), y por tanto, dando lugar a una configuración del citado derecho de uso de la vivienda familiar de carácter excluyente respecto del cónyuge no adjudicatario del derecho de uso [...].

Estas consideraciones son aplicables al presente caso en que se atribuye en el convenio regulador el usufructo vitalicio a uno de los cónyuges como consecuencia del cese de la convivencia entre aquéllos.

A ello tampoco puede oponerse el hecho de que la liquidación de la sociedad de gananciales sea parcial, referida únicamente a determinados fondos de inversión y cuentas corrientes y no a la propiedad de la referida vivienda. Debe advertirse que no es necesario que el convenio regulador contenga necesariamente la liquidación del régimen de la sociedad de gananciales. Como ha afirmado la Resolución de este Centro Directivo de 19 de julio de 2011 [RJ 2011/6278] (con criterio reiterado en la citada Resolución de 24 de octubre de 2014), «es cierto que la liquidación de los gananciales puede hacerse en el convenio regulador, pero ello no quiere decir que deba hacerse necesariamente en el mismo, pues el art. 90 del CC no la impone con carácter obligatorio [...]». Y, por otra parte, es indudable que la atribución del usufructo de la vivienda conyugal objeto de debate en este expediente constituye materia propia de dicho convenio regulador de los efectos del divorcio”.

De todas maneras, la Ley establece un control sobre tales pactos cuando se pretenda hacerlos valer procesalmente, para lo cual conviene tener presente que el juez siempre rechazará los pactos que sean contrarios a la moral, al orden público o en perjuicio de terceros y en esta materia, rechazará, además, los pactos que sean dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges.

En el mismo sentido, ni el letrado de la Administración de Justicia ni el notario podrán admitir un convenio regulador que pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados afectados (art. 90.2 del CC).

Aunque las partes pueden pactar cualquier cosa sobre cualquier extremo de las consecuencias de una ruptura matrimonial, e incluirlo en un pacto regulador, la Ley ha determinado lo que genuinamente se debe considerar como contenido propio de esta clase de acuerdos.

Según el art. 90.1 del CC la propuesta de convenio regulador deberá tener un contenido mínimo y necesario, conteniendo 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 aquellos.*
- 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.*

Es opinión doctrinal mayoritaria la que entiende que el art. 90 del CC consagra un amplio margen de la autonomía de la voluntad para regular los efectos de las crisis matrimoniales, con apoyo en los principios de igualdad y pluralismo social establecidos en la CE, que implican el reconocimiento de que no todas las familias pueden ajustarse a

un modelo standard y que quién mejor que los propios cónyuges para determinar los efectos del matrimonio y de las situaciones de crisis del mismo.

El contenido mínimo del convenio regulador viene exigido por el CC para los casos en que haya hijos menores o mayores de edad con discapacidad, por lo que esta función de control sobre el contenido es propia del juez, sin perjuicio de la que le corresponde al letrado de la Administración de Justicia o al notario, en unos casos en los que las partes tienen mayor libertad de pactos, al no concurrir dichos hijos menores o mayores con discapacidad. Para estos últimos, el control se ciñe, únicamente, a comprobar que ninguna de las medidas pactadas pudiera ser dañosa o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados afectados, cuando los hubiera.

Sin embargo, en los casos previstos en el art. 90 del CC, la autonomía de la voluntad tiene una relevancia secundaria en la búsqueda de soluciones, puesto que, se impone un control judicial de los convenios reguladores, cuyo resultado final consistirá en su homologación si se ajustan a los principios constitucionales de igualdad y protección de los hijos establecidos en los arts. 32.1.º y 39 de la CE, por la contra, si no respetan los referidos principios, denegará su aprobación<sup>9</sup>.

### **III.3.- La intervención judicial sobre el convenio**

Se inicia en el art. 90.2 del CC, regulando la intervención del juez respecto al convenio regulador firmado por los cónyuges y establece lo siguiente:

*2. “Los acuerdos de los cónyuges, adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio serán aprobados por el juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges.*

*Si las partes proponen un régimen de visitas y comunicación de los nietos con los abuelos, el juez podrá aprobarlo previa audiencia de los abuelos en la que éstos presten su consentimiento. La denegación de los acuerdos habrá de hacerse mediante resolución motivada y en este caso los cónyuges deben someter a la consideración del juez nueva propuesta para su aprobación, si procede.*

---

<sup>9</sup> SÁNCHEZ MARTÍN, P., BLANDINO GARRIDO, M. A. y ÁLVAREZ ALARCÓN, A.: *Las crisis matrimoniales. Nulidad, separación y divorcio*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, págs. 425 - 430.

*Cuando los cónyuges formalizasen los acuerdos ante el Secretario judicial o Notario y éstos considerasen que, a su juicio, alguno de ellos pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados afectados, lo advertirán a los otorgantes y darán por terminado el expediente. En este caso, los cónyuges sólo podrán acudir ante el juez para la aprobación de la propuesta de convenio regulador.*

*Desde la aprobación del convenio regulador o el otorgamiento de la escritura pública, podrán hacerse efectivos los acuerdos por la vía de apremio.*

*3. 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. Cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges. Las medidas que hubieran sido convenidas ante el Secretario judicial o en escritura pública podrán ser modificadas por un nuevo acuerdo, sujeto a los mismos requisitos exigidos en este Código.*

*4. El juez podrá establecer las garantías reales o personales que requiera el cumplimiento del convenio”.*

A estas alturas, no se tiene duda de que se necesita la aprobación judicial del convenio regulador para que surta eficacia, pero la intervención judicial en el convenio regulador suscita varias cuestiones fundamentales relativas a la validez y eficacia del mismo que se van a abordar a continuación:

### **III.3.A.- Funciones del juez sobre el convenio**

La intervención del juez ha de ser más profunda cuando deba controlar posibles lesiones al interés de los hijos que cuando se trata de salvaguardar el interés de los cónyuges porque el interés de los hijos ha de prevalecer sobre el de sus progenitores.

El juez no realiza una simple homologación, en el sentido de comprobar que el convenio reúne las condiciones legales, ya que su función implica la aprobación o desaprobación, lo que supone un juicio sobre el fondo del mismo.

De ese control más que homologación sobre el convenio presentado por los cónyuges, el juez, únicamente, puede aprobar o rechazar el convenio. Sólo puede rechazar la propuesta de convenio regulador por contrariar norma imperativa, carecer del contenido mínimo exigido, o ser dañoso para los hijos y gravemente perjudicial para los cónyuges. En realidad, el art. 90 del CC sólo contempla estas dos últimas razones, las únicas que, en cuanto al fondo, pueden sostener una denegación del convenio.

El art. 90 del CC establece que los acuerdos de los cónyuges “*desde la aprobación del convenio regulador o el otorgamiento de la escritura pública, podrán hacerse efectivos los acuerdos por la vía de apremio*”. Permite después su modificación, judicialmente o por nuevo convenio, cuando sea necesario para adaptarlo a cambios sustanciales de las circunstancias que lo sustentan. Y termina señalando en su punto 4 que “*el juez o las partes podrán establecer las garantías reales o personales que requiera el cumplimiento del convenio*”.

### **III.3.B.- Consecuencias del rechazo judicial del convenio**

La denegación del convenio debe hacerse en resolución “*motivada*”, es decir, el juez tiene que concretar cual es la causa que implica un perjuicio para los hijos o el cónyuge afectados. La necesidad de motivar el rechazo del convenio ha planteado a la doctrina la posibilidad del rechazo del convenio *in totum*, siempre que se justificase que el daño a los hijos o a los cónyuges deriva de todo el convenio. En otro caso, sólo es posible la denegación parcial a aquellas cláusulas que producen dicho efecto.

Si se deniega la homologación, los cónyuges habrán de presentar un nuevo convenio. En virtud del principio de autonomía de la voluntad, no se establece legalmente un límite al número de propuestas que pueden hacer los cónyuges, por lo que pueden ser tantas como denegaciones y, cuando el juez considere imposible que los cónyuges puedan ofrecer una propuesta adecuada, podrá dictar una resolución.

El art. 777.7 de la LECiv<sup>10</sup> señala que, concedida la separación o el divorcio, si la sentencia no aprobase en todo o parte el convenio regulador propuesto, se concederá a las partes un plazo de diez días para proponer nuevo convenio, limitado, en su caso, a los puntos que no hayan sido aprobados por el tribunal. Presentada la propuesta o transcurrido el plazo concedido sin hacerlo, el tribunal dictará auto dentro del tercer día, resolviendo lo procedente<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE de 8 de enero de 2000, núm. 7).

<sup>11</sup> PÉREZ VALLEJO, A. M<sup>a</sup> y SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, M<sup>a</sup> B.: *El convenio regulador y los procesos matrimoniales en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Comares, Granada, 2001, págs. 38 - 50.

El juez tiene un amplio margen de discrecionalidad para homologar el convenio, pues la norma se refiere a conceptos jurídicos indeterminados.

En líneas generales, se considera que los pactos son “*dañosos*” para los hijos cuando el contenido tuitivo mínimo de la patria potestad queda afectada por el convenio regulador, es decir, si los pactos no garantizan suficientemente los alimentos, educación y formación integral de los hijos, así como la vigilancia y compañía inmediata de, al menos, uno de los progenitores.

Existe un grave perjuicio para un cónyuge cuando el convenio no responda a una cierta reciprocidad en las obligaciones, deberes y cargas asumidas por cada uno de los cónyuges, atendidas las circunstancias personales, económicas y del uso social imperante<sup>12</sup>.

#### **III.4.- Eficacia de la autonomía de la voluntad**

La jurisprudencia de los últimos años del TS ha tratado sobre distintos aspectos de la eficacia de la autonomía de la voluntad en el Derecho de familia en distintas sentencias que traen causa de una doctrina, plenamente consolidada en la jurisprudencia de la Sala, sobre la eficacia de los convenios entre los cónyuges. Fue ya reconocida en la STS 325/1997, de 22 de abril de 1997 [RJ 1997/3251], que pone de relieve que, en las situaciones de crisis matrimoniales, pueden coincidir tres tipos de acuerdos: *“en primer lugar, el convenio, en principio y en abstracto, es un negocio jurídico de derecho de familia; en segundo lugar, el convenio regulador aprobado judicialmente queda integrado en la resolución judicial, con toda la eficacia procesal que ello conlleva; en tercer lugar, el convenio que no ha llegado a ser aprobado judicialmente, tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico, tanto más si contiene una parte ajena al contenido mínimo que prevé el art. 90 del CC”*.

---

<sup>12</sup> DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Comentario al art. 90 del CC”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Comentarios al Código Civil, op. cit.*, págs. 887 - 923.

Esta doctrina se ha desarrollado en las siguientes sentencias:

- La STS 758/2011, de 4 de noviembre de 2011, admite que subsista, tras el divorcio, la obligación del pago de una pensión de alimentos que se había pactado en convenio regulador cuando se produjo la separación. Declaró que, si procedía mantener la obligación de satisfacer el derecho de alimentos establecido en el convenio regulador de separación, era porque no se trataba del derecho legal de alimentos, sino de una obligación de origen voluntario, nacida de un contrato, válido al amparo de la autonomía de la voluntad.

- La STS 233/2012, de 20 de abril de 2012, se pronuncia sobre el carácter dispositivo de la pensión compensatoria y la eficacia de los pactos sobre la misma en convenio regulador, diciendo que: *“el convenio es un negocio jurídico de Derecho de familia que, de acuerdo con la autonomía de la voluntad de los afectados, puede contener tanto pactos típicos, como atípicos”*.

- La STS 250/2013, de 30 de abril de 2013, considera válido el compromiso adquirido por el marido en el convenio regulador de asumir él solo el pago de la hipoteca de la que fue vivienda familiar, estableciendo que: *“la obligación contraída por el esposo se contiene en el convenio regulador de la separación matrimonial, siendo doctrina reiterada de esta Sala que los cónyuges pueden pactar lo que consideren más conveniente sobre la regulación de las relaciones que surgen como consecuencia del divorcio o la separación”*.

- La STS 134/2014, de 25 de marzo de 2014, trata sobre un convenio regulador de separación conyugal en el que las partes acuerdan una pensión compensatoria vitalicia para la esposa que se reduciría si trabajaba con unos determinados emolumentos, en cuyo caso, la pensión se reduciría, si bien manteniendo su carácter vitalicio: *“las partes en el ejercicio de sus propios derechos, llegaron de forma negociada a la fijación de una pensión, y al interferir en dicho acuerdo sin precepto que lo autorice, rompe con la seguridad jurídica contractual. [...] En el ulterior proceso de divorcio se debe afrontar la*

*cuestión a la luz del art. 101 del CC y del art. 100 del CC, por lo que sólo se podrá suprimir la pensión compensatoria si cesa la causa que la motivó”.*

- La STS 392/2015, de 24 de junio de 2015, afirma que aunque no están regulados, son admisibles los pactos en previsión de una crisis matrimonial, en base a ello, declara la validez de un pacto por el que el esposo se comprometió, en caso de separación, a abonar una pensión vitalicia, rechazando la moderación o extinción de la renta vitalicia: *“ni la situación actual de los contratantes era difícilmente previsible, dado que ambos mantienen una desahogada situación financiera igual que la existente al momento de los pactos, por lo que ninguna variación se ha producido, razón que nos lleva a la aplicación del art. 1258 del CC que determina algo tan elemental como que los contratos han de ser cumplidos”.*

- La STS 572/2015, de 19 de octubre de 2015, admite la validez de un pacto por el que los cónyuges, que habían pactado previamente el régimen de separación de bienes, acordaron posteriormente repartirse una serie de bienes sin tener en cuenta su naturaleza con arreglo al régimen económico. Frente al argumento de que debía aplicarse el régimen legal sobre la naturaleza de los bienes, se declara la validez del pacto suscrito por las partes: *“los cónyuges en virtud de la autonomía que se les reconoce, pueden contratar entre sí fuera del convenio, siempre que esos pactos reúnan los requisitos para su validez.*

*En la sentencia de 24 de junio de 2015 recogía la Sala de lo Civil del TS la referida doctrina, añadiendo que en el profundo cambio del modelo social y matrimonial que se viene experimentando (art. 3.1 del CC) la sociedad demanda un sistema menos encorsetado y con mayor margen de autonomía dentro del derecho de familia, compatible con la libertad de pacto entre cónyuges que proclama el art. 1323 del CC, a través del cual debe potenciarse la facultad de autorregulación de los cónyuges (art. 1255 del CC) que ya tiene una regulación expresa en lo que se refiere a los pactos prematrimoniales, previsores de la crisis conyugal, en los arts. 231-19 del CCCat y en el art. 25 de la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de la Comunidad Valenciana”.*



- En la STS 528/2017, de 27 de septiembre de 2017, se desestima el recurso de casación contra una sentencia que, al interpretar el convenio regulador en el que las partes habían acordado adjudicar a la esposa el uso de la vivienda familiar mientras conviviera con las hijas nacidas del matrimonio, sin hacer referencia al momento en el que alcanzaron la mayoría de edad, rechazó la pretensión de modificación de medidas instada por el padre con el argumento de que las hijas habían alcanzado ya la mayoría de edad.

- La STS 142/2018, de 14 de marzo de 2018, declara que no cabe solicitar en un procedimiento de modificación de medidas la extinción de una obligación que fue fijada en sentencia de divorcio, teniendo en cuenta el convenio firmado con anterioridad, pero que no fue ratificado por el esposo, y por el que éste se comprometía a abonar la cantidad de 86.000 € en concepto de pensión compensatoria y para la adquisición de una vivienda, así como el abono de 1.000,00 € mensuales para su mantenimiento, al respecto dice la sentencia: *“Ambas partes en ejercicio de sus propios derechos y obligaciones llegaron de forma negociada a la fijación de una pensión consistente en una prestación de tracto única, que fue tomada en cuenta en la sentencia de divorcio para el pago de una vivienda que serviría de domicilio a la esposa e hijas, y que configuró una obligación líquida, vencida y exigible”*.

- La STS, del Pleno de la Sala de lo Civil, 295/2018, de 27 de mayo de 2018, que ha sido seguida después por otras, explica como es posible atribuir carácter ganancial a los bienes adquiridos por ambos cónyuges en virtud de acuerdo, por aplicación del art. 1.355 del CC, sentando la siguiente doctrina: *“Puesto que los bienes adquiridos a costa de bienes privativos son privativos (art. 1346.3 del CC) el art. 1355 del CC permite que los cónyuges atribuyan carácter ganancial a los bienes adquiridos con fondos privativos de un cónyuge, sustituyendo con su voluntad la determinación legal de los bienes.*

*Aunque el art. 1355 del CC no lo menciona expresamente, los cónyuges también pueden atribuir carácter ganancial en su totalidad a bienes adquiridos mediante precio en parte ganancial y en parte privativo (art. 1354 del CC). Frente a la atribución de ganancialidad realizada de forma voluntaria por los cónyuges, la prueba posterior del*

*carácter privativo del dinero invertido sería irrelevante a efectos de alterar la naturaleza del bien, que ha quedado fijada por la declaración de voluntad de los cónyuges.*

*Sin embargo, la prueba del carácter privativo del dinero (que, frente a la presunción de ganancialidad del art. 1361 del CC, incumbe al que lo alegue) puede ser determinante del derecho de reembolso a favor del aportante (art. 1356 del CC).*

*Cabe observar que la misma existencia del reembolso hace razonable la exigencia del consentimiento de ambos cónyuges para la atribución de ganancialidad a un bien que sería privativo, puesto que tal atribución hace nacer a favor de quien aportó los fondos un derecho de reembolso.*

*El derecho de reembolso procede, por aplicación del art. 1358 del CC, aunque no se hubiera hecho reserva alguna en el momento de la adquisición. Ello por varias razones: en nuestro ordenamiento la donación no se presume, por lo que el reembolso que prevé el art. 1358 del CC para equilibrar los desplazamientos entre las masas patrimoniales procede siempre que no se excluya expresamente: el acuerdo de los cónyuges para atribuir la ganancialidad al bien no convierte en ganancial al dinero empleado para su adquisición, y genera un crédito por el valor satisfecho (art. 1358 del CC); la adquisición de los bienes comunes es de cargo de la sociedad de gananciales (art. 1362.2ª del CC)”.*

- La STS 315/2018, de 30 de mayo de 2018, desestima el recurso que se interpuso contra la sentencia que admitió la validez de un pacto prematrimonial por el que la esposa renunciaba a la pensión compensatoria y manifiesta lo siguiente: *“De lo declarado probado no puede deducirse atentado alguno a la igualdad, libertad o dignidad de Dª Gloria, por el hecho de firmar pactos prematrimoniales, dado que lejos de percibirse un sometimiento al esposo o predominio del marido, lo que se evidencia es una relación de confianza en el que la esposa resulta beneficiaria de prestaciones, se acoge a su hija, se firman los pactos con suficiente antelación con respecto al matrimonio, por lo que tampoco pueden considerarse sorpresivos y una relación matrimonial no extensa*

*temporalmente pero tampoco fugaz. Por todo ello, la libertad, dignidad e igualdad de los cónyuges ha quedado preservada (arts. 14, 17 y 19 de la CE)”.*

- La STS 569/2018, de 15 de octubre de 2018, se pronuncia sobre la eficacia de los pactos referentes a alimentos del hijo menor contenido en convenio regulador, no aprobado judicialmente.

En este caso, para negarse a cumplir, el marido negaba la validez del pacto argumentando que se trata de una materia de orden público y de *ius cogens*, por afectar directamente a un menor de edad y no haber tenido acceso al órgano judicial para su aprobación u homologación. La Sala discrepa de tal argumentación y declara lo siguiente: *“Los acuerdos sobre medidas relativas a hijos comunes, menores de edad, serán válidos siempre y cuando no sean contrarios al interés del menor, y con la limitación impuesta en el art. 1814 del CC, esto es, que no cabe renunciar ni disponer del derecho del menor a la pensión de alimentos, ni puede compensarse con una deuda entre los progenitores, ni someterse condicionalmente en beneficio de los menores. En consecuencia, la sentencia recurrida no contradice la doctrina de esta Sala, pues respeta el interés del menor al valorar el acuerdo en cuestión, tanto de alimentos ordinarios como de gastos extraordinarios por tal concepto”.*

- La STS 615/2018, de 7 de noviembre de 2018, se pronuncia sobre la validez del convenio regulador no ratificado por los cónyuges, bien entendido que se trata de un convenio que se generó como propuesta de convenio regulador para presentar en proceso matrimonial y que, iniciado éste, no fue ratificado por el esposo, que sí lo había suscrito con tal finalidad.

La Sala aclara que, cuando el convenio es aprobado judicialmente, queda integrado en la resolución judicial, con toda la eficacia procesal que ello conlleva, pero, si no hubiese llegado a ser aprobado judicialmente, no es ineficaz sino que tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico.

Por tanto, añade la sentencia: *“una vez aportado con tal naturaleza al proceso contencioso, la parte que lo suscribió, pero no lo ratificó en presencia judicial, tendrá que alegar y justificar en este proceso, las causas de su proceder, bien por el incumplimiento de las exigencias del art. 1255 del CC, bien por concurrir algún vicio en el consentimiento entonces prestado, en los términos del art. 1265 del CC o por haberse modificado sustancialmente las circunstancias que determinaron el inicial consenso, que nada tiene que ver con cambio de opinión injustificada, sobre todo en supuestos como el presente en los que cada cónyuge intervino asesorado de letrado en la redacción y suscripción del convenio”*.

- La STS 327/2019, de 6 de junio de 2019, reconoce que en la liquidación del régimen de gananciales, por encima de la calificación que resultaría de la aplicación de la norma correspondiente, debe estarse a lo que acuerden los cónyuges: *“esta Sala ha de declarar que, al margen de a calificación del plan de pensiones, lo que es indiscutible, es que las partes acordaron que el fondo de pensiones de Juan Enrique se repartía a partes iguales, acuerdo que tiene sustento en el principio de libertad de contratación de los cónyuges”*.

- La STS 583/2019, de 5 de noviembre de 2019, aclara que los cónyuges ni pueden excluir el deber de contribución de las cargas del matrimonio, ni siquiera en el régimen de separación de bienes: *“Dicho régimen de separación de bienes, si bien se fundamenta en la autonomía patrimonial de ambos cónyuges, la misma no puede ser absoluta, dado que la convivencia marital, la comunidad de vida que implica el matrimonio, requiere la necesidad de atender a determinadas cargas de contenido económico, que deben ser sufragadas por ambos consortes proporcionalmente a sus ingresos, lo que explica el mandato normativo de los arts. 1318 del CC, en sede del régimen económico matrimonial primario, y el art. 1438 del mismo texto legal, en este concreto de separación de bienes, que imponen la obligación de contribuir al levantamiento o sostenimiento de las cargas del matrimonio respectivamente. De las precitadas normas surge el derecho de cada cónyuge a obligar al otro a efectuar dicha contribución, y de no observarse tan indeclinable deber, a instar incluso las medidas cautelares ‘(...) a fin de asegurar su*

*cumplimiento y los anticipos necesarios o preveer necesidades futuras`, como establece el primero de los mentados preceptos, sin perjuicio, claro está, de los pactos que al respecto pueden alcanzar los cónyuges”<sup>13</sup>.*

### **III.5.- Control efectivo del convenio regulador en la guarda compartida**

La guarda compartida se abordará en el Capítulo III, pero dada la importancia que tiene el convenio en estos casos, se procede a analizar el control que se requiere en dichos supuestos.

La custodia compartida es un régimen en el que se hace necesario, en función de las circunstancias concurrentes, el control de su idoneidad en beneficio de los hijos menores, por encima del que puedan suponer los progenitores que es el más beneficioso. Así, el juez asegurando el cumplimiento de los principios constitucionales de igualdad y protección de los menores, puede rechazarlo a pesar del acuerdo de los cónyuges sin contravenir con ello el principio civil de justicia rogada atemperado en esta materia. La posibilidad del rechazo del convenio regulador *in totum* es admitido por la doctrina siempre que el daño a los hijos o a los progenitores se desprenda del mismo, debe tenerse en cuenta que la forma en la atribución de la custodia compartida, va a influir en gran parte de las medidas que se acuerden atinentes a los hijos (atribución de la vivienda, régimen de visitas, pensiones, etc.), por lo que el rechazo de estas propuestas afecta al rechazo del convenio propuesto; también sería posible una denegación parcial de aquellas cláusulas que produzcan dicha lesión.

El art. 777.7 de la LECiv dispone que, en caso de no aprobarse en todo o en parte el convenio regulador, se concederá plazo a las partes para proponer nuevo convenio, limitado, en su caso, a los puntos no aprobados. Sólo cuando sea imposible que los cónyuges puedan ofrecer una propuesta adecuada, podrá el juez adoptar la decisión que estime pertinente; y en supuesto de rechazo del convenio regulador, razonado en el

---

<sup>13</sup> ALGORA WESOLOWSKI, M<sup>a</sup> R.: “Los hijos y el divorcio notarial”, en ABAD TEJERINA, P. (Coord.): *Derecho de Familia, Homenaje a Encarnación Roca Trías, la jurista que se adelantó a su tiempo*, Ed. Sepín, Madrid, 2021, págs. 350 - 363.

perjuicio que puede implicar a los hijos o los progenitores, el juez dictará resolución en forma de auto en tal sentido.

Conforme disponen los arts. 1.281 y ss. del CC, las cláusulas del convenio regulador han de ser claras y precisas, sin que deban incluirse fórmulas que sean puramente facultativas o queden al arbitrio de una de las partes, incluso, sería conveniente proponer fórmulas alternativas o subsidiarias<sup>14</sup>.

Cuando el juez tenga dudas sobre si la custodia compartida pactada por los progenitores protege el interés de los menores, deberán practicarse una serie de pruebas que aporten datos sobre la realidad de la familia, las necesidades de los hijos y la capacidad de los progenitores para ostentar la custodia de sus hijos. Lo habitual es que sean los progenitores los que mejor conozcan sus circunstancias personales y familiares, sus capacidades, así como las características de sus hijos. Son ellos los más interesados en resolver de acuerdo con el interés de sus hijos y con los suyos propios, por lo que parece bastante lógico que el acuerdo alcanzado no será dañino para los hijos.

No obstante, la Ley establece, en primer lugar, que deberá recabarse el informe pericial, lo cual podrá hacerse de oficio o a instancia de parte. Se practicará por el Equipo Técnico Judicial cuando se trate de un Juzgado de Familia y tenga equipo psicosocial adscrito. En caso de no tenerlo, se practicará en la forma prevenida en los arts. 335 a 352 de la LECiv para la práctica de la prueba pericial.

También pueden las partes acompañar a la demanda de mutuo acuerdo o de uno con consentimiento del otro, un informe psicosocial del grupo familiar realizado por un perito designado por ambos consensuadamente. Este informe, ayudará al juez a valorar la bonanza de la guarda y custodia compartida pactada por los cónyuges en el convenio regulador suscrito.

Con carácter general, el apdo. 6 del art. 92 del CC establece que:

---

<sup>14</sup> IVARS RUIZ, J.: *Guarda y custodia compartida. Aspectos procesales y sustantivos. Doctrina y Jurisprudencia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 147 - 149.

*“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”.*

La Ley 15/2005 insiste en el informe del Ministerio Fiscal, que es regulado en el art. 749.2 de la LECiv, al establecer que será preceptiva su intervención siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor. La intervención del Ministerio Fiscal figura en el apdo. 6 del art. 92 del CC y en el art. 777 de la LECiv estableciendo que: *“el tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativos a los hijos”.*

Asimismo, se regula la audiencia del *“menor que tenga suficiente juicio”* como un derecho de éste a ser escuchado en el proceso matrimonial consensuado de sus progenitores *“cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor”.* Es decir, que el menor declare o no, dependerá de las circunstancias del caso concreto, de si lo pide él, de si se estima conveniente por el juzgado o por el equipo psicosocial cuando se esté valorando la realidad de la familia en orden a aprobar el pacto de los progenitores sobre la custodia compartida de los hijos.

La audiencia del menor es también recogida por la Ley 15/2005 en la nueva redacción del art. 777 de la LECiv y así se dice que el tribunal: *“oír a los menores si tuvieran suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial, o del propio menor”.*

Sin embargo, la realidad es que el legislador ha establecido una serie de cautelas al acuerdo sobre la custodia. Así, en el mismo apdo. 5 del art. 92 del CC se dice que: *“El juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos”.* El art. 90 del CC, por su parte, establece que el juez podrá establecer las garantías reales o personales que requiera el cumplimiento del

convenio. Nada se dice, sin embargo, sobre qué tipo de garantías o de cautelas deben acordarse por las partes en el convenio regulador, o establecerse por el juzgado, pero parece que lo más lógico sea que, por el equipo psicosocial, se realice un informe para comprobar la bonanza del sistema de guarda acordado. La práctica de los juzgados y el cuantioso número de asuntos sometidos a la realización de la prueba pericial psicológica hace que esta cautela resulte de difícil cumplimiento.

No obstante lo anterior, el legislador también establece una serie de excepciones a la aprobación judicial del pacto sobre la custodia. El art. 90.2 del CC establece que:

*“Los acuerdos de los cónyuges adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio serán aprobados por el juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges”.*

Por su parte, el apdo. 7 del art. 92 del CC establece que:

*“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 de las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.”*

La realidad es que parece poco probable que el juez investigue en un proceso de mutuo acuerdo la existencia de un proceso penal abierto o de violencia. Estamos en un proceso de mutuo acuerdo, por lo que no cabe el interrogatorio de las partes ni la práctica de prueba alguna.

Finalmente, el apdo. 5 del art. 92 obliga al juzgado a fundamentar la resolución por la que acuerde la guarda conjunta. Es complicado que en un procedimiento de mutuo acuerdo los jueces vayan a fundamentar la resolución por la que acuerden aprobar un acuerdo alcanzado por las partes con otro fundamento diferente a que la custodia compartida convenida protege el interés y beneficio de los hijos menores.



### **III.6.- Modificación del convenio regulador**

Con carácter excepcional, el convenio regulador aprobado judicialmente podrá ser modificado cuando se acredite que han variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlo (art. 90.III del CC y 775 de la LECiv).

La modificación se producirá, normalmente, sobre aquellos pactos que implican prestaciones de tracto sucesivo, como el uso de la vivienda, la cuantía de los alimentos o de la pensión compensatoria.

Si es por vía contenciosa, el procedimiento de modificación de medidas definitivas se sustanciará por los trámites previstos en el art. 770 de la LECiv.

Si ambos cónyuges han alcanzado un acuerdo, deberán presentar una propuesta de nuevo convenio regulador, siguiéndose el procedimiento por los trámites previstos en el art. 777 de la LECiv<sup>15</sup> (arts. 775.2 y 777.9 de la LECiv).

### **IV.- PROBLEMÁTICA ESPECIAL QUE PRESENTA LA SEPARACIÓN DE HECHO**

Una vez producida la crisis matrimonial, la problemática mayor se plantea respecto a la consideración de las prestaciones económicas en atención de la familia durante la separación de hecho, si bien, al tratarse de una situación fáctica, se carece de normas que regulen esta situación.

Los principales problemas que plantea la separación de hecho son dos:

En primer lugar, la ausencia de soluciones legales a las consecuencias de orden patrimonial de los cónyuges que se encuentren en este particular *status*.

---

<sup>15</sup> DÍAZ MARTÍNEZ, A.: "Comentario al art. 90 del CC", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Comentarios al Código Civil, op. cit.*, págs. 887 - 923.

En segundo término, la heterogeneidad de situaciones que se producen en este período, que dificultan la adopción de respuestas comunes, y más o menos duraderas, respecto a la forma de mantener la familia.

#### **IV.1.- Concepto y requisitos de la separación de hecho**

El CC no contiene una definición de la separación de hecho, sin embargo, la doctrina entiende que existe separación de hecho cuando ambos cónyuges convienen, o uno de ellos impone al otro, la cesación, temporal o definitiva, de la vida en común con el propósito fundamental de interrumpir o extinguir aquélla, en los dos casos sin intervención del órgano público a quien legalmente compete el ejercicio de la potestad jurisdiccional en el ámbito de las relaciones conyugales<sup>16</sup>.

En aquellos casos en que la convivencia se interrumpe, incluso voluntariamente, sin que el ánimo de los cónyuges sea extinguir la comunidad de vida existente entre ellos, no debe entenderse que existe separación de hecho, ya que no debe entenderse que implica cualquier alejamiento fáctico de los cónyuges, sino el realizado con intención de interrumpir indefinida o definitivamente la vida matrimonial.

A sensu contrario, tampoco ha de impedir entender que existe separación de hecho en un matrimonio por la circunstancia de que los cónyuges continúen viviendo en el domicilio conyugal.

La separación para ser calificada como “de hecho” precisa la concurrencia de cuatro requisitos: en primer lugar, la cesación (temporal o definitiva) de la vida en común; que esta situación resulte del acuerdo alcanzado entre los cónyuges, o de la voluntad de uno de ellos; que se dé el propósito de extinguir o interrumpir la vida común; y en último término, que la forma de llevar a cabo esa separación sea particular o privada.

---

<sup>16</sup> La jurisprudencia exige que la separación sea con efectiva e inequívoca voluntad de romper la convivencia conyugal pues, como señala la STS 417/2000, de 26 de abril de 2000, además de una separación de hecho duradera en el tiempo se requiere, como elemento indispensable, de una inequívoca voluntad de poner fin, con la separación de hecho, al régimen económico matrimonial. Ahora bien, advierte la STS 226/2015, de 6 de mayo de 2015, que este presupuesto no debe aplicarse de un modo dogmático o absoluto pues ello podría comportar que no se produjeran los efectos de la separación de hecho (como declarar extinguida la sociedad de gananciales) a pesar de existir, porque no hay o no se constata una voluntad efectiva e inequívoca de romper la relación conyugal a estos efectos, bien por razones de índole económica o bien por razones afectivas.

#### **IV.2.- El sostenimiento de los hijos durante la separación de hecho, ex art. 1368 del CC**

El art. 1368 del CC se ubica en la regulación dedicada a las cargas y las obligaciones de la sociedad de gananciales. Esto se ha interpretado como un argumento a favor de la obligación de contribuir a las cargas del matrimonio en el caso de separación de hecho, si bien, se trata de una norma aplicable al régimen legal en el ámbito de las relaciones externas, que declara que:

*“También responderán los bienes gananciales de las obligaciones contraídas por uno solo de los cónyuges en caso de separación de hecho para atender a los gastos de sostenimiento, previsión y educación de los hijos que estén a cargo de la sociedad de gananciales”.*

Conviene comenzar advirtiendo que la inclusión de esta norma y su significado en el conjunto de la normativa en torno a la responsabilidad por las deudas gananciales ha sido discutida desde su integración, con la reforma de 13 de mayo de 1981 del CC. Hay quienes han entendido que se trata de un precepto inútil desde el punto de vista técnico (porque se sigue aplicando el régimen legal del art. 1365.1º del CC) aunque no a nivel práctico, ya que es una norma dirigida a proteger a los terceros acreedores que contratan con uno de los cónyuges.

En este sentido, señalan DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, que ésta es una regla inútil por redundante, ya que la sociedad de gananciales no ha desaparecido, en cambio, es útil para el tráfico jurídico, en cuanto favorece la posición del cónyuge que atiende a esas necesidades, porque los acreedores sabrán que cuentan con el patrimonio ganancial a pesar de la anormalidad matrimonial<sup>17</sup>.

Y por su parte, afirma MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO<sup>18</sup> que, en definitiva, es una norma dirigida al proveedor de la familia o al director del colegio de los hijos para

---

<sup>17</sup> DÍEZ-PICAZO, L./GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil, Volumen IV*, Ed. Tecnos, 2004, pág. 178.

<sup>18</sup> MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *Responsabilidad patrimonial de la sociedad de gananciales*, Ed. Civitas, Madrid, 1995, pág. 58.

que sepan que aún estando los cónyuges físicamente separados, el consorcio sigue respondiendo de las obligaciones de uno solo, por lo que es innecesario que, para matricular al niño, por ejemplo, exijan la firma del otro cónyuge.

Igualmente, se ha cuestionado si en el supuesto del art. 1368 del CC no se produce más responsabilidad que la del cónyuge contratante y la de los gananciales, o alcanza también la responsabilidad a los bienes privativos del otro cónyuge separado de hecho. La opinión mayoritaria entiende que, mientras dure la separación de hecho, esta norma no impide la aplicación del art. 1319 del CC, referido a la potestad doméstica, por lo que los bienes privativos del cónyuge que no tiene hijos a su cuidado, pueden verse afectados, subsidiariamente, por las deudas domésticas, si bien con la limitación que impone el art. 1319 del CC: “*actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia, encomendadas a su cuidado*”.

Esta es la línea que sigue BUSTOS MORENO<sup>19</sup> al señalar que, como será previsible, en caso de separación de hecho, los gastos de mantenimiento de los hijos serán contraídos por uno solo de los cónyuges y no conjuntamente. Aunque lo habitual será que las deudas las asuma el progenitor que tiene en su compañía los hijos, parece que también debe estar legitimado el que no convive con ellos.

Sigue diciendo BUSTOS MORENO<sup>20</sup>, que la responsabilidad de los bienes privativos del cónyuge que no habita o no tiene los hijos a su cuidado queda comprometida en virtud de la aplicación del art. 1319 del CC. Dicha vinculación sólo cesará en el momento de la admisión a trámite de la demanda judicial de separación o divorcio, salvo pacto en contrario.

---

<sup>19</sup> BUSTOS MORENO, Y. B.: *El mantenimiento de la familia en las situaciones de crisis matrimonial*, Ed. Dykinson, Madrid, 2002, pág. 116.

<sup>20</sup> BUSTOS MORENO, Y. B.: “*De las cargas y obligaciones de la sociedad conyugal*”, en RAMS ALBESA, J. y MORENO MARTÍNEZ, J. A. (Coord.): *El régimen económico del matrimonio*, Ed. Dykinson, Madrid, 2006, págs. 338 y 389.

A entender de la autora, lo que se altera es el ámbito de las cargas del matrimonio al quedar reducido a los gastos personales del hijo, los generados en la vivienda donde residen éstos y el cónyuge que se queda al cuidado de los mismos.

Por lo tanto, esta vinculación del patrimonio privativo del otro progenitor en el ejercicio de la potestad doméstica sólo cesa en el momento de la admisión a trámite de la demanda de separación o divorcio, excepto que los cónyuges acuerden mantenerla, como se deduce del párr. 2 del art. 102 del CC.

El art. 1368 del CC se refiere en su supuesto de hecho a *“los gastos de sostenimiento, previsión y educación de los hijos que estén a cargo de la sociedad de gananciales”*.

El art. 1362.1º del CC declara que: *“serán de cargo de la sociedad de gananciales los gastos que se originen por alguna de las siguientes causas: 1º. El sostenimiento de la familia, la alimentación y educación de los hijos comunes y las atenciones de previsión [...]”*.

La redacción de ambos artículos es similar, si bien al relacionar ambos, surgen importantes diferencias, ya que el art. 1362 CC se aplica durante la vida conyugal y el art. 1368 CC se aplica cuando se ha truncado la convivencia matrimonial y los cónyuges se encuentran separados de hecho; y los gastos a los que se refieren son distintos.

Así, el art. 1368 del CC se aplica sólo a los gastos de sostenimiento, previsión y educación de los hijos, pero no a los mismos gastos de los cónyuges que ya no conviven juntos.

Por su parte, el art. 1362.1º del CC ordena que será a cargo de la sociedad de gananciales el sostenimiento de la familia, reflejando, a continuación, a que se refiere este concepto, al incluir también la alimentación y educación de los hijos comunes, y la de uno

solo de los cónyuges conviviente en el hogar familiar, así como de las atenciones de previsión.

Hay que tener en cuenta que el art. 1368 del CC se refiere únicamente a los hijos, sin especificar si se refiere a los hijos comunes o si incluye a los de uno solo de los cónyuges.

En este tema, el art. 1362.1º del CC es más concreto al declarar el cargo común a la sociedad de gananciales de los gastos de los hijos comunes y de los que no adquieren ese carácter cuando convivan en el hogar familiar. Sin embargo, cuando los hijos no residan en el hogar familiar su mantenimiento deberá recaer sobre el progenitor con cargo a su patrimonio privativo. Esto no significa que sus necesidades no sean atendidas, al contrario, frente al acreedor sí responde el patrimonio ganancial de los gastos generados en atender a estos hijos, pero se sufragarán en el momento de la liquidación del régimen de la sociedad de gananciales. Ello significa que el legislador ha introducido en este inciso del art. 1362 del CC dos normas distintas: una referente al ámbito interno entre los cónyuges y otra aplicable a las relaciones con los terceros.

En conclusión, la sociedad de gananciales responderá solidariamente, junto a los bienes del cónyuge deudor, (en los términos del art. 1319 del CC) por las deudas que se generen para atender adecuadamente a los hijos, como se deduce del art. 1368 del CC.

Y del examen del art. 1.368 del CC se puede afirmar que durante la separación de hecho continúan existiendo determinadas deudas de carácter ganancial como son los gastos derivados del sostenimiento, previsión y educación de los hijos, de las cuales responde el patrimonio ganancial, pero ninguna consecuencia más<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> BUSTOS MORENO, Y. B.: *El mantenimiento de la familia en las situaciones de crisis matrimonial*, op. cit., págs. 104 - 121.

### **IV.3.- Separación de hecho y sociedad de gananciales**

Legalmente, la separación de hecho no tiene el efecto de producir *ipso iure* la disolución o extinción del régimen económico matrimonial. Los cónyuges separados pueden disolver la sociedad de gananciales de diferentes modos. Así, los cónyuges pueden extinguir de mutuo acuerdo la sociedad de gananciales, estableciendo mediante capitulaciones matrimoniales otro régimen económico matrimonial. También pueden pactar en capitulaciones matrimoniales no seguir el régimen de sociedad de gananciales, sin expresar las reglas por las que hayan de regirse sus bienes, en cuyo caso, se aplicarán las reglas del régimen de separación absoluta de bienes (art. 1435.2º del CC).

Incluso, uno de los cónyuges puede solicitar judicialmente la disolución de la sociedad de gananciales a tenor del art. 1393 del CC, constituyendo la separación de hecho durante más de un año, una de las causas que recoge este artículo: “*llevar separado de hecho más de un año por acuerdo mutuo o por abandono del hogar*”.

En la separación de hecho de mutuo acuerdo, cualquiera de los cónyuges puede instar judicialmente la disolución de la sociedad de gananciales. En caso de abandono del hogar, únicamente, puede pedirla el cónyuge abandonado. En ambos supuestos, el CC establece la necesidad de que haya transcurrido un año desde la separación.

La separación de hecho no produce de manera automática, ni con el transcurso del plazo de un año, la disolución de la sociedad de gananciales. Es necesario que se decrete por resolución judicial, tal y como prescribe el art. 1393 del CC: “*también concluirá por decisión judicial*”.

La disolución de la sociedad de gananciales es una consecuencia automática de la separación legal de los cónyuges, bien sea solicitada conjuntamente por ambos cónyuges, o por uno de ellos con el consentimiento del otro, o bien a petición de uno de los cónyuges, produce *ipso iure* la disolución de la sociedad de gananciales (arts. 81 y 1392.3º

del CC). Igualmente, la sentencia de divorcio produce el mismo efecto de disolver *ipso iure* la sociedad de gananciales<sup>22</sup> (arts. 85 y 1392.1º del CC).

En la regulación de la sociedad de gananciales, una de las cuestiones que más dudas plantea en la práctica, es la de la situación en que se halla dicho régimen económico tras la separación de hecho de los cónyuges, cuando no va precedida, de manera inmediata, de una demanda de separación o divorcio, o de unas capitulaciones matrimoniales acordando la extinción del régimen económico matrimonial.

El tema se ha vuelto a plantear con el dictado de tres sentencias por parte del TS que son las siguientes: la STS 297/2019, de 28 de mayo de 2019 [RJ 2019/2165], la STS 501/2019, 27 de septiembre de 2019 [RJ 2019/4033] y la STS 136/2020, de 2 de marzo de 2020 [RJ 2020/629], que, en principio, no ha alterado en lo esencial la doctrina jurisprudencial preexistente, y que ha pretendido solventar el problema, así como señalar los presupuestos para entender disuelta la sociedad de gananciales, cuando menos a ciertos efectos, tras una separación de hecho de los cónyuges, en aquellos casos en que no va seguida, de forma inmediata, de demanda de separación o divorcio, ni de unas capitulaciones matrimoniales disolviendo el régimen.

- En la primera de las sentencias citadas, la STS 501/2019, de 28 de mayo de 2019 [RJ 2019/2165], la Sala de lo Civil del TS examina un caso en el que se demandaba de forma independiente la liquidación del régimen de gananciales y, en la fase inicial de formación de inventario, no hubo acuerdo sobre el contenido del mismo, dictándose sentencia determinando qué elementos debían incluirse dentro del activo y del pasivo ganancial, con cantidades con cargo a uno u otro cónyuge, pero sin hacer referencia, en el fallo de dicha sentencia, al momento de la disolución de dicha sociedad, ni tampoco a la relevancia de la separación de hecho a esos efectos.

---

<sup>22</sup> VIVAS TESÓN, I.: “Más allá de la capacidad de entender y querer: algunas consideraciones de lege ferenda acerca de la protección”, en CUENA CASAS, M. (Coord.), ANGUIA VILLANUEVA, L. A. (Coord.) y ORTEGA DOMÉNECH, J. (Coord.): *Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor Joaquín José Rams Albesa*, Ed. Dykinson, Madrid, 2015, págs. 1565 - 1566.



El TS se remite a las reglas generales del CC, según las cuales, la disolución del régimen económico matrimonial se produce en el momento de la sentencia de divorcio, sin que se deba tener en cuenta un momento anterior como sería el auto de medidas provisionales: *“La sentencia recurrida afirma que procede retrotraer los efectos de la disolución de la sociedad de gananciales al dictado del auto de medidas provisionales en virtud de los efectos del cese de la convivencia”*.

Conforme al art. 1392.1º del CC: *“la sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho cuando se disuelva el matrimonio”* y conforme al art. 95 del CC *“la sentencia firme producirá, respecto de los bienes del matrimonio, la disolución del régimen económico matrimonial”*.

De manera coherente con la idea de que durante la tramitación del proceso matrimonial el régimen económico matrimonial está vigente hasta que se extingue por sentencia firme, el art. 103.4.<sup>a</sup> del CC contempla la posibilidad de que, una vez admitida la demanda, el juez adopte medidas de administración y disposición sobre los bienes gananciales, incluidos *“los que adquieran en lo sucesivo”*, lo que presupone que el régimen no se ha extinguido.

Resulta especialmente relevante que la ley, que contempla como efecto de la admisión de la demanda la revocación de los consentimientos y poderes otorgados (art. 102 del CC), no establezca como efecto de la admisión de la demanda la extinción del régimen económico, ni la suspensión del mismo durante la tramitación del procedimiento. La ley tampoco prevé la retroacción de los efectos de la sentencia una vez dictada.

La separación de hecho no produce como efecto la disolución del régimen pero, si dura más de un año, permite a cualquiera de los cónyuges solicitar su extinción, lo que solo tendrá lugar cuando se dicte la correspondiente resolución judicial (arts. 1393.3º y 1394 del CC).

La jurisprudencia del TS ha admitido que, cuando media una separación de hecho seria y prolongada en el tiempo, no se integran en la comunidad bienes que, conforme a las reglas del régimen económico, serían gananciales, en especial, cuando se trata de bienes adquiridos con el propio trabajo e industria de cada uno de los cónyuges y sin aportación del otro.

Esta doctrina, como puso de relieve la STS 226/2015, de 6 de mayo de 2015 [RJ 2015/2602], no puede aplicarse de un modo dogmático y absoluto, sino que requiere un análisis de las circunstancias del caso. Es lógico que así sea porque, frente a los preceptos que establecen que la sociedad de gananciales subsiste a pesar de la separación de hecho, (arts. 1393.3º, 1368 y 1388 del CC) solo cabe rechazar la pretensión del cónyuge que reclama derechos sobre los bienes a cuya adquisición no ha contribuido cuando se trate de un ejercicio abusivo del derecho contrario a la buena fe (art. 7 del CC).

El TS admite la idea de retrotraer los efectos de la sentencia, cuando fue dictada con base en el art. 1393 del CC, a la fecha de la separación libremente consentida, pero en cambio, en caso de tratarse de disolución de los bienes gananciales mediante sentencia de divorcio, no habrá tal retroactividad, a la vista de los mandatos de los arts. 89 o 1392 del CC, y por tanto, la separación de hecho, incluso la libremente consentida, carecerá, en tales casos, de total virtualidad práctica para resolver posibles disputas sobre actos dispositivo realizados después de la misma, o sobre la titularidad de los ingresos o rentas obtenidos a partir de entonces, ya que todo quedará remitido al momento de la sentencia de divorcio.

- La segunda de las sentencias citadas, la STS 501/2019, 27 de septiembre de 2019 [RJ 2019/4033] concierne a una demanda de divorcio, al hilo de la cual, se plantea el efecto que se produce sobre la sociedad de gananciales y su disolución. El TS reitera que la fecha a la que ha de atenderse es la fecha de la sentencia de divorcio, considerando que, además, no se ha probado que el esposo haya faltado a la exigencia de la buena fe, que es lo que exigía la doctrina jurisprudencial clásica para aplicar efectos disolutorios a partir de la separación de hecho.

Por tanto, de nuevo, en la sentencia se resuelve no aplicar la doctrina tradicional sobre separación de hecho seria y prolongada como causa de disolución material de los gananciales, por tratarse de un caso diferente.

- Por último, la tercera, la STS 136/2020, de 2 de marzo de 2020 [RJ 2020/629], examina un supuesto de demanda solicitando formación de inventario, para la liquidación de la sociedad de gananciales, y al no haber acuerdo, se dictó por el juzgador sentencia resolviendo la composición del caudal común. El TS considera, de nuevo, que el momento de disolución de la sociedad de gananciales debe ser la fecha de la previa sentencia de divorcio.

Esta sentencia se apoya en las afirmaciones contenidas en las dos anteriores para resolver el caso, con base en una doctrina jurisprudencial que se da por firme y asentada.

La sentencia mantiene formalmente, y en lo fundamental, la doctrina anterior sobre los efectos disolutorios del régimen de gananciales a partir de la existencia de una separación de hecho seria y fundada.

El TS adopta en estas sentencias una visión más restrictiva que la precedente doctrina, sobre la separación de hecho como cauce o vía para la disolución material del régimen de gananciales. En las tres sentencias, a pesar de sus diferencias, el TS aplica la misma solución de no tomar como referencia el momento de la separación de hecho, y entender que la fecha de la sentencia de divorcio es la que hay que tener en cuenta para entender disuelta la sociedad de gananciales.

La Sala interpreta que los tribunales inferiores parecen estar buscando cauces para ampliar la doctrina jurisprudencial preexistente, cuando no es propiamente así. Al contrario, lo que hace el TS es intentar encontrar una justificación para una reducción de su campo de actuación. En los tres casos había una separación de hecho previa o simultánea al ejercicio de acciones judiciales, separación sin duda seria e inequívoca, acreditada precisamente por el inicio de acciones, y sin embargo, en los tres casos, el TS

remite al momento de la sentencia de divorcio para la aplicación de los efectos propios de la disolución de los gananciales, manteniendo, por tanto, el régimen de gananciales durante el tiempo previo, aun existiendo esa separación de hecho seria, prolongada e inequívoca.

El TS en la primera de las tres citadas sentencias dice que, para ser viable fijar el momento disolutorio cuando se produce la separación de hecho, ésta deba ser una separación consentida o acordada por ambos cónyuges, con exclusión de la separación de hecho unilateral o abandono de hogar. El argumento se basa en que el art. 1393 del CC, habla de “*separación de más de un año por acuerdo mutuo*”.

La doctrina contenida en la tercera sentencia, la STS de 2 de marzo de 2020 [RJ 2020/629], pretende su aplicación, específicamente, a los casos de divorcio o separación legales al decir: “*de esta regulación conviene resaltar, por lo que aquí interesa, que en caso de divorcio o separación judicial la disolución de la sociedad de gananciales la produce la firmeza de la sentencia como un efecto legal*”. Por lo tanto, tratándose de separación o divorcio notariales, no sería aplicable esta doctrina<sup>23</sup>.

## **V.- LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO ANTE EL LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA O EL NOTARIO**

La entrada en vigor de la Ley 15/2015, de 2 de julio, *de Jurisdicción Voluntaria*<sup>24</sup>, produjo la modificación de los arts. 81 y 82 del CC, dotando de contenido normativo al art. 87 del CC, puesto que esta norma carecía del mismo desde la entrada en vigor de la Ley de Jurisdicción Voluntaria. La Disposición Final Tercera de esta Ley modifica el art. 777 de la LECiv y se modifica también el contenido del art. 54 de la Ley del Notariado.

---

<sup>23</sup> RUIZ-RICO ARIAS, M. D.: “Separación de hecho y disolución de la sociedad de gananciales: examen de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 90/2021 [BIB 2021\387].

<sup>24</sup> Ley 15/2015, de 2 de julio, *de la Jurisdicción Voluntaria* (BOE de 23 de julio de 2015, núm. 158).

A su entrada en vigor, el art. 82 del CC dispone que la separación se decretará judicialmente cuando existan hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores, cualquiera que sea la forma de la celebración del matrimonio. Prevista la separación judicial para estos casos, el art. 82 del CC determina que los cónyuges podrán acordar su separación de mutuo acuerdo, transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio mediante la formulación de un convenio regulador ante el letrado de la Administración de Justicia, o en escritura pública ante notario, convenio en el que, junto a la voluntad inequívoca de separarse, los cónyuges deberán determinar las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación, en los términos establecidos en el art. 90 del CC.

El texto actual del art. 87 del CC determina que los cónyuges podrán también acordar su divorcio de mutuo acuerdo, mediante la formulación de un convenio regulador ante el letrado de la Administración de Justicia o en escritura pública ante notario, en la forma y con el contenido regulado en el art. 82 del CC, debiendo concurrir los mismos requisitos y circunstancias exigidas en él.

De esta nueva ordenación cabe concluir que, en todos aquellos supuestos de separación o divorcio en los que no existan hijos menores de edad, ni mayores respecto de los que se hayan establecido judicialmente medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores y en los que las partes estén de acuerdo, no solo en lo relativo a la separación o al divorcio, sino en lo establecido en un convenio regulador libremente acordado, se excluye la intervención judicial. Ésta queda reducida, exclusivamente, a aquellos casos en los que no se aprecien algunas de las condiciones legalmente previstas.

En todos los casos en los que concurren las circunstancias exigidas legalmente, la exclusión de una resolución judicial sobre la separación y el divorcio resulta procedente; la libertad de elección de los cónyuges se limita a decidir si el convenio se formula ante el letrado de la Administración de Justicia, o bien, si los acuerdos se formalizan en escritura pública ante notario. En ambos casos, los cónyuges deberán estar asistidos por letrado en ejercicio.

En los supuestos en los que se insta la actuación del letrado de la Administración de Justicia y en los que interviene el notario, se exige la intervención personal de los cónyuges en la prestación del consentimiento, siendo idénticas las atribuciones que se otorgan a uno u otro funcionario público, debiendo advertir a las partes en el caso de que hayan observado que algunos de los acuerdos son dañosos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges o para los hijos mayores afectados, desplazando al juez la decisión relativa a la aprobación del convenio regulador.

Finalmente, el legislador ha querido dotar de un régimen similar en relación al momento en el que se producen los efectos de la separación y el divorcio, estableciendo que éstos serán desde la firmeza del decreto o desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges, otorgado éste en escritura pública.

Así, cuando se insta la separación o el divorcio convencional ante el letrado de la Administración de Justicia, los cónyuges han de presentar una solicitud que necesariamente habrá de ser admitida si concurren los requisitos legales. En estos casos, la LECiv exige la ratificación de la voluntad de los cónyuges ante el letrado de la Administración de Justicia competente. Pues bien, la aplicación del párr. 3º del art. 777 de la LECiv, que no ha sido modificado, comporta que el letrado de la Administración de Justicia competente deba citar a los cónyuges dentro de los tres días siguientes para que ratifiquen por separado su petición; producida ésta, el letrado de la Administración de Justicia ha de dictar el decreto pronunciándose sobre el mismo.

La ratificación constituye un acto, en virtud del cual, las partes, de forma solemne, admiten ante el órgano competente su voluntad de separarse o divorciarse y su íntegra conformidad a los pactos y acuerdos contenidos en el convenio regulador aportado. La exigencia de la ratificación separada de los cónyuges obedece a la necesidad de garantizar la libertad en la manifestación de la voluntad.

Cuando la separación se insta notarialmente, el consentimiento de los cónyuges se exterioriza en la escritura pública ante notario, sin embargo, ni el CC, ni el art. 54 de la

*Ley del Notariado* exigen que este consentimiento se preste de forma separada por cada uno de los cónyuges.

Junto a lo anteriormente expuesto, puede observarse también una diferencia en relación al momento en el que se producen los efectos. Así, el art. 83 del CC establece que: *“La sentencia o decreto de separación o el otorgamiento del convenio regulador que la determine producen 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. Los efectos de la separación matrimonial se producirán desde la firmeza de la sentencia o decreto que así la declare o desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública conforme a lo dispuesto en el art. 82 [...]”*, siendo similar la nueva redacción del art. 89 del CC, en relación a los efectos del divorcio, remitiéndose este precepto a lo dispuesto en el art. 87 del mismo texto legal.

Pues bien, el apdo. 10 del art. 777 de la LECiv, en el que se disciplina el procedimiento a seguir en las separaciones o divorcios formalizadas ante el letrado de la Administración de Justicia, establece que éste habrá de dictar decreto pronunciándose sobre el convenio después de la ratificación y que, si formaliza la propuesta de convenio regulador, declarará la separación o el divorcio de los cónyuges.

Por tanto, los efectos de la separación o el divorcio se producen desde el mismo momento en que se presta el consentimiento en la escritura pública ante el notario, no precisando acto posterior alguno; mientras que en la separación o el divorcio formalizados ante el letrado de la Administración de Justicia, se exige una resolución posterior que se pronuncie sobre el mismo y es a partir de esa resolución cuando produce los efectos.

La redacción del art. 90 del CC tras la entrada en vigor de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, dispone que, cuando los acuerdos se formalizasen ante el letrado de la Administración de Justicia o notario y éstos considerasen que, a su juicio, alguno de ellos pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o para los menores emancipados, lo advertirán a las partes y darán por terminado

el expediente. Estos términos son similares a los que establece el art. 777.10 de la LECiv al señalar que el letrado de la Administración de Justicia pondrá fin al procedimiento tras advertir a los otorgantes de un juicio idéntico. Sin embargo, ni uno ni otro precepto establecen la obligatoriedad de que el notario y el letrado de la Administración de Justicia motiven su apreciación, ni tampoco establecen reglamentación alguna en relación a la forma en la que se han de comunicar estas apreciaciones a quienes han comparecido a su presencia<sup>25</sup>.

Es bastante probable que en el matrimonio existan hijos comunes mayores de edad, con plena capacidad que todavía convivan en el domicilio familiar pero que dependan económicamente de los progenitores que pretenden separarse o divorciarse, al respecto, el párr. 2º del art. 82.1 del CC determina que:

*“Los cónyuges deberán intervenir en el otorgamiento de modo personal, sin perjuicio de que deban estar asistidos por letrado en ejercicio, prestando su consentimiento ante el letrado de la Administración de Justicia o notario. Igualmente los hijos mayores o menores emancipados deberán otorgar el consentimiento ante el letrado de la Administración de Justicia o notario respecto de las medidas que les afecten por carecer de ingresos propios y convivir en el domicilio familiar”.*

Este precepto, interpretado literalmente, supondría que si los hijos mayores o menores emancipados no otorgan su consentimiento, los cónyuges no podrían separarse o divorciarse de mutuo acuerdo. Por lo que parece más adecuado interpretarlo en el sentido de que éstos sean oídos y comparezcan ante el notario o letrado de la Administración de Justicia exponiendo las manifestaciones que tengan por conveniente, lo que habrá de figurar en la escritura, pero sin posibilidad de bloqueo en caso de no prestar el consentimiento sobre las medias del convenio regulador que puedan afectarles.

Otra exigencia y requisito inexcusable que impone el art. 82.2º del CC es que los cónyuges deberán estar asistidos por *“letrado en ejercicio”*.

---

<sup>25</sup> PÉREZ DE ONTIVEROS, C.: “Separación y divorcio matrimonial: una lectura inicial tras las modificaciones introducidas por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 10/2015 [BIB 2015\15870].



En el procedimiento de separación y divorcio ante notario es preciso el otorgamiento del consentimiento de manera personalísima, sin posibilidad de apoderamiento alguno, a diferencia de lo que el CC dispone para la celebración del matrimonio por poderes<sup>26</sup>.

La competencia objetiva en materia de familia, se atribuye al Juzgado de Primera Instancia (art. 2 de la LJV). La competencia territorial vendrá fijada por el precepto correspondiente en cada caso, con carácter imperativo, no siendo posible la sumisión ni expresa ni tácita.

El letrado de la Administración de Justicia será el encargado de impulsar y tramitar el procedimiento y será resuelto, en función del caso, por el juez o por el propio letrado.

La LJV ha llevado a cabo, en la medida de lo posible, una desjudicialización de las competencias en procedimientos de Jurisdicción Voluntaria que conocían los jueces para encomendarlos al letrado o notario principalmente. De todas formas, en materia de familia, se ha continuado encomendando la mayoría de los procedimientos al juez. Esto es debido a que se refieren a una materia donde prima el interés público y se prefiere que mantenga su atribución.

El procedimiento de separación o divorcio de mutuo acuerdo en matrimonio sin hijos menores o con capacidad modificada, ante letrado o notario, están regulados en los arts. 82 y 83 del CC, fuera de la LJV<sup>27</sup> (si bien están redactados por la Disposición 1ª apdos. 18 y 19 de dicha Ley).

---

<sup>26</sup> CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: *Separaciones y divorcios ante notario*, Ed. Reus, Madrid, 2016, págs. 92 a 95.

<sup>27</sup> O'CALLAHAN MUÑOZ, X. y FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M<sup>a</sup> B.: *La reforma del Derecho de la persona y de la familia: Jurisdicción Voluntaria y protección a la infancia y a la adolescencia*, Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2017, págs. 38, 44 a 46.

## **VI.- LAS DISTINTAS RESPUESTAS EN EL DERECHO CIVIL PROPIO DE LAS CCAA A LA SEPARACIÓN Y AL DIVORCIO**

El art. 149.1.8º de la CE contiene una regla general y dos excepciones consecutivas que se restringen entre si. La regla general es que el Estado tiene competencia exclusiva sobre la legislación civil; la excepción a la regla general: sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las CCAA de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan.

Siguiendo el precepto constitucional, el Derecho Privado de familia es competencia exclusiva del Estado, salvo en aquellas CCAA que tuvieran al respecto un Derecho civil propio compilado antes de la CE. Pese a que ésta es la interpretación más acorde con la citada norma jurídica constitucional, la realidad es otra muy diferente: la competencia exclusiva del Estado, en la práctica, ha quedado limitada a la regulación de las formas de matrimonio, requisitos para contraer el vínculo, y causas de separación y divorcio.

Las CCAA con competencia en materia de Derecho Civil han legislado ampliamente sobre Derecho de familia, son las que se exponen en los párrafos que siguen.

### **VI.1.- La Ley 25/2010, de 29 de junio, que aprueba el Libro II del CC de Cataluña, relativo a la persona y a la familia<sup>28</sup>**

El Capítulo II del Título de la familia del CC de Cataluña regula la separación y el divorcio, con los siguientes puntos fundamentales:

En primer término, se da relevancia al pacto o convenio entre los interesados, regulando los pactos fuera del convenio regulador (art. 233-5 del CCCat) y los pactos en previsión de ruptura matrimonial (art. 231-20 del CCCat), que son paralelos a los pactos

---

<sup>28</sup> La Ley 25/2010, de 29 de junio, *que aprueba el Libro II del CC de Cataluña, relativo a la persona y a la familia* (BOE de 21 de agosto de 2010, núm. 203).

en previsión del cese de la convivencia (art. 234-5 del CCCat) y a los pactos posteriores al cese de la convivencia (art. 234-6 del CCCat).

Se regula el plan de parentalidad (art. 233-9 del CCCat) y los pactos sobre la atribución o distribución del uso de la vivienda (art. 233-20 a 233-25 del CCCat).

Con el nombre de contenido de la potestad parental, se regulan las relaciones entre progenitores e hijos en los arts. 236-18, 236-19 y 236-20 del CCCat.

Se regula también la prestación compensatoria (arts. 233-14 a 233-19 del CCCat).

En el caso de que los cónyuges no alcancen un acuerdo en su separación o divorcio, será el juez quien tendrá que decidir sobre los efectos de la ruptura matrimonial.

El juez resolverá, a petición de uno de los cónyuges, sobre aquellos temas que sólo a ellos les afecten, como la prestación compensatoria, el derecho de compensación, la liquidación del régimen económico matrimonial y la división de los bienes en común; así como sobre aquellos efectos que impliquen a los cónyuges y a los hijos como la atribución de la vivienda familiar.

El juez resolverá, necesariamente, sobre todos aquellos efectos que afecten a los hijos (excepto la atribución de la vivienda familiar), como el ejercicio de la potestad, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor con el que no residan, la pensión de alimentos y el pago de los gastos extraordinarios<sup>29</sup>.

Con un claro paralelismo con los procesos matrimoniales regulados por la LECiv, se regulan en los arts. 233-1 y 233-2 del CCCat, las medidas provisionales y las medidas definitivas, respectivamente, en lo que respecta a potestad parental, régimen de guarda y relaciones personales, pensión de alimentos, uso de la vivienda familiar o el régimen de tenencia y administración de bienes en comunidad ordinaria indivisa, principalmente.

---

<sup>29</sup> GARRIDO MELERO, M.: *Derecho de Familia (Un análisis del Código Civil Catalán y su correlación con el Código Civil español)*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, págs. 419 - 424.

En otro orden de cosas, el CCCat, reconoce la trascendencia del principio de la autonomía privada en el Derecho de familia, y en las crisis familiares, al prever la aprobación judicial de los pactos adoptados en el convenio regulador y en el plan de parentalidad. Se establece, legalmente, que pueden incluir *“pactos de sometimiento a mediación y otros mecanismos alternativos de resolución de conflictos”*.

El art. 233-5 CCCat, dispone la posibilidad de otorgar pactos en previsión de una ruptura matrimonial, anunciados en el art. 231-20 del mismo texto legal, así como la viabilidad de adoptarlos tras la ruptura, fuera del convenio regulador, pudiendo solicitar que se incorporen al procedimiento matrimonial para que sean recogidos por la resolución judicial correspondiente, si procede, especialmente, si resultan conformes al interés superior de los hijos menores en el momento en que se pretenda su cumplimiento.

Hay que poner de relieve la trascendencia que se da en el Derecho civil catalán a los acuerdos extrajudiciales adoptados entre los cónyuges en previsión de la crisis familiar, ya sea en capítulos matrimoniales, ya sea con posterioridad a la ruptura, de conformidad con los arts. 231-20 y 231-26 del CCCat, en todos aquellos aspectos de naturaleza dispositiva, de modo que su eficacia se constriñe a los límites de las normas imperativas e inderogables, de la igualdad entre ambos, de la indemnidad frente a terceros y de las cuestiones consideradas de orden público, especialmente, en lo relativo a las responsabilidades parentales y al principio rector del interés superior de los hijos menores o en situación de discapacidad y dependencia, lo que podrá ser objeto de valoración judicial, con la preceptiva intervención del ministerio fiscal.

Precisamente en este contexto, además de la regulación del plan de parentalidad, el art. 233-9 del CCat se refiere a su contenido en aras a que los progenitores concreten la forma como prevén ejercer sus responsabilidades parentales y consensuar las decisiones relativas al cuidado y educación de sus hijos, el lugar en el que estos vivirán habitualmente, el régimen de comunicación y relaciones personales en los periodos de tiempo en que cada progenitor no los tenga consigo y las tareas que desempeñarán cada uno.

En último término, la DA 6ª de la ley del libro segundo del CCCat, regula la emisión de dictámenes periciales relativos al régimen de ejercicio de la responsabilidad parental, cuyo objeto primordial consiste en averiguar o apreciar la existencia en el menor, o en alguno de los progenitores o en otros miembros de la familia que convivan con él, de una enfermedad mental o de anomalías de conducta que incidan, perjudiquen o interfieran en las relaciones familiares, para establecer el régimen de guarda y de relaciones personales.

También pueden tener por objeto comprender adecuadamente el sistema de relaciones personales existente en la familia o en los nuevos núcleos en que el menor debe integrarse, y las medidas de seguimiento que deban adoptarse para garantizar el derecho de los menores a mantener la normalidad en las relaciones con sus progenitores, previéndose expresamente que el equipo técnico judicial intervenga como auxiliar del juzgado o tribunal, al efecto de facilitar a la autoridad judicial conocimientos especializados para tomar la mejor decisión en interés de los menores. A estos efectos, debe tomarse en consideración que la exploración de los menores, obligatoria a partir de los doce años y facultativa, si tienen menos edad pero suficiente madurez, se dirige a conocer su voluntad real, sus deseos y su opinión, en consonancia con el art. 770.4 de la LECiv<sup>30</sup>.

## **VI.2.- El Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el Título del “Código del Derecho Foral de Aragón”, el *Texto refundido de las Leyes Civiles Aragonesas*<sup>31</sup>**

La subsección 1ª (arts. 75 y 76 del CDFA), bajo la rúbrica “*Disposiciones generales*” del Código del Derecho Foral de Aragón, delimita el objeto y finalidad de la Sección 3ª, así como los principios y derechos a observar en la ruptura de la convivencia.

---

<sup>30</sup> CHAPARRO MATAMOROS, P. y MUÑOZ RODRIGO, G.: *Las crisis familiares*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, págs. 505 - 542.

<sup>31</sup> El Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el Título del “Código del Derecho Foral de Aragón”, el *Texto refundido de las Leyes Civiles Aragonesas* (BA de 29 de marzo de 2011, núm. 67).

Según clarifica el art. 75.1 del CDFFA, esta Sección tiene por objeto regular las relaciones familiares en el caso de ruptura de la convivencia de los cónyuges con hijos a cargo. Esto es, se trata de fijar los efectos personales y patrimoniales de la ruptura del matrimonio, siempre que concurren dos presupuestos: de acuerdo con el tenor literal del precepto, una previa situación de convivencia y la existencia de “*hijos comunes a cargo*”, expresión esta que incluye a los menores y también a los mayores de edad ya estén en formación (art. 69 del CDFFA) o afectados por una discapacidad y bajo la guarda de sus progenitores.

La finalidad de la Sección 3ª viene especificada en el art. 75.2 del CDFFA en los siguientes términos: promover, tras la ruptura, unas relaciones continuadas de los progenitores con sus hijos mediante una participación responsable, compartida e igualitaria de ambos en su crianza y educación.

La regulación de los efectos de la ruptura de la convivencia corresponde, en primer lugar, a los propios progenitores, de común acuerdo, mediante el otorgamiento del pacto de relaciones familiares a que se refiere el art. 77 del CDFFA.

El contenido de este pacto (que tiene ciertas similitudes con el contenido del art. 90 del CC que regula el convenio regulador) puede ser muy amplio, con estipulaciones de índole personal y patrimonial, referidas tanto a las relaciones de los hijos con sus progenitores y otros parientes como a las relaciones entre los cónyuges tras la ruptura.

Así resulta del art. 77.1 del CDFFA que fija como contenido mínimo indispensable del pacto los siguientes extremos:

- a) El régimen de guarda y custodia (individual o compartida) y, complementariamente el régimen de visitas en relación con los hijos menores o mayores con capacidad modificada judicialmente bajo la protección de sus progenitores.

- b) El régimen de relación de éstos con sus hermanos, abuelos, y otros parientes y allegados.
- c) El destino de la vivienda (ya sea la atribución del uso a uno de los progenitores o ambos, la adjudicación en propiedad a uno de ellos como consecuencia de la disolución del consorcio conyugal, o en su caso, de la comunidad de bienes, el arrendamiento o la venta a un tercero), así como del ajuar familiar.
- d) La contribución a los gastos ordinarios y extraordinarios de asistencia de los hijos, incluidos los mayores en formación ex art. 69 del CDFA.
- e) La liquidación, cuando proceda, del régimen económico matrimonial.
- f) La asignación compensatoria, a reconocer, en su caso, al progenitor a quien la ruptura genere un desequilibrio patrimonial.

En cualquier caso, la autonomía de la voluntad de los progenitores está sujeta a ciertos límites que son: la imposibilidad de cumplimiento, la CE y las normas imperativas del Derecho aragonés (art. 3 del CDFA).

En este sentido, el pacto no requiere forma pública pero, para ser eficaz frente a terceros, ha de ser aprobado judicialmente, previa audiencia del Ministerio Fiscal, en garantía de los derechos y principios que rigen las relaciones paterno-filiales tras la ruptura. Dicha aprobación sólo podrá ser denegada por el juez cuando el pacto sea contrario a norma imperativa (entiéndase, aragonesa ex art. 3 del CDFA) o cuando no quede suficientemente preservado el interés de los hijos (art. 77.4 del CDFA). La denegación, ya sea total o parcial, obligará a los progenitores a someter a la aprobación judicial un nuevo pacto en el que se subsanen los vicios detectados (art. 77.5 del CDFA).

De no ser aprobado definitivamente por el juez, el pacto alcanzado no perderá su eficacia como negocio jurídico, pero no podrá ser incorporado al proceso de familia, ni producir eficacia procesal, ni servir de cauce a la ejecución del título extrajudicial.

En defecto total o parcial de pacto de relaciones familiares (porque los progenitores no han llegado a un acuerdo, o porque no ha sido aprobado), corresponde al juez adoptar las medidas definitivas que van a regir las relaciones familiares tras la ruptura de la convivencia, conforme a las pautas fijadas en la subsección 4ª (art. 79.1 del CDFFA).

Estas medidas son las concernientes a la custodia de los hijos menores o mayores con discapacidad bajo guarda de sus progenitores (art. 80 del CDFFA), la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar (art. 81 del CDFFA), los gastos de asistencia a los hijos (art. 82 del CDFFA) y la asignación compensatoria (art. 83 del CDFFA).

Complementariamente, con base en el art. 79.2 del CDFFA, podrán adoptarse judicialmente otras medidas relacionadas con los hijos menores. Tales medidas se dirigirán particularmente a:

1º) Garantizar la continuidad y efectividad de la relación con cada uno de sus progenitores (art. 76.3.a, en relación con el art. 60 del CDFFA).

2º) Garantizar la relación continua y efectiva con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados (art. 76.3.a, en relación con los arts. 60 y 75.2 *in fine* del CDFFA).

3º) Evitar su sustracción por alguno de sus progenitores o terceros (art. 79.2.b, en relación con el art. 10.c del CDFFA).

4º) Evitarles perturbaciones dañosas (art. 79.2.c, en relación con el art. 10.b CDFFA).

Según matiza el mismo art. 79.2, la adopción de tales medidas habrá de realizarla el juez de oficio o a instancia de los propios hijos, de cualquier persona interesada o del Ministerio Fiscal.



Asimismo, el juez podrá adoptar las medidas cautelares que estime oportunas a fin de garantizar el cumplimiento de las medidas definitivas adoptadas<sup>32</sup> (art. 79.3 del CDFA).

### **VI.3.- La Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil<sup>33</sup> y la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores del País Vasco<sup>34</sup>**

La Ley 7/2015, de 30 de junio, *de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores* (LRF) se fundamenta en la conjugación de los siguientes principios: la corresponsabilidad parental, que garantiza que ambos progenitores participen igualmente en el cuidado y educación de sus hijos así como en la toma de las correspondientes decisiones; el derecho de los menores a crecer y vivir con ambos progenitores tras la ruptura de los mismos, en un sistema de custodia compartida lo más igualitaria posible, así como a relacionarse regularmente con el progenitor no custodio y con las familias extensas de ambos; y la igualdad en las relaciones entre hombres y mujeres en función de sus hijos.

Según el art. 1.1 de la LRF, esta norma resulta de aplicación en los procedimientos de separación y divorcio; los de modificación de las medidas adoptadas como consecuencia de estos procedimientos; los que versen, exclusivamente, sobre custodia de los menores y los que se refieran a alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos comunes. En todo caso, las previsiones de la LRF han de coordinarse con las que establecen el CC y la LECiv para estos mismos procedimientos.

La LRF introduce una figura novedosa que no recoge el CC y que consiste en los pactos que prevén la ruptura de la convivencia y regulan las nuevas relaciones familiares que hayan de derivarse de la misma, contribuyendo a disminuir la litigiosidad en el

---

<sup>32</sup> CHAPARRO MATAMOROS, P. y MUÑOZ RODRIGO, G.: *Las crisis familiares*, op. cit., págs. 467 a 503.

<sup>33</sup> La Ley 5/2015, de 25 de junio, *de Derecho Civil Vasco* (BOE de 24 de julio de 2015, núm. 176).

<sup>34</sup> Ley 7/2015, de 30 de junio, *de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores* (BOE de 24 de julio de 2015, núm. 176).

momento de la ruptura real (art. 4 de la LRF). Para su validez, habrán de otorgarse en escritura pública durante la convivencia o previamente a convivir, en este supuesto, quedarán sin efecto si en el plazo de un año no se contrae matrimonio.

Su contenido será el mismo que se prevé para el convenio regulador, al que sustituirán si la ruptura se hace efectiva, pudiendo completarse, de ser el caso, en lo que no tengan previsto. Asimismo, pueden incluir el compromiso de asistir a mediación como vía previa de resolución de conflictos antes de iniciarse el procedimiento contencioso.

Únicamente se podrán ejecutar los pactos aprobados judicialmente, y aunque no se especifica nada más en la ley, se entiende que se aprobarán en alguno de los procedimientos específicos para su aprobación.

En este sentido, el convenio regulador aparece regulado en el art. 5 de la LRF, si bien no se distingue entre los procedimientos iniciados de mutuo acuerdo, por uno con el consentimiento del otro y los contenciosos, siendo obvio que sólo cabrá aportar un convenio en los dos primeros supuestos.

Según se refleja en los apdos. ss. del art. 5 de la LRF, el convenio regulador debe incluir todo lo que tiene relación con los menores, como la patria potestad, custodia y comunicación, alimentos y atribución del uso de la vivienda familiar; incluyendo otras cuestiones que no tienen que ver con los menores, como la pensión compensatoria o la liquidación del régimen económico matrimonial.

El convenio tiene que ser aprobado por el juez en el procedimiento correspondiente para que produzca efectos. Sin embargo, el juez puede denegar la aprobación de las estipulaciones que sean dañosas para los hijos o gravemente perjudiciales para alguna de las partes o contrarias a normas imperativas. En este supuesto, los cónyuges podrán presentar un nuevo convenio en un plazo de veinte días<sup>35</sup>.

---

<sup>35</sup> GIL RODRÍGUEZ, J. G.: *Manual de Derecho civil Vasco*, Ed. Atelier, Barcelona, 2016, págs. 103 -106.

#### **VI.4.- La Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de la *Compilación Foral de Navarra o Fuero Nuevo*<sup>36</sup>**

La Ley Foral de Navarra tiene la figura de la autoridad parental, la cual es independiente de las relaciones conyugales o afectivas que median entre los progenitores mientras los hijos sean menores de edad, por lo que, en ausencia de normas específicas para esta cuestión en el régimen de las parejas estables (regulado en las leyes 106 a 113 del FN), es aplicable el régimen previsto para las crisis matrimoniales en cuanto a las relaciones paterno-filiales.

Obviamente, el régimen general de la autoridad parental tiene como presupuesto ineludible la existencia de hijos comunes menores de edad, o de hijos con capacidad judicialmente modificada (ley 64 del FN). Sin embargo, la ley 104 del FN ha incluido el tratamiento de la contribución de los cónyuges al sostenimiento de los hijos mayores de edad y dependientes económicamente de estos, que supera las escasas previsiones del art. 93.2 del CC.

En materia de autoridad parental, y de acuerdo con la ley 64 del FN, se parte de la distinción entre titularidad y ejercicio de las potestades y las responsabilidades que comporta.

Por lo que se refiere a la titularidad, ésta corresponde a ambos cónyuges conjuntamente, salvo en los supuestos de suspensión y privación, en cuyo caso, lo establecerá el juez por medio de sentencia, debido al incumplimiento grave de los deberes inherentes a la misma (ley 75 del FN), y que puede tener lugar también sin ruptura de la convivencia de los progenitores.

La sentencia que declare la separación o el divorcio del matrimonio no afecta a la titularidad conjunta de la autoridad parental sobre los hijos. Y la privación de dicha

---

<sup>36</sup> La Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de *modificación y actualización de la Compilación Foral de Navarra o Fuero Nuevo* (BOE de 8 de junio de 2019, núm. 137).

titularidad, cuando proceda, tampoco elimina los deberes o responsabilidades que le son inherentes.

En cambio, el ejercicio de las funciones y deberes puede atribuirse, total o parcialmente, a uno de los cónyuges, por decisión judicial o por acuerdo entre ambos, aunque, usualmente, en defecto de pacto les corresponde a ambos conjuntamente.

En los procedimientos que requieran pronunciamiento judicial según disposición legal, la titularidad de la autoridad parental se somete a supervisión del juez, quien podrá nombrar en su ayuda un “*coordinador de parentalidad*”, con funciones de seguimiento de las relaciones entre los progenitores y los hijos, como medida legalmente establecida para el aseguramiento y defensa de los derechos de los menores, que se incorpora al texto de la ley 77 del FN.

La responsabilidad parental puede ser objeto de privación, extinción, y rehabilitación, en los términos de la ley 75 del FN, con la posibilidad de suspensión, totalmente o solo de algunas de las facultades inherentes a la misma, en los supuestos de ausencia, modificación de la capacidad, e imposibilidad, según apreciación judicial.

La ley 76 del FN, establece la prórroga, rehabilitación, y causas de extinción de la responsabilidad parental prorrogada o rehabilitada.

Por su parte, la ley 68 del FN establece tres principios fundamentales en materia de autoridad parental de los progenitores que se proponen romper la convivencia conyugal:

#### **VI.4.A.- Autonomía de la relación parental**

Las relaciones que median entre los cónyuges no influyen en sus relaciones con los hijos., por lo que, según este principio, la ruptura de la convivencia de los progenitores no altera la titularidad y el ejercicio de los deberes y facultades que integran la responsabilidad parental (ley 68 del FN).

#### **VI.4.B.- Prevalencia de los pactos de parentalidad**

En las situaciones de crisis matrimonial, los cónyuges “*podrán*” pactar la forma de ejercicio de dichos deberes y facultades, en régimen de corresponsabilidad, conforme a lo establecido en la ley 69 del FN, que incorpora al ordenamiento foral la regulación del pacto de parentalidad, al que atribuye carácter preferente, si bien supervisado por la autoridad judicial.

#### **VI.4.C.- Subsidiariedad de las medidas judiciales**

En defecto de acuerdo entre los cónyuges, el juez adoptará medidas en beneficio e interés de los menores, conforme a las disposiciones contenidas en las leyes 70 a 74 del FN.

En coherencia con tales principios, el ejercicio de los deberes y derechos relativos a la guarda y custodia de los hijos que comporta la autoridad parental corresponderá al progenitor bajo cuya guarda se encuentren los hijos en cada momento, como expresamente dispone el 2º párr. de la ley 68 del FN.

En este sentido, hay que aclarar que el pacto de parentalidad (ley 68 del FN) es un acuerdo sobre el régimen de guarda y custodia de los hijos sujetos a la autoridad parental, cuyo contenido mínimo señala la ley, que es necesario incluir en los convenios reguladores de separación y divorcio de mutuo acuerdo (por disposición expresa de la ley 63 del FN).

En los procedimientos de separación y divorcio de mutuo acuerdo (regulados en el art. 777 de la LECiv) el pacto de parentalidad incluido en el convenio regulador, debe ser aprobado por el juez, con intervención del Ministerio Fiscal en caso de existir hijos menores, que se limitará a homologarlo salvo que resulte dañoso para los hijos. Por el contrario, si el pacto de parentalidad no es homologado, los progenitores deberán presentar nuevo convenio.

Si no hay posibilidad de alcanzar un acuerdo (art. 771 de la LECiv), los cónyuges podrán presentar sus respectivas propuestas de plan de parentalidad y someter la aceptación a la decisión judicial, que adoptará las correspondientes medidas para su establecimiento provisional o definitivo.

Sea cual sea el procedimiento a seguir, el contenido mínimo del plan de parentalidad se establece en la ley 69 del FN, según la cual, deberá contener previsiones expresas y precisas sobre los siguientes extremos:

- El lugar o lugares donde vivirán los hijos con uno y otro progenitor en cada momento, con indicación de cuál de ellos figurará a efectos de empadronamiento.

- El modo en que los progenitores compartirán las decisiones relevantes para el desarrollo de la personalidad de los hijos.

- Los periodos de convivencia y estancia de los hijos con cada progenitor.

- La forma de comunicación de los hijos con el progenitor que no los tenga bajo su custodia.

- Los aspectos personales y económicos que afecten al cambio de guarda entre ambos.

- La responsabilidad de cada progenitor en cuanto a las tareas escolares y extraescolares diarias de los hijos y el medio con que aquéllos se transmitirán toda la información relevante respecto a estos.

- La forma y medios de contribución de cada progenitor a las necesidades ordinarias y extraordinarias de los menores, con expresión de las circunstancias que fundamenten su establecimiento.

- El uso del ajuar y vivienda familiar, con atribución del derecho de uso a uno o a ambos progenitores, según los casos, así como la duración y repercusión que esta atribución tenga en la contribución de las necesidades de los menores.

- La forma de relacionarse los menores con otros familiares<sup>37</sup>.

## **VII.- EL PROCEDIMIENTO DE DIVORCIO EXTRAJUDICIAL EN EL DERECHO COMPARADO EUROPEO**

En Europa las separaciones van en aumento, lo cual ha llevado a los diferentes Estados a regular la competencia para llevarlos a término, aunque parece deseable el divorcio regulado fuera de todo procedimiento judicial en los casos más sencillos y existe una tendencia a la desjudicialización, cuando hay mutuo acuerdo entre los cónyuges y ausencia de hijos comunes menores de edad, la mayoría de los Estados establecen la competencia de los tribunales.

Los países europeos que admiten la desjudicialización del divorcio son los siguientes:

En Rumanía, el art. 375 del CC rumano, Ley 287/2009, admite que el divorcio por acuerdo de los cónyuges pueda tramitarse alternativamente por vía judicial y por vía administrativa, ante el encargado del Registro civil o el notario, que tienen competencia si los cónyuges proceden de mutuo acuerdo y no hay hijos menores de edad. El notario también tiene competencia aunque haya hijos menores siempre que los dos cónyuges procedan de mutuo acuerdo en todas las consecuencias del divorcio. Si los cónyuges no proceden de mutuo acuerdo, el divorcio debe ser declarado por el juez.

En Dinamarca el divorcio se declara por una autoridad administrativa (el gobernador del condado) si los cónyuges proceden de mutuo acuerdo en cuanto al divorcio y en cuanto a todas sus consecuencias. En otro caso, la competencia es judicial.

---

<sup>37</sup> CHAPARRO MATAMOROS, P. y MUÑOZ RODRIGO, G.: *Las crisis familiares*, op. cit., págs. 581 - 616.

En Estonia, la “Family las Act”, de 18 de noviembre de 2009 y la “Vital Statistics Registratio Act”, de 20 de mayo de 2009 admite el divorcio declarado por el encargado del Registro civil o ante notario, si los cónyuges proceden de mutuo acuerdo, siendo indiferente que haya o no hijos menores o con discapacidad.

En Letonia, el CC tras la reforma de 28 de octubre de 2010, permite que el matrimonio se pueda disolver por un tribunal o un notario. Si hay hijos menores en común será necesario haber firmado un acuerdo de los cónyuges sobre la custodia, los derechos de visita y los alimentos de los hijos<sup>38</sup>.

En Portugal, la Ley 61/2008, de 31 de octubre de 2008, altera el régimen jurídico del divorcio, consagrando el divorcio de mutuo acuerdo ante el Conservador del Registro Civil (art. 1775 del CCP). Conforme el art. 1776 del CCP, recibido el requerimiento de los cónyuges ante dicho Conservador a fin de comprobar el cumplimiento de los requisitos legales, y si considera que los acuerdos no protegen los intereses de alguno de ellos o de los hijos, les “*convidará*” a que los cambien, y se podrá practicar cualquier prueba que tenga por conveniente. En el caso de que existan hijos menores de edad, es el art. 1.776 A) del CCP, el que impone el envío de los acuerdos al ministerio fiscal competente en un plazo de treinta días. Si el Ministerio Fiscal considera que los acuerdos no protegen los intereses de los menores, las partes podrán modificarlos o presentar un nuevo acuerdo. Si no considera que perjudica a los menores se procederá a declarar el divorcio por el Conservador del Registro civil; en caso contrario, si no se homologa, el divorcio se remite de oficio al tribunal competente (art. 1778 del CCP).

En Italia, el art. 12 de la Ley de 10 de noviembre de 2014, ha instaurado una modalidad de separación o divorcio de mutuo acuerdo ante un funcionario público, el «*ufficiale del lo Stato Civile*», al que pueden acudir los cónyuges cuando tengan hijos menores o incapaces económicamente no autosuficientes y siempre que el acuerdo no contenga transmisiones patrimoniales.

---

<sup>38</sup> JIMÉNEZ GALLEGO, C.: *Función Notarial y Jurisdicción Voluntaria*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017 págs. 154 - 156.



Diferente es el caso del divorcio consensual regulado en Francia a partir de la Ley 2016-1547, de 18 de noviembre de 2015, *de Modernización de la Justicia del Siglo XXI*. Se trata de divorcios que no se parecen a los divorcios notariales.

Así, en el Derecho francés, con la redacción del art. 229-1 del *Code Civil*, son los cónyuges los que se divorcian, al establecer que: *“cuando los cónyuges se entiendan sobre la ruptura del matrimonio y sus efectos, asistido cada uno de ellos por un abogado, su acuerdo en una convención que toma la forma de acto privado refrendado por sus abogados. Esta convención se depositará en el protocolo de un notario quien controlará el respeto de los requisitos formales y se asegurará igualmente que el proyecto de convenio no ha sido firmado antes de la expiración del período de reflexión previsto en la ley. Este depósito da efectos a la convención confiriendo fecha cierta y fuerza ejecutiva”*.

En el derecho francés, el divorcio por mutuo acuerdo ha pasado a ser un asunto privado, en el que no existe intervención de una autoridad pública para pronunciarlo, desapareciendo el control estatal. Y no debe confundir la intervención notarial, ya que su función se reduce al mínimo y el depósito notarial que exige el Code no convierte en documento público, un documento privado.

Este divorcio por mutuo acuerdo fuera de sede judicial se puede realizar aunque haya hijos menores, ya que lo permite el derecho francés, excluyendo la intervención del juez, incluso en presencia de hijos menores o con un régimen de protección y sin intervención del Ministerio Fiscal.

Sin embargo, a los hijos se les concede la facultad de reconducir el divorcio de sus padres hacia un divorcio judicial, ya que pueden solicitar la intervención judicial (art. 229-2 del Code)<sup>39</sup>.

---

<sup>39</sup> PARRA LUCÁN, M<sup>a</sup> A.: *“La autonomía privada en el Derecho de familia”*, en ABAD TEJERINA, P.: *Derecho de Familia, Homenaje a Encarnación Roca Trías, la jurista que se adelantó a su tiempo*, op. cit., págs. 43 - 46.

## VIII.- EL DIVORCIO EN EL DERECHO COMPARADO DE LOS PAÍSES DE NUESTRO ENTORNO JURÍDICO-CULTURAL: FRANCIA, ITALIA Y PORTUGAL

### VIII.1.- El divorcio en Francia

El legislador francés admite el divorcio como una cuestión puramente civil a la que se debe buscar solución en los inconvenientes o en las ventajas que pueden resultar del divorcio mismo, considerado desde el punto de vista político<sup>40</sup>.

En este sentido, la Ley núm. 2016-1547 du 18 novembre 2016 de “*modernisation de la justice du 21e siècle*” (modernización de la justicia del siglo XXI) prevé que el divorcio pueda realizarse ante notario, “contractualizando” el acto de divorciarse, con ayuda de los abogados de ambas partes. El divorcio por mutuo acuerdo ya no se encuentra judicializado, salvo que un menor desee ser escuchado por el juez o si una de las partes tiene mermadas sus facultades cognitivas (arts. 229 a 232 del CCF<sup>41</sup>).

Si los cónyuges muestran conformidad sobre la disolución del matrimonio y sus efectos (patria potestad, guarda y custodia, pensión alimenticia y compensatoria, uso y disfrute de la vivienda), se redactará un convenio regulador por los abogados de las partes y se presentará ante notario para su validación y posterior registro.

Un nuevo procedimiento se instaura a partir del 1 de enero de 2021 para todas las demandas de divorcio contenciosas que se presenten a partir de dicha fecha. El divorcio contencioso puede basarse en tres causas:

---

<sup>40</sup> PORTALIS, J. E. M.: *Discurso preliminar Código Civil francés*, Ed. La Ley, Tucumán, Buenos Aires, Tucumán, Buenos Aires, 2011, págs. 18 - 20.

<sup>41</sup> Code Civil francés que incluye las reformas siguientes: Loi 70-459 de 4 de junio de 1970; Loi 2002-305 de 4 de marzo de 2002; Loi 2004-439 de 26 de mayo de 2004; Loi 2016-1547 de 18 de noviembre de 2016; Loi 20149-1480 de 28 de diciembre de 2019; y Loi 2020-936 de 30 de julio de 2020.

- Por alteración definitiva del vínculo conyugal (arts. 237 y 238 del CCF). Cuando cesa la convivencia reduciéndose el plazo de dos a un año.

- “*Por culpa*” (arts. 242 a 246 del CCF). Por infracción grave de los deberes y obligaciones conyugales, el adulterio, abandono de familia, violencia física y psíquica, falta de contribución a las cargas familiares.

- Con consentimiento del otro cónyuge o divorcio “*aceptado*” (arts. 233 y 234 del CCF), pero sobre el que no alcanzan acuerdo en relación con sus consecuencias (guarda y custodia, régimen de visitas, pensión alimenticia, pensión compensatoria, división del patrimonio, etc.).

Esto supone, agilizar notablemente el proceso de divorcio, ya que, con carácter previo a la reforma, existían dos fases, debiendo someter el juez a las partes a una audiencia de conciliación; actualmente, se suprime dicha audiencia, existiendo una vista de medidas que fija provisionalmente y de inmediato las consecuencias personales y patrimoniales para las partes (art. 254 del CCF).

Por lo que se refiere a los efectos del divorcio, el art. 260 del CCF, establece que surtirán efecto a partir de la sentencia firme que lo declare.

En el caso de mutuo acuerdo entre los cónyuges, el matrimonio se disuelve el día en que el convenio regulador se presenta ante el notario.

Con respecto a los efectos patrimoniales, la vocación sucesoria así como las obligaciones nacidas con el matrimonio, desaparecen el día en que el pronunciamiento judicial deviene firme.

Para el caso del divorcio por mutuo acuerdo, corresponde a los cónyuges fijar la fecha en el convenio regulador sobre las consecuencias patrimoniales, en su defecto, será el del día en que se presenta el convenio ante el notario.

Para el caso de los divorcios con consentimiento del otro cónyuge, la fecha será la de la homologación judicial del acuerdo (art. 262-1 del CCF).

En los divorcios contenciosos, los efectos patrimoniales del divorcio tienen lugar con la presentación de la demanda (antes de la reforma del 2021, se producían en la fecha de la conciliación).

No obstante, el juez puede fijar sus efectos teniendo en cuenta la fecha en que los cónyuges han cesado la convivencia o han dejado de contribuir a las cargas del matrimonio (art. 262-1 del CCF), previa petición de uno de los cónyuges.

El divorcio sólo tiene efectos frente a terceros cuando resulta inscrito en el Registro Civil (art. 262 del CCF). La fecha de cese de convivencia sólo tendrá efectos entre los cónyuges pero no frente a terceros.

El propietario puede así reclamar el alquiler de la vivienda conyugal a ambos esposos aunque haya sido informado del cese de la convivencia (Civ. 2e, 3 oct. 1990, n° 88-18.543).

En otro orden de cosas, al divorciarse, cada cónyuge pierde la posibilidad de seguir utilizando el apellido del otro, no obstante, si uno de los cónyuges quiere seguir conservándolo, deberá de hacerlo con el consentimiento del otro o del juez, si justifica un interés particular para él o para sus hijos (art. 264 del CCF). Y desde la firmeza de la sentencia, los cónyuges pueden contraer nuevo matrimonio.

Es necesario destacar respecto a la liquidación del régimen económico que, en caso de divorcio de mutuo acuerdo ante notario, el convenio debe contener, so pena de nulidad, la liquidación del régimen matrimonial o la declaración que la misma se realizó con anterioridad (art. 229-3, 5° del CCF). En caso del divorcio con consentimiento del otro, los cónyuges deben presentar la propuesta de liquidación (art. 250-1 del CCF). En

los demás casos, el legislador invita a los cónyuges a esa misma propuesta, y tratará de exhortarlos a llegar a un acuerdo entre ellos (art. 267 del CCF).

En los procesos iniciados a partir del 1 de enero de 2021, el juez exige una propuesta de dicha liquidación, pues de no contenerla, la demanda será inadmitida, esto es, la demanda debe describir el estado patrimonial y las propuestas de liquidación y reparto de los bienes (art. 252 del CCF).

Con el fin de preparar la liquidación del régimen matrimonial, el juez tiene la posibilidad de designar a un profesional cualificado para inventariar el patrimonio y realizar una propuesta de liquidación (art. 255, 9°, 10° del CCF).

Por último, hay que hacer mención a la denominada “*separation de corps*” (separación de cuerpo) concierne únicamente a las parejas casadas con independencia del régimen económico matrimonial (ganancial, separación de bienes), y que consiste en una figura jurídica que, frente al divorcio, permite a los cónyuges seguir unidos por el vínculo matrimonial y seguir conviviendo. Puede establecerse a través de acta firmada por las partes de manera privada y suscrita por sus respectivos abogados o por instancia ante el juzgado del domicilio de los cónyuges y se encuentra regulada en los arts. 296 a 308 del CCF.

Este régimen de separación “*de cuerpo*” cesa si los cónyuges vuelven a convivir, se divorcian o ante el fallecimiento de uno de ellos.

“*La séparation de corps*” conlleva la separación de los bienes y se somete a las reglas procesales aplicables al divorcio, siendo sus causas idénticas a las del divorcio y, en su día, fue denominado como “divorce catholique” (divorcio católico).

La demanda se formula ante el Juzgado de familia y puede coexistir con la demanda de divorcio formulada por el otro cónyuge, aunque si se produce dicha situación, la demanda de divorcio será la primera en examinarse, salvo que ambas demandas se

fundamentan en la “culpa” del otro cónyuge, en cuyo caso, se examinarán de manera simultánea.

Los efectos de la demanda de separación “de cuerpo” se producirán en la fecha en que los cónyuges cesaron la convivencia, aunque, frente a terceros, lo serán de sede la fecha de inscripción de la separación.

El juez se pronunciará sobre el uso y disfrute de la vivienda conyugal y los cónyuges deberán de proceder a la liquidación del haber ganancial (que se realizará ante notario), exceptuando a los cónyuges en régimen de separación de bienes.

En relación a los hijos, el juez de familia deberá determinar su lugar de residencia.

No obstante, se mantienen otras obligaciones que nacen con el matrimonio, como el deber de fidelidad, de socorro y ayuda. Este deber de socorro puede dar lugar a una pensión alimenticia para el cónyuge necesitado y puede ser acordada por el juez en el momento de la separación o con posterioridad. Si uno de los esposos fallece, el otro conserva los derechos a sucederlo previstos en la ley.

La separación “*de cuerpo*” finaliza con el divorcio y la causa de éste último será la misma que la que se estimó para la separación. También termina esta separación si los cónyuges vuelven a convivir, aunque con el régimen de separación de bienes, salvo que los cónyuges decidan otro régimen matrimonial<sup>42</sup>. Esta reconciliación, para que surja efectos frente a terceros, tiene que resultar constatada por un notario o inscrita en el Registro Civil, o bien, dejar constancia en el Ayuntamiento del lugar de residencia<sup>43</sup>.

---

<sup>42</sup> CAPELIER, F.: “Réforme de la protection de l'enfant. Présentation générale”, *AJ famille*, núm. 4/2016.

<sup>43</sup> Dalloz, Lefebvre Dalloz: “Le droit de famille”; “Les cas de divorce”, 2021; “Le jugement de divorce”; “Le divorce et ses effets (personnels et patrimoniaux)”, 2021; “L’ autorité parentale”, 2021.

## **VIII.2- La separación y el divorcio en Italia**

En Italia existe la separación legal, por la que los cónyuges suspenden los efectos del matrimonio que se diferencia del divorcio en que este último, extingue el vínculo.

Hay varios tipos de separación matrimonial: la separación personal de los cónyuges, la separación de hecho, la separación por culpa, la separación judicial, la separación de cargas y la separación consensual.

La Ley 898 de 1970 introduce el divorcio que pone fin a los efectos civiles del matrimonio y se extingue todo vínculo. Para solicitar el divorcio es necesario que hubieran transcurrido, al menos, seis meses desde la fecha en que se firmó la separación si se alcanzó un consenso entre los cónyuges, o bien, un año desde la audiencia en el juicio en el caso de separación judicial, por lo tanto, son necesarios los procedimientos de separación y divorcio para disolver el vínculo.

Con la ley 26 de mayo de 2015 se aprueba el divorcio breve, con lo que reducen considerablemente los plazos con relación al divorcio que se establecían hasta la entrada en vigor de la ley.

Si se consigue llegar a un acuerdo, se puede presentar ante un alcalde o un abogado, con lo que se evita la intervención judicial. Así, los cónyuges se presentan ante el intendente del municipio de la residencia de uno de ellos con el documento que declara la voluntad de querer interrumpir el matrimonio mediante el divorcio. Los cónyuges firman el acuerdo y la declaración ante el alcalde o funcionario, siendo necesario que, pasados treinta días, confirmen su decisión, en caso contrario, se considera que el vínculo matrimonial sigue vigente.

En el supuesto del divorcio breve con hijos menores o hijos mayores de edad discapacitados, el fiscal del tribunal tiene que determinar que el divorcio sea a beneficio de los hijos y sólo puede autorizarlo en este caso.

Por lo que se refiere a la comunión de bienes, se disuelve en caso de que la separación sea autorizada por el tribunal o en el momento de la firma del acuerdo de separación.

Por último, aducir que si no se alcanza un acuerdo entre los cónyuges, el juez establece el divorcio judicial y aunque no es tan rápido como el anterior, acorta los plazos que estaban establecidos antes de la entrada en vigor de la ley<sup>44</sup>.

### **VIII.3- El divorcio en Portugal**

En Portugal el divorcio disuelve el matrimonio y tiene jurídicamente los mismos efectos que la disolución por causa de la muerte del cónyuge, salvo las excepciones consagradas en la Ley (art. 1788 del CCP<sup>45</sup>).

Sus efectos se producen a partir de la sentencia firme, si bien respecto a los aspectos patrimoniales se retrotraen a la fecha de interposición de la acción de divorcio, aunque cuando el divorcio se base en una separación de hecho, acreditada la fecha, la sentencia podrá fijar los efectos a partir de ese día. Ahora bien, los efectos patrimoniales frente a terceros surtirán efectos a partir de la inscripción de la sentencia en el Registro Civil. A estos efectos, se entiende que existe separación de hecho (art. 1782 del CCP) si no existe convivencia entre los cónyuges o si uno o ambos tienen el propósito de no restablecerla.

Las modalidades de divorcio, según el artículo 1773 del CCP son por mutuo acuerdo o sin consentimiento de uno de los cónyuges.

---

<sup>44</sup> SALTARELLI, F.: “Crisi familiare: come incide il “bene casa” sul Diritto all’assegno post divorzio”, *Archivio delle locazioni e del condominio*, núm. 4/2017, págs. 401 y 402.

<sup>45</sup> Código Civil, DL 47344, aprobado por Decreto- Ley 47 344, de 25 de noviembre de 1966 que incluye las reformas siguientes: Decreto-Lei 496/77, de 25 de noviembre de 1977; Ley 84/1995, de 31 de agosto de 1995; Ley 61/2008, de 31 de octubre de 2008; Ley 122/2015, de 1 de septiembre de 2015; Ley 43/2017, de 14 de junio de 2017; Lei 65/2020, de 4 de noviembre de 2020.



El divorcio por mutuo acuerdo puede ser solicitado por ambos cónyuges ante el Registro Civil, o bien ante el tribunal si no hubiesen consensuado algunos de los supuestos referidos en el apdo. 1º del art. 1775 del CCP.

El divorcio sin consentimiento de uno de los cónyuges es solicitado por uno frente al otro, en base a alguno de los fundamentos previstos en el art. 1781.º del CCP, que enumera las causas de ruptura del matrimonio que son las siguientes:

- a) La separación de hecho durante un año consecutivo.
- b) La alteración de las facultades mentales del cónyuge durante más de un año y cuando, por su gravedad, comprometa la posibilidad de la vida en común.
- c) La ausencia por tiempo no inferior a un año.
- d) Cualesquiera otros hechos que, independientemente de la culpa de los cónyuges, supongan la ruptura del vínculo matrimonial.

Se establece la posibilidad de alcanzar una mediación antes del proceso, debiendo los cónyuges ser informados por el Registro Civil o el tribunal sobre dicha posibilidad (art. 1774 del CCP).

Por su parte, el art. 1775 del CCP regula el divorcio de mutuo acuerdo, que podrá ser solicitado ante el Registro Civil por petición firmada por los cónyuges o sus representantes, que acompañarán de un convenio que regule los aspectos patrimoniales y personales, el reparto de los bienes gananciales o comunes, el destino de la casa familiar, la pensión compensatoria, e incluso (desde la Ley 8/2017, de 3 de marzo de 2017), en caso de existir, el destino de los animales de compañía. Si hubiese hijos menores de edad, necesitarán la previa autorización del Ministerio Fiscal (art. 1776 A del CCP).

Una vez recibida la solicitud de divorcio por mutuo acuerdo, el registrador convocará a los cónyuges a una comparecencia para verificar el cumplimiento de los

presupuestos legales, pudiendo recabar elementos de prueba complementarios, y decretará el divorcio si se cumplen los requisitos (art. 1776 del CCP).

En el caso de que el procedimiento de divorcio se lleve a cabo ante el juzgado (art. 1778 A del CCP) se examinará el cumplimiento de los requisitos legales y fijará las consecuencias del divorcio según lo solicitado, siempre y cuando no se vulneren los intereses de las partes o de los menores.

En el caso de que no se alcance un acuerdo respecto a alguna de las medidas que habrán de regir tras el divorcio o propuesta respecto a las mismas, el juez tratará el procedimiento como si fuese un divorcio con el consentimiento del otro, pudiendo recabar las pruebas necesarias y complementarias para fijar las consecuencias de divorcio. Siempre se tendrá en cuenta la voluntad de las partes.

El art. 1779 del CCP contempla la transformación del divorcio sin consentimiento en divorcio de mutuo acuerdo.

El art. 1793 A del CCP, en su redacción añadida por la Ley 8/2017, de 3 de marzo de 2017, determina que los animales de compañía serán confiados a uno o ambos cónyuges, considerando los intereses de los cónyuges, de los hijos y el bienestar del animal.

Por último, la separación de personas y bienes, se encuentra regulada en los arts. 1795 y ss. del CCP y señala que no disuelve el matrimonio pero extingue los deberes de convivencia y asistencia, sin perjuicio de los derechos a alimentos; si bien con respecto a los aspectos patrimoniales, la separación produce los mismos efectos que los de la disolución del vínculo matrimonial.

La separación judicial de bienes y personas será revocada en caso de reconciliación de los cónyuges o por la disolución del matrimonio.

Transcurrido un año desde la sentencia que acuerde la separación del matrimonio, los cónyuges podrán solicitar el divorcio, a menos que el divorcio sea solicitado de mutuo acuerdo<sup>46</sup>.

---

<sup>46</sup> MARTINS LEITAO, H.: *Da acção de divórcio e da separação judicial de pessoas e bens*, Elcla Editora, Porto, 2007, págs. 33 - 56.

## **CAPÍTULO II**

### **EFFECTOS EN RELACIÓN CON EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD**

Una de las cuestiones primordiales una vez producida la crisis matrimonial es la del ejercicio de la patria potestad de los hijos menores, la cual decae una vez que los hijos alcanzan la mayoría de edad. En tanto en cuanto el paso del tiempo no produce la cesación de la patria potestad, hay que dirimir en quien de los progenitores recae esta responsabilidad.

En la generalidad de las separaciones o divorcios, serán ambos progenitores quienes ejercerán de manera conjunta la patria potestad, lo cual implica que las decisiones importantes que tengan que ver con el menor tendrán que tomarlas ambos conjuntamente, al igual que sucedía cuando se encontraban casados y formaban una familia. En caso de no alcanzar un acuerdo entre ambos, será el juez quien tendrá que tomar la decisión, tratando de adoptarla siempre en función del mayor interés del menor.

Como veremos a continuación, esta es la situación más habitual, que sean ambos progenitores quienes tomen las decisiones de sus hijos menores, pero habrá que determinar soluciones diferentes en aquellos supuestos en que uno de los progenitores adopte decisiones que puedan afectar a sus hijos por los motivos que sean, o bien que se hayan desentendido totalmente de sus obligaciones paterno-filiales. En estos supuestos, siempre con carácter excepcional, el juez habrá de determinar quién ejerce la patria potestad o en qué supuestos, pudiendo dejarla en manos de uno sólo de los progenitores, cuando entienda que es lo mejor para el niño.

#### **I.- LA PATRIA POTESTAD**

Respecto a la patria potestad, establece el art. 154 del CC:

*“Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores.*

*La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental.*

*Esta función comprende los siguientes deberes y facultades:*

*1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.*

*2.º Representarlos y administrar sus bienes.*

*Si los hijos tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten.*

*Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad”.*

Como en la mayoría de los ordenamientos actuales, la patria potestad no es un derecho subjetivo, sino un officium que genera una potestad que el Derecho positivo atribuye, con carácter indisponible, a los progenitores para el cuidado de los hijos.

En cuanto a los hijos, establece el art. 155 del CC que:

*“Los hijos deben:*

*1.º Obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad, y respetarles siempre.*

*2.º Contribuir equitativamente, según sus posibilidades, al levantamiento de las cargas de la familia mientras convivan con ella”.*

Las facultades y deberes que integran el contenido de la patria potestad pueden reducirse o distribuirse entre los progenitores, según determina el art. 156 del CC.

### **I.1.- Deberes y facultades de los progenitores en la esfera personal**

El CC en esta materia utiliza lo menos posible el término “derechos”; y las facultades que otorga son instrumentales, para el mejor cumplimiento de los deberes que tienen los progenitores y que son los siguientes:

- Velar por los hijos: se trata de un deber difícilmente exigible, al ser el que informa del cumplimiento de los restantes deberes enumerados en el art. 154.1º del CC.

Normalmente, velar por los hijos va unido a que el progenitor los tenga en su compañía, si bien esto no sucede siempre, pues, cuando se produce la separación de los progenitores, uno de ellos puede continuar en su compañía y el otro no. En estos casos subsiste, en principio, el deber de velar por los hijos (arts. 92.1º, 103.1º, 110 y 111 del CC).

- Compañía: se trata de un deber de los progenitores y a su vez, es una facultad exigible al hijo, vía art. 155.1º del CC, en su caso, auxiliados por la autoridad, conforme art. 154 del CC.

Por una parte, la compañía entraña una comunicación afectiva e intelectual y, respecto de los progenitores, exige buen ejemplo y cariño ambiental. Por otra parte, la compañía es compatible con separaciones físicas transitorias, por razón de enfermedad, estudios, veraneo, etc., acordadas o consentidas y que pueden ser compensadas con comunicaciones de otra índole.

La compañía es presupuesto de la contribución económica del hijo al levantamiento de las cargas familiares (arts. 155.2º y 166 del CC) y de la responsabilidad de los progenitores por actos ilícitos del hijo: en este sentido, debe interpretarse la guarda del art. 1903.2º del CC. En base a esto, su incumplimiento puede ser causa de pérdida de la patria potestad (art. 170 del CC), de otra serie de sanciones civiles, e incluso, de delito de abandono de familia.

Con carácter general, el art. 160.1º del CC dispone:

*“Los hijos menores tienen derecho a relacionarse con sus progenitores aunque éstos no ejerzan la patria potestad, salvo que se disponga otra cosa por resolución judicial o por la Entidad Pública en los casos establecidos en el artículo 161. En caso de privación de libertad de los progenitores, y siempre que el interés superior del menor recomiende visitas a aquellos, la Administración deberá facilitar el traslado acompañado del menor al centro penitenciario, ya sea por un familiar designado por la administración competente o por un profesional que velarán por la preparación del menor a dicha visita. Asimismo la visita a un centro penitenciario se deberá realizar fuera de horario escolar y en un entorno adecuado para el menor”.*

Esta facultad no excluye las relaciones o contactos normales que el hijo puede tener con otras personas, en especial con los abuelos. Así, no podrá impedirse sin justa causa las relaciones personales entre el hijo y otros parientes y allegados (art. 160.2º del CC) y en caso de oposición, el juez a petición del menor o del pariente o allegado, resolverá atendidas las circunstancias (art. 160.3º del CC).

- Alimentos: si este deber coincide con el de compañía, no es aplicable la opción que, para su cumplimiento, establece el art. 149 del CC, pero tampoco la causa de extinción 5ª del art. 152 del CC.

Integrado en la patria potestad, prestar alimentos es un deber unilateral, específico y típico y no se exonera de su cumplimiento el progenitor que no tenga al hijo en su compañía. Su incumplimiento puede ser también constitutivo de abandono de familia y de causa de privación de la patria potestad.

Pero, además, con carácter general y preventivo, establece el art. 158 del CC que:

*“El juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará:*

*1.º Las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber, por sus padres.*

*2.º Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda.*

*3.º Las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y, en particular, las siguientes:*

*a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa.*

*b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido.*

*c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.*

*4.º La medida de prohibición a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas de aproximarse al menor y acercarse a su domicilio o centro educativo y a otros lugares que frecuente, con respecto al principio de proporcionalidad.*

*5.º La medida de prohibición de comunicación con el menor, que impedirá a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas establecer contacto escrito, verbal o visual por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, con respeto al principio de proporcionalidad.*

*6.º La suspensión cautelar en el ejercicio de la patria potestad y/o en el ejercicio de la guarda y custodia, la suspensión cautelar del régimen de visitas y comunicaciones establecidos en resolución judicial o convenio judicialmente aprobado y, en general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas.*

*En caso de posible desamparo del menor, el juzgado comunicará las medidas a la Entidad Pública. Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso judicial o penal o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, en que la autoridad judicial habrá de garantizar la audiencia de la persona menor de edad, pudiendo el tribunal ser auxiliado por personas externas para garantizar que pueda ejercitarse este derecho por sí misma”.*

- Educación y formación: por una parte, los progenitores educan por sí mismos a sus hijos, y por otra parte, eligen el centro educativo y en consecuencia, la educación que se imparte a sus hijos. Así, el ámbito de la formación integral es cultural, profesional, social, moral y religioso, naturalmente, dentro del ámbito de libertad que tiene el hijo conforme a su edad y a su personalidad (art. 154 del CC).

## **I.2.- Deberes y facultades de los hijos respecto a sus progenitores**

Los deberes que tiene los hijos respecto a sus progenitores son los siguientes:

- Los hijos deben obedecer a sus progenitores mientras permanezcan bajo su potestad y respetarlos siempre (art. 155.1º del CC). La obediencia es contenido específico de la patria potestad y se corresponde con las facultades de los progenitores de ejercerlas en beneficio de los hijos y conforme a su personalidad. Sin embargo, el hijo no está obligado a obedecer a sus progenitores en aquello que suponga una extralimitación del ejercicio de la patria potestad, de lo que hay reflejos en el propio CC (art. 170).

Si el hijo tiene suficiente juicio, ha de ser oído antes de adoptar decisiones que le afecten (art. 154.5º del CC) y tiene derecho a relacionarse con el progenitor que no ejerza la patria potestad, con los abuelos y otros parientes y allegados (art. 161 del CC).

- Medios y sanciones: el CC trata de dar respuesta a la dificultad de coerción, dotando a los progenitores de medios para la efectividad del ejercicio de la patria potestad, estableciendo medidas de control y sanciones para los supuestos de desviación o abuso de la potestad.

En el art. 154 del CC se dispone que: *“los padres podrán en el ejercicio de su potestad recabar el auxilio de la autoridad”*, aunque el precepto no especifica de qué autoridad se trata, con carácter general, será la administrativa, por analogía con el art. 172 del CC, la entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores.

Según el art. 158.1º, 2º y 3º del CC, la legitimación activa y el arbitrio judicial son de notable amplitud y flexibilidad, incluso, parece que el juez puede adoptar medidas cautelares atípicas, siempre que sean adecuadas al fin perseguido.



Estas medidas no requieren culpabilidad en los progenitores que ejerzan la patria potestad y podrán ser adoptadas en caso de ausencia, enfermedad, etc<sup>47</sup>.

### **I.3.- Principios que rigen el ejercicio de la patria potestad**

La patria potestad se configura, tanto en situación de paz como de crisis familiar, de acuerdo con los siguientes principios:

- La patria potestad como responsabilidad parental es una función que corresponde a los progenitores y se ejercerá atendiendo a los principios de beneficio o interés del menor. Esta protección del interés del menor constituye una cuestión de orden público y un principio general de carácter interpretativo tendente a procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos de forma prioritaria y preferente a los de los demás intereses implicados, atendiendo a la evidente falta de capacidad del menor para actuar en defensa de sus propios intereses.

- La patria potestad se ejercerá con respeto a la personalidad del hijo, lo que incluye velar, entre otros, por la protección de los derechos de su personalidad como el honor, la intimidad e imagen del menor, su salud, libertad religiosa, etc.

- El ejercicio de la responsabilidad parental, como regla general, debe ser compartido por ambos progenitores y debe inspirarse en la igualdad de trato y de oportunidades entre ambos titulares se hallen o no bien avenidos. Supone que todos los derechos y deberes que entraña la patria potestad se han de ejercer siempre de común acuerdo por ambos progenitores y que, en caso de desacuerdo, será el juez quien determine cuál de los dos titulares ha de ejercer todas o algunas de las facultades que la patria potestad comporta y por cuanto tiempo, pero sin que esta intervención judicial sobre los desacuerdos de los progenitores implique la supresión de estos derechos-deberes de la patria potestad que se ejercitan en un plano de igualdad y no de subordinación.

---

<sup>47</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil. Tomo IV. Familia*, Ed. Dykinson, Madrid, 2017, págs. 399 - 402.

- La patria potestad se ejercerá con respeto a la integridad física y mental del hijo por lo que, en caso necesario, se deberá recabar el auxilio de la autoridad ante situaciones de desobediencia grave que puedan conllevar un daño a los intereses del menor. La actual regulación del ejercicio de la patria potestad constituye un complejo equilibrio en las decisiones parentales, dada la ausencia de la facultad de corrección de los progenitores sobre los hijos tras la supresión de la segunda parte del último párr. del art. 154 del CC, lo que va a suponer una dificultad para el correcto cumplimiento de este *officium* que se agrava si, además, existen desacuerdos entre los progenitores o de éstos con el menor.

- En consecuencia, se amplía el control jurisdiccional sobre los titulares de la patria potestad, estableciéndose, en el art. 156 del CC, los mecanismos para dirimir los desacuerdos y en el art. 158 del CC un control jurisdiccional ante posibles conductas parentales que puede conducir a la privación total o parcial de la patria potestad.

#### **I.4.- El ejercicio de la patria potestad y de la guarda y custodia**

Existen diferencias evidentes entre patria potestad y guarda y custodia, entendiendo la primera como la responsabilidad general en la toma de decisiones que afectan a los menores, mientras que la guarda y custodia tiene un contenido más inmediato de cuidado y atención de los menores, y manteniendo en el supuesto de ruptura conyugal una diferenciación entre ambos derechos-deberes, atribuyendo a uno de los progenitores el cuidado y atención de los menores y estableciendo un ejercicio conjunto de la patria potestad.

Por tanto, se podría definir la facultad de “guarda” como una facultad que comprende todos aquellos aspectos derivados del quehacer diario, es decir, alimentación, cuidado inmediato, imposición de normas de disciplina, consuelo, estudio, etc. En definitiva, se trata de cuestiones diarias, habituales, ordinarias y rutinarias, que hacen referencia a la convivencia, no implicando más derechos y que, consecuentemente, no supone un estatus privilegiado de un progenitor frente al otro. Por lo tanto, la atribución

de la guarda y custodia a uno solo de los progenitores no supone que se esté privando de la titularidad de la patria potestad al otro progenitor.

La facultad de “guarda”, además, se comparte entre ambos progenitores, en los tiempos de convivencia en que los hijos comunes permanecen con cada uno de ellos. Sin embargo, no son equiparables la patria potestad y la guarda y custodia ya sea esta individual o compartida sino que la guarda y custodia quedaría integrada en la patria potestad.

Cuando los dos progenitores son cotitulares de la patria potestad, lo que se produce en la mayoría de los casos, ello supone el deber de compartir todas y cada una de las decisiones que afecten a la formación y educación de los hijos y, como tales, han de ser informados cumplida y oportunamente por el custodio temporal, teniendo en cuenta que, en el ejercicio de esa patria potestad, prima el interés de los menores y, en caso de discrepancia, se han de someter a la decisión del juez correspondiente. En caso de que ese ejercicio resulte perjudicial para los hijos, el Ministerio Fiscal, como defensor del menor, debería promover la privación de la patria potestad del que no actúe en consonancia con el interés superior del menor.

En consecuencia, estarían incluidas en las funciones propias de la patria potestad, todas aquellas decisiones de especial relevancia, entidad o trascendencia que acontezcan en la vida del menor, que deberán ser asumidas de forma conjunta por ambos progenitores, decisiones en el ámbito de la salud, orientación en los estudios o la educación del hijo o la educación religiosa.

Para el caso de desacuerdo, será el juez quien determine qué progenitor ha de ejercer todas o algunas de las facultades que comporta la patria potestad y por cuanto tiempo. Para tomar esta decisión, el juez tendrá que tener en cuenta, por una parte, los derechos de los hijos a la protección, así como los cuidados necesarios para su bienestar; por otra parte, los derechos y deberes de los progenitores en lo que respecta a la crianza y

desarrollo de los hijos; y por último. el derecho de los progenitores a ejercer la patria potestad aun cuando vivan separados<sup>48</sup>.

### **I.5.- Distinción entre titularidad y ejercicio de la patria potestad**

La mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia diferencian entre dos conceptos jurídicos autónomos: la titularidad y el ejercicio de la patria potestad, los cuales sólo van unidos cuando ambos progenitores viven juntos, desapareciendo dicha unidad cuando se produce la falta de convivencia.

La titularidad, entendida como la tenencia legítima de un derecho, corresponde a los progenitores por la filiación, por lo tanto, no puede ser pactada entre los progenitores, pues es indisponible e irrenunciable y sólo se puede privar de ella al progenitor en base a una sentencia.

La privación de la titularidad de la patria potestad implica, apartar al progenitor de los deberes y facultades que establece el art. 154 del CC, si bien subsiste la obligación de velar por los hijos y dispensarles alimentos, así como comunicarse con el menor.

El ejercicio de la patria potestad viene determinado por la realización por los progenitores de las funciones inherentes a la patria potestad recogidas en el CC, la diferencia con la titularidad es que es posible llegar a acuerdos entre los progenitores y distribuir las funciones que incumben a su ejercicio. Por lo tanto, la titularidad de la patria potestad es conjunta, si bien el ejercicio puede serlo o no<sup>49</sup>.

El ejercicio siempre implica la existencia de una titularidad, ya que cabe ejercer las facultades de la patria potestad precisamente por ostentar tal titularidad. Así que la

---

<sup>48</sup> CHAPARRO MATAMOROS, P. y MUÑOZ RODRIGO, G.: *Las crisis familiares*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, págs. 139 - 164.

<sup>49</sup> RODA Y RODA, D.: *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad, el derecho del menor a ser oído*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2014, págs. 70 - 72.

privación de la patria potestad siempre implica la privación del ejercicio, sin embargo, se puede mantener la titularidad aunque al progenitor se le haya privado de su ejercicio.

En definitiva, la titularidad y el ejercicio de la patria potestad son conceptos diferentes, aunque se encuentran conectados, lo que ha provocado que, en la práctica, en ocasiones se utilicen indistintamente de manera errónea<sup>50</sup>.

### **I.6.- El ejercicio de la patria potestad**

Cuando se produce una separación o divorcio, lo habitual, es que la sentencia mantenga la titularidad de ambos progenitores, si bien, puede concurrir alguna causa para privar a uno de los cónyuges de la patria potestad, y en ese caso, la sentencia acordará la privación de la patria potestad (arts. 92.3 y 170.I del CC), pues sólo cabe acordarla por resolución judicial.

La privación de la patria potestad, tiene siempre carácter excepcional, y se adoptará en base al principio del *favor filii*, sin que sea posible establecerla por medio de acuerdo o plasmarla en un convenio regulador, debido a su carácter irrenunciable e indisponible. Si la privación de la patria potestad afecta a uno solo de los progenitores, el otro será el único titular. En cambio, si ambos progenitores son privados de la patria potestad, será necesario nombrar un tutor al menor.

Por lo que se refiere al ejercicio de la patria potestad, si la sentencia no dispone nada al respecto, corresponde al cónyuge que tiene la guarda y custodia de los hijos (art. 156.V del CC).

Siempre con la premisa de velar por el interés de los hijos, el juez a través de sentencia puede disponer que la patria potestad sea ejercida conjuntamente por ambos progenitores; por uno sólo de los progenitores; o bien, distribuir las funciones inherentes a la patria potestad entre ambos progenitores (arts. 92.4 y 156.V del CC). Del mismo modo,

---

<sup>50</sup> RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, F.: *Ejercicio de la patria potestad cuando los padres no conviven*, Ed. Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, págs. 22 - 28.

el juez puede establecer el ejercicio parcial de la patria potestad (art. 92.4 del CC), atribuyendo determinadas decisiones importantes a ambos progenitores de mutuo acuerdo, aunque otras decisiones le correspondan a uno sólo de los progenitores.

Todas estas modalidades de ejercicio de la patria potestad pueden pactarse entre ambos progenitores y plasmarse en un convenio regulador<sup>51</sup> (art. 92.4 del CC), procediendo a continuación a su análisis:

### **I.6.A.- El ejercicio conjunto de la patria potestad**

Se establece en el párr. 1º del art. 156 del CC que:

*“La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad”.*

El principio general será, por tanto, la actuación conjunta de los progenitores en el ejercicio de la patria potestad. La posibilidad de actuación mediante el consentimiento del otro progenitor representa una respuesta y una solución para el ejercicio cotidiano de la patria potestad, ya que en este supuesto es precisa, igualmente, la actuación conjunta sólo que, de forma indirecta, mediante la prestación del consentimiento. Como norma general, no se exige que el consentimiento, siempre revocable, adopte una forma concreta, salvo para aquellos actos que necesiten de forma específica (art. 1280.5 del CC).

El consentimiento de un progenitor al otro podrá darse para la actuación de un solo aspecto cuando se trata de actos concretos.

Sin embargo, plantea más dudas el consentimiento general de uno de los progenitores al otro para el ejercicio de la patria potestad por uno solo de ellos. A este respecto, cabe admitir el consentimiento general si bien ello no debe interpretarse como una exclusión en los deberes y responsabilidades del progenitor que consiente, ni le

---

<sup>51</sup> DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Comentario al art. 92 del CC”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Comentarios al Código Civil*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 936 - 954.

impedirá el ejercicio por sí mismo de las facultades que tenga atribuidas. Por tanto, los pactos que se formalicen son válidos siempre que se garantice su revocabilidad, la posibilidad de su modificación cuando concurren circunstancias de forma sobrevenida que lo aconsejen, y que se produzca una homologación judicial cuando sea preciso dadas las características del problema.

Los acuerdos entre los progenitores en el ejercicio de la patria potestad, serán válidos siempre que exista una base objetiva para ellos, y que se entiendan susceptibles de modificación por causa justificada. Ahora bien, esos pactos no pueden eximir a uno de los progenitores de la responsabilidad que le corresponda, ya que el deber de velar por los hijos es irrenunciable.

El legislador se refiere al “*uso social*” como condición para la validez de los actos que realice uno solo de los progenitores, que para ser considerado como tal, deberá ser un acto correspondiente al desarrollo normal de la vida de un menor, frecuente y de escasa trascendencia económica para su patrimonio.

En cuanto a las también mencionadas “*circunstancias*”, hay que entender las referidas a los hijos.

En caso de desacuerdo entre los progenitores, cualquiera de los dos podrán acudir al juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá, sin ulterior recurso, la facultad de decidir a uno de los progenitores (art. 156.2 del CC).

El criterio sobre el que el juez debe fundar su decisión es el del beneficio del hijo, de ahí que el legislador haya establecido la necesidad de conceder audiencia al hijo si tuviere suficiente madurez. Cuando las desavenencias son puntuales, la intervención del juez se reducirá a establecer cuál de los criterios ha de prevalecer para ese supuesto concreto, por lo que no será el juez quien toma la decisión y la ejecuta, sino el progenitor designado (art. 86 de la LJV).

Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, el juez podrá atribuirla total o parcialmente a uno de los progenitores o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años.

Las facultades atribuidas al juez no afectan a la titularidad de la patria potestad, sino a su ejercicio temporal, pues no resulta proporcionado privar a los progenitores de la patria potestad por la existencia de desavenencias entre ellos, en cuanto al ejercicio de la misma. No obstante, garantizada la revisión de las medidas judiciales, se admite la prórroga de éstas una vez concluido el período, por un nuevo plazo máximo de dos años.

El 3º apdo. del art. 156 del CC sienta la presunción respecto a terceros de buena fe, y para los supuestos del párr. anterior establece que: *“se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro”*.

#### **I.6.B.- El ejercicio de la patria potestad por uno solo de los progenitores**

Establece el art. 156.4 del CC que: “en defecto o por ausencia o imposibilidad de uno de los progenitores, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro”, en su redacción dada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, *por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*. En este sentido, la ausencia ha de ser declarada judicialmente, aunque el legislador no lo diga expresamente.

La referencia legal a la *“imposibilidad de uno de los padres”*, podrá comprender las enfermedades y otras posibles causas que impidan al afectado el ejercicio de la patria potestad, lo que podrá plantear problemas de prueba al ser aquéllas frecuentemente desconocidas. En este supuesto, también pueden contemplarse la ausencia e incapacidad de hecho cuando no tengan carácter permanente.



El art 156.4 del CC no es aplicable en los casos en que uno de los progenitores se encuentra imposibilitado para su ejercicio, y el otro progenitor ha fallecido, puesto que dicha solución consiste en el ejercicio exclusivo por el otro, que en estos casos habrá fallecido<sup>52</sup>.

## **II.- LA PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD**

Establece el art. 170 CC:

*“El padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial.*

*Los tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación.*

*La privación de la patria potestad sólo se puede decretar judicialmente y fundar en el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad”.*

En virtud de este artículo, los progenitores podrán ser privados total o parcialmente de la patria potestad, pasando a analizar a continuación las causas y formas de esta privación:

### **II.1.- La privación como causa de extinción relativa o absoluta**

La privación de la patria potestad es una causa de extinción relativa, pues tiene lugar sólo respecto de uno de los progenitores, pero no respecto del hijo, ni tampoco del otro progenitor, que mantendrá sus potestades. Sin embargo, si la privación afecta al único progenitor, o a ambos, entonces hablaríamos de extinción absoluta, debiendo ser sometido el menor a una institución tutelar.

---

<sup>52</sup> LLEDÓ YAGÜE, F. y MONJE BALMASEDA, O.: *Las relaciones paterno-filiales, adopción y potestad parental*, Ed. Dykinson, Madrid, 2017, págs. 96 - 98.

Así pues, si la privación se impone a los dos progenitores, se deberá proveer de tutor o si solo afecta a uno de ellos, el otro *ipso iure* tendrá la patria potestad en exclusiva<sup>53</sup>.

## II.2.- La privación total o parcial

Tal y como manifiesta el art. 170 del CC, la privación de la patria potestad puede ser total o parcial, así mientras que en la privación total el progenitor que ha sido afectado por dicha privación pierde absolutamente todas las facultades que acarrea el ser titular de la patria potestad; en la privación parcial, dicha medida se refiere, únicamente, a algunas de las citadas facultades.

---

<sup>53</sup> La STS 291/2019, 23 de mayo de 2019, recuerda a su vez, la STS 621/2015, de 9 de noviembre de 2015, la cual hace una síntesis de la doctrina de la Sala sobre la privación de la patria potestad, que es la siguiente: 1.- “El art. 170 del CC prevé la facultad de que se pueda privar total o parcialmente de la patria potestad al que incumple los deberes inherentes a ella. No obstante la privación requiere que los progenitores incumplan tales deberes de forma grave y reiterada así como que sea beneficiosa para el hijo, pues la potestad es una función inexcusable que se ejerce siempre en beneficio de los hijos para facilitar el pleno desarrollo de su personalidad y conlleva una serie de deberes personales y materiales hacia ellos en el más amplio sentido. De ahí que se afirme por autorizada doctrina que se trata de una función con un amplio contenido, no de un mero título o cualidad, y es por ello que resulta incompatible mantener la potestad y, sin embargo, no ejercer en beneficio del hijo ninguno de los deberes inherentes a la misma.

2.- Recuerda la Sala en la sentencia de 6 junio 2014, rec. 718/2012, que: “la institución de la patria potestad viene concedida legalmente en beneficio de los hijos y requieren por parte de los padres el cumplimiento de los deberes prevenidos en el art. 154 del CC, pero en atención al sentido y significación de la misma, su privación, sea temporal, parcial o total, requiere, de manera ineludible, la inobservancia de aquellos deberes de modo constante, grave y peligroso para el beneficiario y destinatario de la patria potestad, el hijo, en definitiva, lo cual supone la necesaria remisión al resultado de la prueba practicada (SSTS de 18 de octubre de 1996 y 10 de noviembre de 2005)”.

3.- A la hora de valorarse alcance y significado del incumplimiento de los referidos deberes también tiene sentado la sala (STS de 6 de febrero de 2012, rec. 2057/2010) que se exige una amplia facultad discrecional del juez para su apreciación, de manera que la disposición se interprete con arreglo a las circunstancias del caso, “[...] sin que pueda prevalecer una consideración objetiva exclusivamente de su supuesto de hecho” (STS 523/2000, de 24 de mayo de 2000). Como afirmábamos antes la patria potestad constituye un *officium* que se atribuye a los padres para conseguir el cumplimiento del interés del menor, formulándose las causas de su privación en forma de cláusula general en el art. 170 del CC, requiriendo que se apliquen en cada caso en atención a las circunstancias concurrentes. Por ello la STS 183/1998, de 5 de marzo de 1998, dijo que la amplitud del contenido del art. 170 del CC y la variabilidad de las circunstancias “exigen conceder al juez una amplia facultad discrecional de apreciación [...] en modo alguno puede prescindirse de que se trata de una facultad reglada, en cuanto que su aplicación exige tener siempre presente el interés del menor [...]”.

Por tanto este interés del menor debe tenerse en cuenta a la hora de examinar si la privación de la patria potestad es conveniente o no para la menor.

En el supuesto enjuiciado la sentencia recurrida fundamenta la privación de la patria potestad y, por ende, del régimen de visitas entre padre e hijo, en dos hechos: (i) la falta de comunicación alguna entre el menor y su padre en los últimos ocho años y (ii) en que éste no ha abonado puntualmente y voluntariamente las pensiones alimenticias establecidas en favor del niño, habiendo sido condenado penalmente por esa razón como autor de un delito de abandono de familia.

Todo ello ha provocado que quede afectada la relación paterno-filial de manera seria y justifica que proceda, en beneficio del menor, la pérdida de la patria potestad del progenitor recurrente, sin perjuicio de las previsiones que fuesen posibles de futuro, conforme a derecho”.

En efecto, el progenitor que ha sido privado totalmente no podrá educar a sus hijos, ni procurarles una formación integral, ni tenerlos en su compañía, y tampoco representará y administrará sus bienes<sup>54</sup>. No sucede lo mismo cuando la privación es parcial, puesto que el alcance de la medida es mucho menor y puede limitarse tan solo a las visitas o bien a la administración de los bienes.

### II.3.- La privación temporal o definitiva

La privación de la patria potestad siempre se caracteriza por ser temporal debido a que cuenta con la posibilidad de recuperación. A pesar de ello, suele ser una medida definitiva, ya que, una vez que un progenitor ha sido privado de la patria potestad, no es frecuente la recuperación de la misma como consecuencia de la cesación de las causas que motivaron su pérdida.

---

<sup>54</sup> La STS 514/2019, Sección 1ª, de 1 de octubre de 2019 [RJ 2019\369]: "Recuerda la Sala en la sentencia de 6 junio 2014 [RJ 2014/2844], rec. 718/2012, que "la institución de la patria potestad viene concedida legalmente en beneficio de los hijos y requieren por parte de los padres el cumplimiento de los deberes prevenidos en el art. 154 CC, pero en atención al sentido y significación de la misma, su privación, sea temporal, parcial o total, requiere, de manera ineludible, la inobservancia de aquellos deberes de modo constante, grave y peligroso para el beneficiario y destinatario de la patria potestad, el hijo, en definitiva, lo cual supone la necesaria remisión al resultado de la prueba practicada (SSTS de 18 octubre de 1996; de 10 de noviembre de 2005 [RJ 2005/7625])".

A la hora de valorarse alcance y significado del incumplimiento de los referidos deberes también tiene sentado la sala (STS de 6 febrero de 2012 [RJ 2012/4522], rec. 2057/2010) que se exige una amplia facultad discrecional del juez para su apreciación, de manera que la disposición se interprete con arreglo a las circunstancias del caso, "[...] sin que pueda prevalecer una consideración objetiva exclusivamente de su supuesto de hecho" (STS 523/2000, de 24 mayo de 2000 [RJ 2000/3941]). Como afirmábamos antes la patria potestad constituye un officium que se atribuye a los padres para conseguir el cumplimiento del interés del menor, formulándose las causas de su privación en forma de cláusula general en el art. 170 CC, requiriendo que se apliquen en cada caso en atención a las circunstancias concurrentes. Por ello, la STS 183/1998, de 5 marzo de 1998 [RJ 1998/1495], dijo que la amplitud del contenido del art.170 CC y la variabilidad de las circunstancias "exigen conceder al juez una amplia facultad discrecional de apreciación [...] en modo alguno puede prescindirse de que se trata de una facultad reglada, en cuanto que su aplicación exige tener siempre presente el interés del menor [...]".

Por tanto este interés del menor debe tenerse en cuenta a la hora de examinar si la privación de la patria potestad es conveniente o no para la menor [...].

Aplicando tales criterios, la STS 998/2004, de 1 de octubre de 2004, confirmaba una sentencia de privación de la patria potestad porque el padre sólo había pagado algunas mensualidades de pensión y ello porque la madre las había reclamado, o cuando el padre entregó a su hija a la administración por no poder atenderla (STS 384/2005, de 23 mayo de 2005 [RJ 2005/4139]).

[...] Un caso similar al presente fue el enjuiciado en la sentencia 621/2015, de 9 de noviembre de 2015 [RJ 2015/5157], y en ella se reconocía cómo unos incumplimientos tan graves de las obligaciones paterno-filiales afectaba la relación paterno filial de manera seria, y justifica que proceda, en beneficio de la menor, la pérdida de la patria potestad del progenitor recurrente.

No tendría sentido, por ir en contra del interés de la menor, que quien se ha desentendido gravemente de ella, tanto en lo afectivo como en lo patrimonial, conserve, potencialmente, facultades de decisión sobre ella derivadas de la patria potestad.

Ello no impide (STS de 5 de marzo de 1998 [RJ 1998/1495]) que, en el futuro y en beneficio de la hija, si el recurrente cumple lo declarado y prometido, los tribunales puedan acordar la recuperación de la patria potestad, cuando hubieran cesado las causas que motivaron la privación".

## II.4.- La privación en interés del menor

La patria potestad es una función al servicio de los hijos, que abarca deberes de los progenitores, encaminados siempre a prestarles asistencia de todo orden, como indica el párr. 2º del art. 39 de la CE. Por ello, todas las medidas judiciales que se acuerden, incluida la de privación total o parcial de la patria potestad, deben adoptarse teniendo presente, ante todo, el interés superior del menor<sup>55</sup>.

La privación de la patria potestad no trata de sancionar la conducta de sus titulares por el incumplimiento o defectuoso cumplimiento de sus deberes; lo que prima y justifica la medida es el interés superior del menor, de modo que, esa medida excepcional debe resultar necesaria y conveniente para sus intereses y su imprescindible protección<sup>56</sup>, sobre la base siempre de que la medida podrá modificarse, porque la privación de la patria potestad no tiene carácter irreversible.

---

<sup>55</sup> La SAP de Alicante, Sección 6ª, 33/2015, de 17 de febrero de 2015 [JUR 2015/124907], trata de un asunto en el que el Juzgado de Primera Instancia atribuye la patria potestad de las dos hijas menores de la pareja a la madre, suspendiendo la patria potestad del padre y establece que: “procede mantener la suspensión de la patria potestad fijada en primera instancia, en atención a la falta de comunicación del recurrente *con sus hijas menores, con las que no ha tenido contacto de ninguna clase desde los años 2010-2011. Sin que haya hecho frente al pago de las pensiones alimenticias que fueron fijadas en las sentencias dictadas a favor de las menores. Consideramos por tanto, plenamente probado que el recurrente ha incumplido con todos sus deberes inherentes a la patria potestad, resultando procedente la suspensión de la misma, tal y como se ha acordado en la instancia*”.

En este mismo sentido, la SAP de Barcelona 341/2019, Sección 12ª, de 23 mayo de 2019 [JUR 2019\171506] dice que: “*únicamente le consta una condena por quebrantamiento de medida de alejamiento (documento folio 346 certificado de penados) hay que tener en consideración que el padre no constituye una figura presente en la vida de los menores, que ha demostrado despreocupación importante en relación a sus necesidades e intereses, que madre e hijos viven en España y el padre se ha marchado a Pakistan desconociéndose cuándo volverá y que es la madre la que asume todos los deberes de cuidado y atención. Por ello se considera conveniente para facilitar el ejercicio de la función parental dotar a la Sra. Montserrat de los medios necesarios para la toma de decisiones respecto a sus hijos Jesús Manuel y Gracia y con este fin se le atribuye el ejercicio exclusivo de la potestad parental*”.

<sup>56</sup> Acogen el ejercicio conjunto de la patria potestad respecto a los hijos menores, la SAP de Madrid, Sección 22ª, 606/2018, de 6 de julio de 2018 [JUR 2018\228712].

Y también la SAP de Vizcaya 389/2019, Sección 4ª, de 6 marzo de 2019 [JUR 2019\170806], al aducir que: “*la orden de prohibición de aproximación, que además está vencida desde el 1 de noviembre de 2018, no impide el ejercicio conjunto de la patria potestad. Efectivamente existe la posibilidad de comunicación entre los progenitores, para lo que es suficiente un simple número de teléfono, y la dificultad señalada - orden únicamente de prohibición de aproximarse, que ya ha desaparecido- no es insalvable y permitía al progenitor custodio propiciar la comunicación precisa con la progenitora no custodia, distinta de la personal, para dar cumplimiento al ejercicio de la patria potestad*”.

## **II.5.- La privación con o sin carácter sancionador**

La privación de la patria potestad es una causa de extinción punitiva cuando el progenitor sea privado por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma, o en causa criminal. Sin embargo, carecerá de naturaleza sancionadora cuando la privación acontezca en una causa matrimonial, ya que, en la mayoría de los casos, se está atendiendo al interés superior del menor, y así parece desprenderse del párr. 3º del art. 92 del CC al disponer que: *“en la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello”*.

## **II.6.- El progenitor apartado del ejercicio**

También es posible que, sin privar al progenitor de la patria potestad, su contenido y ejercicio se otorgue a uno solo de los cónyuges. En este caso, aunque no hay un pronunciamiento del órgano jurisdiccional sobre la privación, sin embargo, el progenitor al que no se le priva, pero se le aparta de su ejercicio, ostenta un derecho-función vacío de contenido que, en la práctica, viene a ser lo mismo.

## **II.7.- Los efectos de la privación de la patria potestad**

El CC no regula de forma sistemática los efectos que derivan de la privación judicial de la patria potestad, a diferencia de otros ordenamientos como el francés, el cual señala, explícitamente en el art. 379 de su CC, los efectos de la privación total de la patria potestad, que conlleva la pérdida de todos los atributos, tanto patrimoniales como personales, ligados a la potestad; la pérdida del deber de guarda, de vigilancia y de educación, así como la pérdida del derecho de consentir la emancipación o el matrimonio.

Hay que tener presente que, en el caso de la privación de la patria potestad, no es solo que no se tenga el ejercicio de la potestad, sino que no se tiene la titularidad de la misma.

Por lo que se refiere a sus efectos, la privación de la patria potestad es causa de incapacidad para el desempeño de cargos tutelares (art. 243, párr. 1º y 291 del CC), constituye justa causa de desheredación de los progenitores (art. 854 párr. 1º del CC) y del cónyuge (art. 855, párr. 2º del CC) y es causa de cesación del derecho a alimentos (art. 152, párr. 4º del CC).

La privación de la patria potestad se configura como un remedio a la situación de desamparo en que pueden, por tal motivo, encontrarse los menores no emancipados, pero exige, como resulta de la STS 171/2018, de 23 de marzo de 2018, la debida motivación<sup>57</sup>.

### **II.7.A.- El deber de velar por el menor de edad**

El progenitor al que se ha privado de la patria potestad sobre su hijo continúa teniendo el deber de velar por él.

El deber de velar por el menor implica poder conocer la situación en la que se encuentra el propio hijo, lo que justifica la concesión al progenitor privado de la potestad de un cierto derecho de vigilancia y control.

En este sentido, el cónyuge privado de la patria potestad puede solicitar información acerca de la educación, salud y en general del desarrollo intelectual, físico y

---

<sup>57</sup> La STS 171/2018, 23 de marzo de 2018 trata de un caso en que se produce una falta de comunicación entre padre e hijo obedeciendo a un grave incumplimiento de sus obligaciones por parte del padre, con desatención personal hacia el hijo: *“Una de las exigencias que contiene el art. 218 de la LECiv respecto de las sentencias, constituyendo requisito procesal de ellas y no dirigida a garantizar el acierto de las mismas, es la necesidad de motivación de aquellas; de forma que se dé una respuesta a las partes ajustada a lo debatido en el proceso, explicando el sentido de la resolución, debiendo llamar la atención que, en ocasiones, se suele alegar falta de motivación cuando en realidad esta existe pero no es aceptada por la parte que se ve perjudicada (STS de 5 de noviembre de 2009 y la STS de 14 de abril de 1999). La respuesta a las peticiones formuladas en la demanda no debe ser ni extensa ni pormenorizada, pero sí debe estar argumentada en derecho, puesto que el juez no puede decidir según su leal saber ni entender, sino mediante el recurso al sistema de fuentes establecido, tal como dispone el art. 1.7 del CC, lo que deriva de la sumisión de los jueces a la ley, establecida en el art. 117.1 CE (STC 77/2000, así como las SSTS 69/1998, 39/1997, 109/1992, entre muchas otras). Esta Sala ha aplicado también esta norma, exigiendo la motivación suficiente, sobre la base del cumplimiento de una doble finalidad: la de exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada, haciendo explícito que responde a una determinada interpretación del derecho, así como la de permitir su eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los recursos (SSTS de 5 de noviembre de 1992, 20 de febrero de 1993, 26 de julio de 2002 y 18 de noviembre de 2003, entre muchas otras). Se reitera más recientemente la anterior argumentación en STS de 18 de junio de 2014.*

*Ahora bien deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones que vengan apoyadas en razones que permitan invocar cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundadores de la decisión, es decir, la ratio decidendi que han determinado aquella ( SSTS de 29 de abril de 2009, 9 de julio de 2010 y 22 de mayo de 2014 )”.*

La doctrina jurisprudencial a que se ha hecho mención era recordada en las SSTS 124/2017, de 25 de febrero de 2017; y 216/2017, de 4 de abril de 2017.

psíquico de su hijo menor de edad. Este derecho de control se extiende al ámbito patrimonial.

Ahora bien, el hecho de que el progenitor privado de la patria potestad no esté en condiciones de asumir el ejercicio de la potestad sin daño o riesgo para el menor, impone cautelas en el reconocimiento de este derecho de supervisión. Así pues, no podrá transferir en el ejercicio normal de la potestad encomendado en exclusiva al otro progenitor o, en su caso, al tutor.

Este derecho de supervisión no requiere un correlativo deber de información por parte del titular de la potestad previo a cualquier decisión que afecte a la esfera personal o patrimonial del menor.

No se precisa el consentimiento del progenitor privado de la potestad en la adopción de decisiones relativas a la educación o a la administración del patrimonio del hijo menor.

#### **II.7.B.- El deber de mantener al menor de edad**

Por lo que respecta a los alimentos, el progenitor privado de la patria potestad continúa obligado a prestar alimentos a su hijo.

Aunque no sea habitual en la práctica, la sentencia que priva de la patria potestad, podría establecer una pensión de alimentos periódica y dineraria a cargo del progenitor privado de la patria potestad.

#### **II.7.C.- El deber de relacionarse con el menor de edad**

No existen inconvenientes para que el progenitor privado de la patria potestad pueda relacionarse personalmente con el hijo cuya potestad no ostenta<sup>58</sup>. Pero, cuando entre

---

<sup>58</sup> GARCÍA PRESAS, I.: *La patria potestad*, Ed. Dykinson, Madrid, 2013, págs. 73 - 82.

el progenitor y los hijos existe un dilatado período de tiempo durante el cual no se relacionan, la jurisprudencia no mantiene un criterio unánime al respecto, pudiendo destacarse dos posiciones:

Una posición amparada por SSTs que señalan que debe tenerse en cuenta a qué obedece esta despreocupación, al menos externa y formal, pues puede deberse a desavenencias familiares con el progenitor custodio, etc. que subjetivamente pueden ser válidos y que no constituyen causa suficiente de privación de la patria potestad si el hijo estaba debidamente atendido<sup>59</sup>.

Otros tribunales han entendido que la falta prolongada de relación entre progenitor e hijo y el desinterés reiterado hacia él, es causa suficiente para la privación de la patria potestad<sup>60</sup>, ya que puede calificarse como un incumplimiento grave y una dejación de los deberes y facultades que comprende la patria potestad, contenidos en el art. 154 del CC.

## **II.8.- Enfermedad psíquica del progenitor**

Mención aparte merece la conducta de un progenitor esté sometida a variaciones motivadas por algún tipo de crisis que pueda sufrir como consecuencia de enfermedad

---

<sup>59</sup> En el sentido de no privar de la patria potestad al entender que no hay un incumplimiento grave de las funciones paterno-filiales está la STS, Sección 1ª, 171/2018, de 23 de marzo de 2018 [RJ 2018\1275]; y las sentencias de las Audiencias Provinciales: SAP de Barcelona, Sección 18ª, 852/2016, de 9 de noviembre de 2016 [JUR 2017\53682]; SAP de Barcelona, Sección 18ª, 380/2017, de 2 de mayo de 2017 [JUR 2017\197182]; SAP de Huelva, Sección 2ª, 151/2018, de 22 de marzo de 2018 [JUR 2018\282781]; SAP de Málaga, Sección 6ª, 326/2018, de 17 de abril de 2018 [JUR 2019\184696]; SAP de Tarragona, Sección 1ª, 281/2018, de 10 de mayo de 2018 [JUR 2018\199566]; SAP de Guipúzcoa, Sección 2ª, 260/2018, de 24 de mayo de 2018 [JUR 2018\217315]; SAP de Madrid, Sección 22ª, 496/2018, de 5 de junio de 2018 [JUR 2018\223605]; SAP de Madrid, Sección 22ª, 538/2018, de 19 de junio de 2018 [JUR 2018\236892]; SAP de Murcia, Sección 5ª, 163/2018, de 29 de junio de 2018 [JUR 2018\264111]; SAP de Barcelona, Sección 18ª, 528/2018, de 17 de julio de 2018 [JUR 2018\218558]; SAP de Vizcaya, Sección 4ª, 515/2018, de 20 de julio de 2018 [JUR 2018\328977]; SAP de Málaga, Sección 6ª, 821/2019, de 26 de septiembre de 2019 [JUR 2020\64523]; SAP de Barcelona, Sección 12ª, 641/2019, de 30 de octubre de 2019 [JUR 2019\313348].

<sup>60</sup> En el sentido de privar de la patria potestad por entender que existe un incumplimiento grave de las funciones paterno-filiales están las siguientes sentencias: SAP de Guipúzcoa, Sección 3ª, 185/2017, de 2 de octubre de 2017 [JUR 2018\34225]; SAP de Tarragona, Sección 1ª, 354/2018, de 13 de septiembre de 2018 [JUR 2018\250449]; SAP de Madrid, Sección 22ª, 35/2018, de 19 de enero de 2018 [JUR 2018\73815]; SAP de Alicante, Sección 9ª, 33/2019, de 25 de enero de 2018 [JUR 2018\161747]; SAP de Huelva, Sección 2ª, 281/2018, de 10 de mayo de 2018 [JUR 2018\219605]; SAP de Granada, Sección 5ª, 167/2018, de 11 de mayo de 2018 [JUR 2018\261004]; SAP de Guipúzcoa, Sección 2ª, 283/2018, de 11 de junio de 2018 [JUR 2018\293366]; SAP de Barcelona, Sección 12ª, 634/2019, de 28 de octubre de 2019 [JUR 2019\311958]; SAP de Málaga, Sección 6ª, 991/2019, de 5 de noviembre de 2019 [JUR 2020\64390]; SAP de Barcelona, Sección 18ª, 823/2019, de 2 de diciembre de 2019 [JUR 2020\45760]; SAP de Málaga, Sección 7ª, 83/2018, de 13 de diciembre de 2018 [JUR 2019\38527]; SAP de Ávila, Sección 1ª, 597/2019, de 16 de diciembre de 2019 [JUR 2020\85936]; SAP de Madrid, Sección 22ª, 123/2020, de 7 de febrero de 2020 [JUR 2020\99721]; SAP de Toledo, Sección 1ª, 467/2020, de 15 de mayo de 2020 [JUR 2020\181584].



psíquica<sup>61</sup>, es evidente que incidirá de alguna forma en cuanto a la patria potestad, puesto que puede provocar en los hijos consecuencias irreparables.

Previamente, deberá conocerse qué tipo de enfermedad sufre, el grado en el que se encuentra, posible tratamiento, períodos en los que sufre la crisis, etc.

Es requisito necesario probar la incidencia o influencia, de la enfermedad o del trastorno, más o menos negativamente, en la vida y en el entorno tanto afectivo como emocional del hijo, teniendo siempre en cuenta que el principio prioritario es el del beneficio, interés y bienestar del menor<sup>62</sup>.

La dificultad radica en determinar, con cierta claridad, las perspectivas de convivencia entre el hijo menor de edad y el progenitor afectado, así como los efectos del mantenimiento de los vínculos entre ambos y su incidencia sobre el desarrollo, afectivo y emocional, del hijo. En este sentido, la carencia de un modelo familiar, cuando son desaconsejables las visitas entre progenitor e hijo, y la cronificación de una situación de internamiento para un menor de edad, pueden, evidentemente, causar un daño al hijo, que justifique, en su caso, la privación de la patria potestad del progenitor afectado por la patología.

Si falta la capacidad necesaria para asumir los deberes inherentes a la patria potestad a causa de alguna enfermedad mental, o de un trastorno de la personalidad que

---

<sup>61</sup> En este sentido, la SAP de Guipúzcoa, Sección 2ª, 203/2017, de 17 de julio de 2017 [JUR 2017\234837].

Y la SAP de Barcelona 241/2019, Sección 18ª, de 26 marzo de 2019 [JUR 2019\142551]: Como recuerda la STS de 25 de abril de 2018: el interés del menor constituye una cuestión de orden público y está por encima del vínculo parental, debiendo presidir cualquier interpretación y decisión que le afecte durante su minoría de edad. Se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los de los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses.

Ahora bien, las circunstancias personales del padre pueden haber incidido de forma importante en su falta de regularidad al poder relacionarse con la hija o en la inestabilidad emocional. Constan en autos Informes clínicos que indican que ha estado en Tratamiento en el CAS, que presenta una patología Dual severa, con diagnóstico de Trastorno de la personalidad evitativo-fóbica y trastorno adaptativo mixto, ha existido abuso sustancias tóxicas desde la primera juventud y episodios depresivos. Cabría excluir una voluntad renuente al sometimiento de las reglas por las que había de seguirse el régimen de visitas sino una dificultad en el cumplimiento de las mismas que al ser ponderada en relación a las circunstancias concurrentes, justifican que se desestime la pretensión de cambio en el régimen de visitas y que sólo se acuerde atribuir a la madre el ejercicio de la potestad en base al interés de la menor y por considerar esta medida más beneficiosa.

<sup>62</sup> ROMERO COLOMA, A. M.: “Privación de la patria potestad por enfermedad mental”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 804/2010 [BIB 2010\2139].

haya quedado fehacientemente probado, a través de los correspondientes dictámenes o informes médicos, habría que resolver en el sentido de privar de la función tuitiva al progenitor afectado, ya que el marco de una enfermedad mental, o de un trastorno grave de la personalidad, no es, sin duda, el más adecuado para que el hijo menor se desarrolle con un mínimo de garantías en orden a su bienestar.

## **II.9.- Constancia registral de la patria potestad y de sus modificaciones**

Conforme al art. 71 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, *del Registro Civil*<sup>63</sup> cuya plena aplicación ha tenido lugar el 30 de abril de 2021, con las modificaciones introducidas por la Ley 6/2021, de 28 de abril, *por la que se modifica la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil* y también por la reforma de la Ley 8/2021, de 2 de junio, *por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*<sup>64</sup>, que ha modificado su punto 2, se establece la inscripción de la patria potestad y sus modificaciones:

1. *“Los hechos que afecten a las relaciones paterno-filiales se inscribirán en el registro individual de la persona sujeta a patria potestad y en el de su progenitor o en los de sus progenitores. Son inscribibles las resoluciones judiciales que afecten a la titularidad, al ejercicio y a las modificaciones de la patria potestad. En particular, las que se produzcan como consecuencia de la nulidad, separación y divorcio de los progenitores.*
2. *También se inscribirá la extinción, privación, suspensión y recuperación de la patria potestad.*
3. *En idénticos términos se inscribirá todo lo relativo a las figuras similares o asimilables a la patria potestad, que sean de Derecho civil propio de las Comunidades Autónomas”.*

## **III.- EL CUIDADO DE LOS HIJOS CUYOS PROGENITORES NO CONVIVEN**

Cuando ambos progenitores conviven el deber que establece el art. 154-1º del CC de *“tener en su compañía”* a los hijos no se interpreta de forma estricta, admitiéndose la posibilidad de encomendar el cuidado del hijo a terceros.

---

<sup>63</sup> Ley 20/2011, de 21 de julio, *del Registro Civil* (BOE de 22 de julio de 2011).

<sup>64</sup> Ley 8/2021, de 2 de junio, *por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica* (BOE de 3 de junio de 2021, núm. 132).

Sin embargo, se producen muchos casos en que los progenitores encomiendan el cuidado de sus hijos a terceras personas, habitualmente familiares, de forma casi definitiva, sin dejar por ello de mantener con sus hijos una verdadera relación paternofilial.

De acuerdo con el art. 90.A del CC, los progenitores habrán de señalar en el convenio regulador de la separación o el divorcio la “*persona a cuyo cuidado hayan de quedar los hijos*”. Este artículo, en conexión con el art. 103 del CC permite que los progenitores designen como guardador a una tercera persona, aunque con la supervisión del juez a que está sometido todo el convenio regulador, pues no hay que olvidar que la decisión del juez privaría a los progenitores del derecho a convivir con los hijos, y que sólo circunstancias excepcionales pueden justificar tal desposesión, si bien, en los casos en que sean los propios progenitores quienes lo decidan, no está justificada tal limitación.

La facultad de fijar la residencia de los hijos con un tercero es un derecho de los progenitores en cuanto tales y por lo tanto, un derecho nacido de la propia patria potestad. Este derecho de los progenitores a establecer la residencia de un hijo con terceros tiene límites: su ejercicio no debe suponer el incumplimiento de los deberes de los progenitores (velar por los hijos, alimentarlos, educarlos, etc.), en definitiva, no debe suponer un desamparo para el niño, o al menos desamparo por sus progenitores (aunque otras personas cuiden de él por voluntad propia).

El derecho a fijar la residencia del hijo con un tercero no se transmite con la guarda por las razones siguientes:

- En primer lugar, la guarda concede el cuidado directo del niño, el desarrollo de las funciones paterno-filiales que necesitan y la inmediatez, pero no concede el poder de decisión sobre la vida del niño. Por lo tanto, teniendo en cuenta que el fijar la residencia del menor con un tercero es indudablemente decidir sobre la vida de aquél, este derecho no se encuentra en el ámbito de la guarda.

También hay que tener en cuenta que la patria potestad concede a ambos progenitores el derecho a convivir con su hijo. Cuando los progenitores viven separados estos dos derechos de idéntico contenido resultan incompatibles, por lo que habrá que privar a uno de los progenitores de su derecho a favor del otro, por lo tanto, la razón que justifica tal privación es la incompatibilidad con el derecho del otro titular. Sin embargo, cuando éste no puede o no quiere ejercitar su derecho a la convivencia, entonces el derecho del otro progenitor no encuentra ya ningún obstáculo para manifestarse.

La concesión de la guarda y custodia impone al guardador la obligación de encargarse personalmente del cuidado del hijo y que sólo podrá renunciar a tal cuidado a favor del otro progenitor<sup>65</sup>.

Conforme al art. 103 CC, en las demandas admitidas de separación o divorcio<sup>66</sup>:

“El juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, adoptará, con audiencia de éstos, las medidas siguientes: (...) Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez.”

La patria potestad no es, propiamente, un derecho subjetivo, sino una potestad que el Derecho positivo atribuye con carácter indisponible a los progenitores en cuanto medio para el desempeño de una función: el cuidado y la capacitación del hijo. El ejercicio de la patria potestad, si bien tiende a la estabilidad, no es inmutable; los cambios familiares (p. ej., por muerte de uno de los cónyuges) pueden determinar cambios, no sólo en la titularidad, que dejará de ser dual, sino también en su ejercicio. Y es precisamente en este ejercicio en el que el juez podrá dictar, según el párr. 1º del art. 158 del CC: “*las*

---

<sup>65</sup> GARCÍA PASTOR, M.: *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: Aspectos personales*, Ed. MacGraw-Hill, Madrid, 1997, pág. 79 - 82.

<sup>66</sup> RUBIO TORRANO, E: “Patria potestad y ejercicio de la guarda por un no progenitor”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 11/2018 [BIB 2018\13990].

*disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de la potestad de guarda*”<sup>67</sup>.

### **III.1.- Modificación del régimen de ejercicio**

La regla general para la modificación de las medidas adoptadas en una sentencia de separación o divorcio, es que tal modificación sólo es posible cuando las circunstancias que se tuvieron en cuenta se han alterado sustancialmente.

Por el contrario, en lo que respecta al ejercicio de la patria potestad, el art. 156 párr. 5º, parece menos exigente: si el ejercicio de la patria potestad es individual bastará que el otro progenitor pida un cambio para que tal posibilidad sea examinada.

A pesar de ello, no existe contradicción entre ambas regulaciones, pues el art. 156, párr. 5º, del CC se refiere a los casos en que no existe una previa declaración judicial

---

<sup>67</sup> La STS 492/2018, de 14 de septiembre de 2018 [JUR 2018/243258], estima el recurso de casación y casa la sentencia de la AP en el sentido de mantener la patria potestad al padre y atribuir la guarda y custodia a la tía de la menor. El procedimiento judicial se inició con la interposición de una demanda de juicio verbal en la que se solicitaba, entre otras medidas, la atribución de la guarda y custodia de la menor a su tía paterna, que es quien de hecho y de modo continuado la venía ostentando desde el fallecimiento de su madre, con fijación a favor del padre, si así lo demandaba, de un régimen de visitas para relacionarse con la menor, debiendo recogerla y reintegrarla en el domicilio de su tía. El padre se opuso y suplicó el mantenimiento para él de la guarda y custodia de la menor, la revocación de la guarda de hecho otorgada a la actora y la entrega de su hija.

El Juzgado de Primera Instancia falló estimando la demanda y atribuyendo la guarda y custodia de la niña a su tía paterna, que de hecho y de forma continuada la venía ostentando desde el fallecimiento de su madre, así como determinando el régimen de visitas progresivo correspondiente en favor del padre. Recurrida la sentencia en apelación, la AP estimó parcialmente el recurso, revocó la resolución apelada, acordando, en su lugar, la atribución definitiva de la guarda y custodia de la menor a su progenitor, con previa observación de determinadas medidas transitorias, y su duración, con objeto de *«asegurar la adaptación de la menor al restablecimiento de las relaciones personales propias del ejercicio de la patria potestad en beneficio del apelante»*, a cuyo fin la menor pasará a estar en la compañía exclusiva de su padre. La AP señala, al respecto, que: *“no puede sino atenerse al criterio de la falta de legitimación de cualquiera de los restantes parientes de la menor para ser sujeto de la atribución de la guarda y custodia, al fallecimiento de uno de los progenitores, en este caso la madre, mientras subsiste la patria potestad del otro progenitor”*. A ello añade que del informe psicosocial realizado al padre resultan habilidades y aptitudes de éste para el ejercicio de la patria potestad de modo satisfactorio, sin riesgo alguno para la menor, *“más allá de la evidente disfunción transitoria consistente en la falta de relación del progenitor durante el último año, envuelta en el conflicto que le enfrenta con su hermana, ejerciente de la guarda de hecho, como reconocen ambas partes”*.

El TS aboga, en esta ocasión, por una interpretación conjunta y armónica de las normas en las relaciones jurídicas del Derecho de familia conforme a su finalidad y principios como el de preeminencia del interés superior del menor. La pretensión del recurrido, padre biológico de la menor, es serlo de una manera efectiva, asumiendo su custodia, que de hecho no la tiene en ese momento, no pudiendo serle de aplicación el art. 103 del CC que está previsto en medidas provisionales. Ante tal posición, esgrime el superior interés del menor frente a la condición de padre biológico y titular de la patria potestad del recurrido y acude a la situación actual de la menor, bajo la guarda de hecho de su tía, evitando el riesgo de exponer a la niña a una situación de incertidumbre, al menos hasta que la misma se reconduzca. *“El interés del menor –dice el TS– no crea ni extingue por sí solo relaciones propias de la patria potestad, pero sirve para configurar determinadas situaciones, como la que aquí se enjuicia, teniendo en cuenta que la regulación de cuantos deberes y facultades configuran la patria potestad está pensada y orientada en beneficio de los hijos y que, en estos momentos, quien la ostenta en exclusiva, por el fallecimiento de la madre, no está en condiciones de hacer efectiva una de las medidas que la integran, como es la guarda y custodia de la hija”*.

sobre el ejercicio, sino que el régimen es el ejercicio individual por aplicación automática del mismo artículo. Cuando sí exista una previa resolución judicial sobre el ejercicio habrá que aplicar las normas sobre la modificación de medidas, que exigen que se hayan alterado sustancialmente las circunstancias que se tuvieron en cuenta al decidir. Mientras que, si no ha habido decisión judicial previa sobre el ejercicio, no será necesario que se haya producido una alteración sustancial de las circunstancias, sino que, en todo caso, se podrá pedir la modificación del régimen<sup>68</sup>.

#### **IV. EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS**

Los progenitores tienen una importante responsabilidad en la supervisión del correcto acceso de sus hijos menores de edad a internet y en el uso de la telefonía móvil. Dadas las particulares características que estos riesgos llevan aparejados, es perfectamente posible que estas situaciones se produzcan aunque los progenitores lleven a cabo una diligente tarea de información, asesoramiento y supervisión al menor de todos los peligros que la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación (TICS) puede acarrear, por lo que no habrían incurrido, de ser así, en responsabilidad alguna. Es totalmente facultativo, p. ej., la instalación de un programa de control parental para el uso de internet y dado que cada vez los menores acceden antes a las TICS, esta conducta parece cuando menos bastante imprudente de cara a proteger los intereses del menor que se acerca por primera vez a internet. Además, a la vista de las estadísticas, queda claro que no todos los progenitores cumplen correctamente esta función, pudiendo originarse graves situaciones (tales como adicciones que degeneran en otras problemáticas aún más peligrosas, como lo son el *grooming*, el *bullying* o el *ciberbullying*), en algunos casos, muy difícilmente reversibles para los afectados. Esa dejación de los progenitores, ese no hacer y permisividad, puede llevar a consecuencias permanentes muy graves en la vida del menor de edad<sup>69</sup>.

---

<sup>68</sup> GARCÍA PASTOR, M.: *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: Aspectos personales*, op. cit., pág. 195.

<sup>69</sup> CALZADILLA MEDINA, M. A.: “Lo que la patria potestad no ampara”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 74/2017 [BIB 2017\10738].

Lo más habitual es que la supervisión o el control parental del móvil y de las redes sociales, sea justificado y proporcional en atención a la edad del menor, que se realiza por los progenitores en el ejercicio de la patria potestad y en base al interés del menor. Pero, en otras ocasiones, el control puede ser desproporcionado y que no respeta la vida privada del menor, lo cual es inadmisibles, ya que la patria potestad no autoriza a los progenitores a ejercer un control ilimitado del teléfono móvil, sin una justificación.

Se puede dar el caso de que se instalen aplicaciones de control parental sin el conocimiento ni el consentimiento del menor, pudiendo llegar al extremo después de una separación o divorcio, de que un progenitor espíe los mensajes que el hijo mantiene con el otro progenitor, conductas que no son aceptadas por el Derecho en protección del menor<sup>70</sup>.

En base a esto, la patria potestad en relación al menor electrónico, tiene el límite de su nivel de madurez. En efecto, el art. 162 del CC establece que los progenitores no ostentan la representación legal en los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo. El menor de edad es titular de todos los derechos fundamentales de la CE, pero de forma especial, esta titularidad adquiere mayor fundamento con los denominados derechos de la personalidad. Así lo marca el art. 4.1 de la Ley Orgánica de Protección del menor, cuando establece que los menores tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

El art. 18.1 de la CE consagra los derechos de la personalidad, estableciendo que *“se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”*. Dichos derechos son objetos de desarrollo en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo de 1982, de Protección Civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que establece en relación con los menores de edad que: *“el consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil”*.

---

<sup>70</sup> BASTANTE GRANELL, V.: *Patria potestad, hijos y teléfonos móviles: control y mediación parental*, Ed. Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2021, págs. 83 - 87.

Con el fin de garantizar un nivel uniforme y elevado de protección de las personas físicas, eliminar los obstáculos a la circulación de datos personales dentro de la Unión Europea, se ha aprobado el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (Reglamento General de Protección de Datos) de aplicación directa en toda la Unión Europea.

Por su parte, España ha aprobado la LO 3/2018, de 5 de diciembre de 2018, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales<sup>71</sup> que, al igual que el Reglamento comunitario, refuerza la protección de los menores en el entorno digital. Precisamente, el considerando núm. 38 del citado Reglamento señala que: *“los niños merecen una protección específica de sus datos personales, ya que pueden ser menos conscientes de los riesgos, consecuencias, garantías y derechos concernientes al tratamiento de datos personales. Dicha protección específica debe aplicarse en particular, a la utilización de datos personales de niños con fines de mercadotecnia o elaboración de perfiles de personalidad o de usuario y a la obtención de datos personales relativos a los niños cuando se utilicen servicios ofrecidos directamente a un niño”*.

En este orden de cosas, se ha de proteger el derecho a la privacidad del menor que abarca los derechos fundamentales al honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 19.1 de la CE) y el derecho a la protección de datos personales (art. 18.4 de la CE). Además, en cualquier actuación en que intervengan menores, prima su interés superior.

Para otorgar un consentimiento informado, la información que se debe facilitar al menor ha de ser comprensible y proporcionarse en un lenguaje claro y sencillo, estableciéndose la edad de catorce años para poder prestarlo, en virtud del art. 7.1 de la LO 3/2018 de Protección de Datos al disponer que: *“el tratamiento de los datos personales de un menor de edad únicamente podrá fundarse en su consentimiento cuando*

---

<sup>71</sup> LO 3/2018, de 5 de diciembre de 2018, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (BOE de 6 de diciembre de 2018, núm. 294).



*sea mayor de catorce años” y añade el citado precepto que: “se exceptúan los supuestos en que la ley exija la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela para la celebración del acto o negocio jurídico en cuyo contexto se recaba el consentimiento para el tratamiento”.*

En todo caso, en aras del respeto a la autonomía del individuo y al libre desarrollo de su personalidad, cuando el menor alcance la edad de consentimiento digital puede confirmar, modificar o retirar el consentimiento dado por el titular de la patria potestad o tutor o autorizado por dicho titular<sup>72</sup>.

En consecuencia, los progenitores no pueden acceder sin el consentimiento del menor a su cuenta personal de la red social, introduciendo una contraseña propia que solo corresponde al menor, ya que supondría atentar contra la actuación de la patria potestad en el ejercicio de derechos no patrimoniales, como es el de la madurez del menor y su titularidad absoluta de todos los derechos de la personalidad, incluido el derecho fundamental a la protección de datos personales, ya que los menores son titulares absolutos de los derechos de la personalidad. Además, la *Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor* consagra que el interés del menor debe prevalecer en caso de conflictos jurídicos, y vigila muy especialmente en su art. 4.1 la protección de su acceso a las comunicaciones, y todo ello teniendo en cuenta el art. 154.2 del CC que obliga a ejercer la patria potestad de forma que no limite el libre desarrollo de la personalidad del menor.

La actuación correcta de los progenitores en el ejercicio de la patria potestad, que pretendan conseguir cierta información del menor, o sugerirle que no haga ciertos actos en las redes sociales, debe acomodarse al art. 154 del CC que establece que si los hijos tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten. Es decir, los progenitores deberán hablar y dialogar con sus hijos antes de adoptar medidas drásticas que impidan al menor el libre desarrollo de su personalidad en su actuación en las redes sociales.

---

<sup>72</sup> BERROCAL LANZAROT, A. I.: “La protección jurídica del menor ante el uso de las nuevas tecnologías”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 775/2019, págs. 2.548 a 2.586.

En caso de que los progenitores impongan al menor medidas tan restrictivas como la imposibilidad de acceso a la comunicación a través de las redes sociales, el art. 158.5 del CC faculta al juez, tanto de oficio, como de instancia del propio menor, o del Ministerio Fiscal a dictar una resolución que permita al menor el ejercicio de este tipo de comunicación, siempre y cuando, se demuestre que alberga la madurez suficiente para comprender la importancia de los actos realizados en una red social<sup>73</sup>.

## **V.- LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO CIVIL PROPIO DE LAS CCAA**

### **V.1.- La Ley 25/2010, de 29 de junio, que aprueba el Libro II del CC de Cataluña, relativo a la persona y a la familia<sup>74</sup>**

La normativa catalana se adecua a la realidad jurídica de nuestros tiempos y en base a ello, cambia la terminología de la patria potestad por la de “*potestad parental*”, ya que los progenitores pueden ser dos madres o dos padres y no sólo lo que se entiende por familia tradicional.

En los diferentes arts. del CCCat se utiliza potestad parental y también “*responsabilidad parental*” que resulta más adecuado con los cuidados, educación y protección que proporcionan los progenitores en beneficio de sus hijos menores para desarrollar su personalidad (art. 236-2 del CCCat).

Esta responsabilidad o potestad parental se extiende a aquellos hijos mayores de edad cuya capacidad de obrar ha sido modificada o rehabilitada, ya que la potestad parental se puede prorrogar o rehabilitar, según los supuestos (arts. 236-33 y 236-34 del CCCat).

---

<sup>73</sup> PERALTA CARRASCO, M.: *Derecho de familia: nuevos retos y realidades*, Ed. Dykinson, Madrid, 2017, págs. 309 - 312.

<sup>74</sup> La Ley 25/2010, de 29 de junio, que aprueba el Libro II del CC de Cataluña, *relativo a la persona y a la familia* (BOE de 21 de agosto de 2010, núm. 203).

El CCCat introduce como novedad el denominado “*padre o madre social*”, ya que confiere muchas facultades al cónyuge o conviviente estable del progenitor, llegando a preveer que muerto el progenitor custodio, su viudo/a o conviviente estable pueda obtener la custodia del menor (art. 236-15 del CCCat). Esta novedad tiene su fundamento en ofrecer una respuesta a las numerosas familias recompuestas o reconstituidas en las que, al menos uno de los miembros de la pareja, tiene algún hijo fruto de una relación anterior.

Una novedad importante del CCCat es el reconocimiento a los hijos que conviven en el hogar familiar como víctimas de violencia de género (arts. 236-5 y 236-6 del CCCat), con lo que, en caso de que los hijos sean víctimas directas o indirectas de violencia familiar o machista, el juez puede denegar, suspender y modificar las relaciones personales del progenitor con sus hijos, así como privarle de la potestad parental.

Otra gran novedad que introduce el CCCat es que, con la separación o el divorcio, ninguno de los progenitores se desvincule de sus responsabilidades parentales (art. 233-8 del CCCat), incluso, en los casos de ruptura conflictivas en los que no existe relación personal entre los cónyuges, es el plan de parentalidad, para que los progenitores conjunta o separadamente, organicen de forma responsable y en interés del menor, todo lo relativo a las necesidades personales y económicas de los hijos (art. 233-9 del CCCat).

Lo que se pretende es primar la autonomía de la voluntad de los progenitores y que se comprometan y se responsabilicen de todo lo que implique el cuidado y educación de los hijos, para que traten de llegar a un acuerdo y para que cumplan los compromisos alcanzados<sup>75</sup> (art. 233-8 del CCCat).

---

<sup>75</sup> PADIAL ALBAS, A.: *La relación materno y paterno filial en el derecho de familia catalán*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2018, págs. 104 a 110.

**V.2.- El Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el Título del “Código del Derecho Foral de Aragón”, el *Texto refundido de las Leyes Civiles Aragonesas*<sup>76</sup>**

Según el art. 58 CDFA que trata sobre los deberes de los progenitores y de los hijos:

1. *“Padres e hijos se deben mutuamente, durante toda su vida, respeto, ayuda y asistencia.*
2. *El deber de asistencia comprende la obligación de prestar alimentos y la de contribuir equitativamente, durante la vida en común, de acuerdo con sus posibilidades, a la satisfacción de las necesidades familiares”.*

La relación de filiación entre los progenitores y sus hijos es bilateral y estos deberes son recíprocos, no son exclusivos de la minoría de edad del hijo, ni dependen de que los progenitores tengan la autoridad familiar o su ejercicio, tampoco de que exista o no convivencia entre los progenitores y los hijos (salvo para el deber de contribución).

Los progenitores y sus hijos deben respetarse y guardarse consideración, evitando ofenderse física o moralmente con gravedad. Las consecuencias del incumplimiento del deber de respeto se producen, sobre todo, en el ámbito sucesorio, ya que son causa de indignidad, desheredación o exclusión.

Los progenitores y los hijos tienen la obligación mutua de asistirse económicamente y también, tienen que ayudarse en el plano personal y espiritual siempre que sea necesario. El deber de asistencia implica, tanto la obligación recíproca de prestarse alimentos legales (arts. 142 y ss. del CC), como la de contribuir personal y/o económicamente todos ellos, durante la vida en común, de forma equitativa y de acuerdo con sus posibilidades, a la satisfacción de las necesidades familiares.

La obligación de asistencia depende de los recursos propios, ya que quien los tenga será el que deba asistir al otro, y si todos tienen la misma capacidad económica, lo harán de forma equitativa y en proporción a sus medios. Si bien, el derecho de alimentos

---

<sup>76</sup> El Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el Título del “Código del Derecho Foral de Aragón”, el *Texto refundido de las Leyes Civiles Aragonesas* (BA de 29 de marzo de 2011, núm. 67).

se da haya o no convivencia, mientras que el deber de contribución sólo persiste durante la vida en común.

En la etapa en que el hijo sea menor de edad, los deberes de los progenitores no son iguales que los deberes de los hijos, ya que éstos están faltos de capacidad y en la mayoría de los casos, de medios. Si tenemos en cuenta que los deberes duran toda la vida de progenitores e hijos, pueden formularse como recíprocos y mutuos.

Durante la minoría de edad del hijo, e incluso, cuando carezca de independencia económica, los progenitores tienen, con preferencia sobre la obligación de alimentos legales, el deber de criar y educar a sus hijos (arts. 63, 65 y 69 del CDFFA), deber que se mantiene tras la ruptura de la convivencia de los cónyuges (art. 77 y 82 del CDFFA) y no se extingue aunque uno o ambos forme pareja estable o contraiga nuevo matrimonio.

Asimismo, los progenitores tienen la obligación de contribuir personal y económicamente a la satisfacción de las necesidades familiares (arts. 187 y 307 del CDFFA), si bien, como dice el art. 187.3 del CDFFA, también los hijos, cualquiera que sea su edad y mientras convivan con sus progenitores (juntos o por separado), deben contribuir equitativamente a la satisfacción de las necesidades familiares conforme a lo previsto en los arts. 66 (contribución personal), 67 (contribución económica) y 70 del CDFFA (contribución de los hijos mayores de edad convivientes).

Los deberes derivados de la filiación (tras. 58 y 59, y 63 y ss. del CDFFA) deben ser cumplidos de forma espontánea y no precisan ser exigidos por terceros.

El art. 59 del CDFFA trata de las obligaciones de los progenitores respecto de sus hijos menores y establece que:

*“Los padres, aunque no ostenten la autoridad familiar o no vivan con el hijo menor, tienen el derecho y la obligación de:*

*a) Velar por él.*

*b) Visitarlo y relacionarse con él.*

*c) Informarse recíprocamente, aun cuando vivan separados, acerca de la situación personal del hijo”.*

En su virtud, los progenitores, por el mero hecho de la filiación, tienen unos derechos-deberes específicos y propios hacia sus hijos menores: velar por ellos, visitarlos y relacionarse con ellos e informarse recíprocamente sobre su situación personal, aunque no ostenten la autoridad familiar o no vivan con el hijo menor. Estos deberes se deben de cumplir en beneficio del hijo menor y son titulares de este derecho, tanto los hijos como el progenitor no guardador, lo que implica que el otro progenitor no puede impedir la relación paternofilial.

Estos derechos-deberes forman parte del contenido de la crianza y educación para los progenitores que ejercen la autoridad familiar (art. 65 del CDFIA); pero aunque uno o ambos progenitores, no ostenten la autoridad familiar o hayan quedado excluidos de ella, siguen teniendo estos derechos y obligaciones respecto de sus hijos menores (art. 61.4 del CDFIA).

Cualquiera que sea el tipo de custodia, los hijos menores de edad tienen derecho a un contacto directo con sus progenitores de modo regular (art. 76.3.a del CDFIA), y el principio de información recíproca, se menciona también en el art. 76.5 del CDFIA. Tras la ruptura de la convivencia de los progenitores, el juez, de oficio o a instancia de parte, debe garantizar la continuidad y la efectividad del mantenimiento de los vínculos de los hijos menores con cada uno de sus progenitores (art. 79.2.a del CDFIA).

El derecho de relación personal del hijo menor se establece en el art. 60 del CDFIA:

1. *“El hijo tiene derecho a relacionarse con ambos padres, aunque vivan separados, así como con sus abuelos y otros parientes y allegados, salvo si, excepcionalmente, el interés del menor lo desaconseja.*
2. *Los padres y guardadores no podrán impedir la relación personal del hijo con ninguna de las personas mencionadas en el apartado anterior, salvo cuando el interés del menor lo exija.*
3. *El juez, a petición del menor, padres, abuelos, parientes o allegados, y atendidas las circunstancias, podrá suspender, modificar o denegar la relación con el menor si su interés lo requiere. También puede adoptar las medidas necesarias con vistas a la efectividad de esta relación personal, especialmente cuando los padres vivan separados”.*

El art. 60 del CDFIA es, en parte, desarrollo de la letra b) del art. 59 del mismo texto legal, ya que es uno de los derechos y obligaciones que los progenitores tienen con sus hijos menores, aunque no ostenten la autoridad familiar o no convivan con ellos,

derivado, por tanto, directamente de la relación de filiación, y es un instrumento imprescindible para poder cumplir su función de velar por los hijos y procurarles un desarrollo y una formación conforme a su personalidad (art. 39.3 en relación con el art. 10.1 de la CE y art. 5.1 del CDFA).

Para los progenitores es un derecho-deber, o derecho-función, inalienable, irrenunciable e imprescriptible, sobre el que prevalece siempre el interés del menor, siendo más, un derecho del hijo menor que un derecho del progenitor, puesto que está concebido en beneficio suyo, es él quien tiene un especial protagonismo en las relaciones personales con sus progenitores y un interés más relevante en disfrutarlas. Por ello, el art. 60.1 del CDFA lo formula como un derecho del hijo a relacionarse con ambos progenitores.

Este derecho del hijo se extiende a los abuelos y otros parientes y allegados, siempre que la relación con ellos sea algo beneficioso para el desarrollo del menor, en consecuencia, un progenitor no puede impedir la relación personal con el otro progenitor, ni con sus abuelos y otros parientes y allegados. Sin embargo, cuando sea en interés del hijo, los progenitores pueden impedir dichas relaciones personales (art. 60.2 del CDFA), y el juez, a petición de parte, y atendidas las circunstancias, puede suspenderlas, modificarlas o denegarlas; así como adoptar las medidas necesarias con vistas a su efectividad (art. 60.3 del CDFA).

Si los progenitores conviven entre sí y tienen a sus hijos en su compañía (art. 65.1 del CDFA), el derecho de los hijos a relacionarse con ambos progenitores se cumple con naturalidad. Tras la ruptura de la convivencia de los progenitores, los hijos menores mantienen su derecho a un contacto directo con éstos de modo regular (art. 76.3.a del CDFA), así como con sus hermanos, abuelos y otros familiares y allegados, que se concretará en el pacto de relaciones familiares (art. 77 del CDFA) o en las medidas judiciales (arts. 79.2.a del CDFA), en función del tipo de guarda y custodia y del régimen de visitas que se hayan establecido (art. 80 del CDFA).

En la concreción del régimen de visitas habrá que valorar la decisión del menor, sobre todo si ha cumplido los 14 años. La no fijación de un régimen concreto de visitas, ante la imposibilidad de fijarlo contra la voluntad del menor de 15 años, no infringe los arts. 59 y 60 CDFA porque no prohíbe la posibilidad de relación entre progenitor e hijo<sup>77</sup>.

**V.3.- La Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil<sup>78</sup> y la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores del País Vasco<sup>79</sup>**

La LRF, establece como contenido mínimo del convenio regulador *“el ejercicio conjunto de la patria potestad de los hijos e hijas, como corresponsabilidad parental”* (primer apdo. del art. 5.2 de la LRF), por lo que los cónyuges se ven obligados por esta ley a establecer un sistema de ejercicio conjunto de su potestad sobre los hijos, sin posibilidad de ser negociado, lo que constituye una gran incongruencia.

Por la contra, el art. 8 de la LRF prevé, como norma general, el ejercicio conjunto de la patria potestad, si bien dispone que *“excepcionalmente, el juez podrá decidir, en beneficio de los hijos e hijas, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los progenitores”*.

Ante determinadas circunstancias, y siempre velando por el interés de los menores, se puede encomendar a uno de los progenitores el ejercicio de la patria potestad, o bien que las funciones se repartan entre ambos, aunque como se ha referido anteriormente, estas medidas no pueden ser plasmadas por los cónyuges en el convenio regulador, sino que será el juez pueda acordar *“la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello”* (art. 8 de la LRF)<sup>80</sup>.

---

<sup>77</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, J.: *Comentarios al Código del Derecho Foral de Aragón. Doctrina y Jurisprudencia*, Ed. Dykinson, Madrid, 2015, págs. 160 - 163.

<sup>78</sup> La Ley 5/2015, de 25 de junio, de *Derecho Civil Vasco* (BOE de 24 de julio de 2015, núm. 176).

<sup>79</sup> Ley 7/2015, de 30 de junio, de *relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores* (BOE de 24 de julio de 2015, núm. 176).

<sup>80</sup> GIL RODRÍGUEZ, J. G.: *Manual de Derecho civil Vasco*, Ed. Atelier, Barcelona, 2016, págs. 107 y 108.



La Ley 7/2015 se decanta por el ejercicio conjunto de la patria potestad, el texto literal del art. 8 de la LRF así lo dice expresamente, planteándose como excepcional el ejercicio parcial o total de la patria potestad por uno de los progenitores, realizando, a lo largo de la propia ley, numerosas referencias al ejercicio conjunto de la patria potestad, lo que refuerza la literalidad del art. 8 de la LRF.

De manera acertada, se prevé la posibilidad de ejercer la patria potestad por uno solo de los progenitores con el consentimiento expreso o tácito del otro, si bien, no admite lugar a equívocos el otorgar un consentimiento expreso, pues se suele autorizar al otro para tomar decisiones que afectan al menor. Por su parte, el consentimiento tácito puede afectar a diferentes situaciones, la más habitual será cuando uno de los progenitores se queda a cargo del hijo porque el otro se ausenta y tiene que seguir tomando decisiones sobre el cuidado del menor<sup>81</sup>.

#### **V.4.- La Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de la *Compilación Foral de Navarra o Fuero Nuevo*<sup>82</sup>**

La patria potestad es irrenunciable lo que impide considerar los pactos de los progenitores en su separación o divorcio, relativos a la patria potestad definitivamente vinculantes (expresamente admitidos en la ley 63 del FN).

En tanto función tuitiva, la patria potestad recae sobre los hijos menores y sobre los mayores con discapacidad, por lo que no se trata sólo de que los progenitores suplan la falta de capacidad de obrar actuando en nombre de los hijos que en tales situaciones se encuentren, sino también y principalmente, que les proporcionen los cuidados, las atenciones y la formación más adecuados en orden al desarrollo de su personalidad con vistas a promover, dentro de lo posible, su autonomía como sujetos. Sin duda, la que se

---

<sup>81</sup> AYERRA MICHELENA, K.: *Derecho Civil Vasco de Familia, Comentario crítico a la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2016, págs. 82 a 84.

<sup>82</sup> La Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la *Compilación Foral de Navarra o Fuero Nuevo* (BOE de 8 de junio de 2019, núm. 137).

reconoce a los progenitores es una potestad tuitiva general que se extiende a los intereses del hijo (personales y patrimoniales).

Conforme al FN, los deberes y las facultades que integran la potestad de los progenitores son los siguientes:

Según la ley 63.I.2 del FN, la titularidad de la patria potestad conlleva la representación de los hijos, que constituye un elemento imprescindible para desarrollar las funciones inherentes a la patria potestad. Así, los progenitores pueden actuar en todos los ámbitos (personales y patrimoniales) en nombre del hijo y con eficacia plena.

La ley 63 del FN manifiesta que se extiende a: *“cuantos actos conciernan a los hijos y no puedan éstos realizar por sí mismos”*, quedando excluidos, los actos de carácter personalísimo (ley 184 del FN), los que pueda realizar el hijo con la capacidad que sea requerida (leyes 50 y 153 del FN) y cuando se trate de supuestos de patria potestad prorrogada y rehabilitada, los progenitores actuarán según lo que establezca la resolución que declara la discapacidad (ley 67.II del FN).

Similar al art. 154 del CC, la ley 63.1) del FN, establece como deberes de los progenitores en el ejercicio de la patria potestad:

- Velar por los hijos, que cuando el progenitor es titular de la patria potestad, es el que debe primar sobre los demás intereses; y en aquellos casos en que el progenitor es privado de la patria potestad, se concreta en el control del guardador del hijo, así como la relación de éstos con terceros.

- Es deber del progenitor tener en su compañía a los hijos sujetos a patria potestad. Este deber será más fácil de cumplir cuando todos convivan en la vivienda familiar y faculta al progenitor frente a quienes traten de interrumpir esta convivencia, a no ser que sea por causas justificadas y previsibles en el normal desarrollo de la vida de un menor.

En todo caso, en los supuestos de separación o divorcio, el progenitor no guardador, tiene el derecho de comunicación con su hijo.

- Alimentar a los hijos menores o mayores con discapacidad, ya que tiene su fundamento en la relación de filiación, este deber subsiste aunque el progenitor sea privado o excluido de la patria potestad.

- Los progenitores también deben proporcionar a sus hijos la formación adecuada para fraguar su personalidad y que, en el futuro, puedan valerse por sí mismos.

Del mismo modo, los progenitores disponen de la administración de todos los bienes de sus hijos, quedando exceptuados aquellos que establece la Ley, estando sujetos a las obligaciones propias de cualquier administrador de un patrimonio que no le es propio, teniendo, en este caso, que velar por los intereses del menor.

Por su parte, los hijos tienen que obedecer y respetar a sus progenitores, como consecuencia directa de la filiación, siendo obligaciones morales que llevan implícito acatar las decisiones de los progenitores cuando no se extralimiten en sus funciones.

El ejercicio conjunto de la patria potestad implica la intervención de ambos progenitores, o bien de uno con el consentimiento del otro, en los ámbitos que sean de interés para los hijos, pudiendo pactar entre ellos la distribución de las funciones que conciernan a los intereses de los hijos.

El párr. 2 de la ley 67.a) del FN permite que uno de los progenitores, sin contar con el otro, realice los actos orientados a la atención de las necesidades ordinarias de los hijos, considerando las circunstancias de la familia y el uso del lugar, o que vengan impuestos por la urgencia de la situación que no admite dilación sin grave perjuicio para el hijo. Tienen que concurrir estos supuestos o se podrá impugnar el acto por parte del progenitor que no prestó consentimiento al acto en cuestión.

Del mismo modo, son válidos los actos realizados cuando haya una declaración de ausencia o de incapacidad de uno de los progenitores, lo que conlleva, de forma automática, que las funciones las ejerza el otro progenitor.

Las discrepancias entre los progenitores al tomar las decisiones concernientes a sus hijos, tendrán que ser dirimidas por el juez, si así lo solicita cualquiera de los progenitores, determinando si concede a uno de los progenitores la facultad de decidir sobre las cuestiones fundamentales de los hijos o incluso, dictaminando sobre las medias más extremas previstas legalmente. Antes de tomar cualquier decisión de esta índole, el juez puede oír al menor cuando tenga suficiente madurez<sup>83</sup>.

## **VI.- LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO COMPARADO DE LOS PAÍSES DE NUESTRO ENTORNO JURÍDICO-CULTURAL: FRANCIA, ITALIA Y PORTUGAL**

### **VI.1.- La patria potestad y autoridad parental en Francia**

El CCF contiene únicamente un artículo relativo a las consecuencias del divorcio para los hijos, que a su vez, reenvía a las disposiciones de *Derecho Común* (art. 286 del CCF<sup>84</sup>), toda vez que no existe razón alguna, en la actualidad, para tratar de manera diferente a los hijos concebidos fuera del matrimonio, aunque si que habrá que precisar con qué progenitor residirán los hijos.

Los progenitores pueden establecer de mutuo acuerdo en el convenio regulador o, también, a través de un “*pacte de famille*”, que habrá que homologar judicialmente, las medidas que regulan los efectos con los hijos (art. 373-2-7 del CCF).

---

<sup>83</sup> RUBÍO TORRANO, E.: *Comentarios al Fuero Nuevo, Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2002, págs. 165 a 175.

<sup>84</sup> *Code Civil* francés que incluye las reformas siguientes: Loi 70-459 de 4 de junio de 1970; Loi 2002-305 de 4 de marzo de 2002; Loi 2004-439 de 26 de mayo de 2004; Loi 2016-1547 de 18 de noviembre de 2016; Loi 20149-1480 de 28 de diciembre de 2019; y Loi 2020-936 de 30 de julio de 2020.

En los otros procesos de divorcio, será el juez quien fije las modalidades para su ejercicio y podrá adoptar las medidas que considere oportunas para garantizar la continuidad efectiva del vínculo paterno-filial (art. 373-2-6 del CCF), teniendo en cuenta la capacidad de cada progenitor y recalando que cada cónyuge respete los derechos del otro (art. 373-2-11 del CCF).

El juez de familia podrá proponer una tentativa de mediación, y sólo como último recurso determinará la residencia del hijo.

El principio básico del que hay que partir es que ambos progenitores ejercen en común la patria potestad (art. 372 del CCF), si bien, para proteger a terceros, se presume siempre que un acto relativo a la patria potestad adoptado por uno de los cónyuges, se realiza con el consentimiento del otro.

Excepcionalmente, la patria potestad se ejerce por uno de los cónyuges cuando el hijo no ha sido reconocido por el otro tras el año de su nacimiento, salvo declaración conjunta de ambos progenitores o si ésta ha sido declarada judicialmente. También se ejercerá la patria potestad de manera unilateral si uno de los progenitores se encuentra incapacitado, o se encuentra judicialmente privado de la misma, o en caso de fallecimiento (arts. 373 y 373-1 del CCF).

Respecto a la delegación de la patria potestad, el CCF permite que una de las partes delegue parte o la totalidad de sus deberes y obligaciones a un tercero (art. 376 del CCF), pudiendo ser consentida por los progenitores "*lorsque les circonstances l'exigent*" (cuando lo exijan las circunstancias), o impuesta (art. 377 del CCF).

En caso de delegación voluntaria, quien la ejerce puede ser un miembro de la familia o próximo digno de confianza o un centro de acogida o especializado, aunque hay que tener en cuenta que la delegación sólo puede realizarse judicialmente (art. 376 del CCF) y el juez deberá de regular el reparto de derechos y obligaciones de la patria potestad.

La delegación impuesta se realiza parcial o totalmente en caso de desinterés manifiesto por parte de los progenitores o ante la imposibilidad de su ejercicio, en todo o en parte, o, también, desde el 30 de diciembre de 2019, si uno de los progenitores resulta procesado o condenado por atentar contra la vida del otro (art. 377 del CCF).

Por otra parte, la pérdida de la patria potestad puede sobrevenir por una causa o hecho objetivo (art. 373 del CCF); resulta automática en caso de discapacidad del progenitor acreditada judicialmente; y juez, en materia penal, puede ordenar la revocación del ejercicio de la patria potestad (art. 378 del CCF). En este caso, el ejercicio de la patria potestad del progenitor procesado o condenado por atentar contra la vida del otro, será suspendida por el juez de lo penal, debiendo el Fiscal remitir la causa a un Juzgado de familia (art. 378, 378-2 y 379-1 del CCF), suspensión que operará durante un plazo máximo de seis meses a la espera de la decisión del Juzgado de familia.

El Juzgado de Instrucción puede decidir suspender la patria potestad o el derecho de visita de un progenitor investigado, así como el alejamiento. La revocación y suspensión de derechos será resuelta por el Juzgado de familia si el menor se encuentra en riesgo o existe un desinterés por parte de sus progenitores e, incluso, si concurre violencia o coacción de un progenitor frente al otro (art. 378-1 del CCF).

La declaración judicial de abandono del artículo 350 del CCF desapareció emergiendo la “*déclaration judiciaire de délaissement parental*” (declaración judicial de dejadez de funciones parentales) (art. 381-1 del CCF). En su virtud, un hijo se considera “*abandonado*” cuando los progenitores no se han hecho cargo de sus deberes y obligaciones paterno-filiales, relativos a su persona y/o educación o desarrollo íntegro, durante un año, siempre que no medie fuerza mayor, esta dejación de funciones puede declararse en contra de uno o frente a ambos progenitores.

El CCF regula la suspensión a la que denomina “*inhibición*” de las responsabilidades parentales. En consecuencia, no podrán ejercer la autoridad parental los condenados por algún ilícito penal que conlleve dicha prohibición, los ausentes y los

menores no emancipados (art. 1913 del CCP). Esta prohibición o limitación cesará cuando así lo declare un pronunciamiento judicial.

En definitiva, previo requerimiento del Ministerio Público, de cualquier pariente del menor o de la persona que tenga su guarda, podrá el tribunal decretar la suspensión del ejercicio de las responsabilidades parentales cuando cualquiera de los progenitores infrinja culposamente sus deberes frente a los hijos, con grave perjuicio para éstos, o cuando por inexperiencia, enfermedad, ausencia u otras razones, no esté en condiciones de cumplir aquellos deberes<sup>85</sup>. Esta suspensión podrá ser total o parcial, y frente a todos o alguno de los hijos<sup>86</sup> (art. 1915 del CCF).

## **VI.2- La patria potestad en Italia**

Con el Decreto Ley de 28 de diciembre de 2013, núm. 154, fue introducido en Italia el concepto de responsabilidad parental, muy parecido a nuestro concepto de patria potestad, sustituyendo el antiguo término, potestad de los progenitores “*potestà genitoriale*”.

La responsabilidad parental es el deber de mantener, educar, y brindar apoyo moral a los niños, teniendo en cuenta sus capacidades, inclinaciones y aspiraciones<sup>87</sup>.

El art. 316 del CCI establece una responsabilidad más clara y profunda de los progenitores que deben supervisar al hijo hasta que alcance la independencia económica.

En el concepto de responsabilidad se encuentran las decisiones de especial interés, relacionadas con la educación, la formación, la elección de la residencia habitual del niño,

---

<sup>85</sup> PIERROT-BLONDEAU, J.: “Conflit parental: de la nécessaire intervention du juge des enfants, J. Pierrot-Blondeau”, *AJ famille*, núm. 9/2020.

<sup>86</sup> Dalloz, Lefebvre Dalloz: “Le droit de famille”; “Les cas de divorce”, 2021; “Le jugement de divorce”; “Le divorce et ses effets (personnels et patrimoniaux)”, 2021; “L’ autorité parentale”, 2021.

<sup>87</sup> LÓPEZ-MUELAS, L. y ZABALGO, P.: “La regulación de la patria potestad y la guarda y custodia en el Derecho comparado”, *Diario La Ley*, núm. 9443/2019 [7670/2019].

decidida de común acuerdo, teniendo en cuenta la capacidad, las inclinaciones y las aspiraciones de los menores.

Por lo que respecta a los problemas de la administración ordinaria, si no hay acuerdo entre los progenitores, la decisión la adoptará el juez, quien puede determinar que los progenitores ejerzan la responsabilidad por separado, como sucede en los procedimientos de separación y divorcio, atribuyendo las decisiones ordinariamente al progenitor que tenga al hijo en su compañía.

### **VI.3- La responsabilidad parental en Portugal**

El art. 1877 del CCP determina que los hijos están sujetos a las responsabilidades parentales hasta su mayoría de edad o emancipación. Compete a los progenitores, en interés de los hijos, velar por su seguridad y salud, promover su sustento, dirigir su educación, representarlos, aún siendo *nasciturus*, y administrar sus bienes (art. 1878 del CCP).

Por su parte, los hijos deben obediencia a sus progenitores, y éstos últimos, de acuerdo con la madurez de los hijos, deberán tener en cuenta sus opiniones en los asuntos familiares importantes y reconocerles autonomía en la organización de su propia vida.

Los progenitores, de acuerdo con sus posibilidades, promoverán el desarrollo físico, intelectual y moral de los hijos y decidirán sobre la educación religiosa de los menores de 16 años (art. 1885 del CCP). Los progenitores no podrán, sin causa justificada, privar a los hijos de la convivencia con sus hermanos o ascendientes.

El art. 1906 del CCP regula el ejercicio de las responsabilidades parentales en caso de divorcio o separación judicial de personas y bienes, no diferenciando los efectos en uno u otro caso. En este sentido, las responsabilidades parentales relativas a cuestiones de particular importancia para la vida del hijo serán ejercidas en común por ambos progenitores, al igual que lo eran constante el matrimonio y la vida en común, salvo en



casos de urgencia manifiesta, en que cualquiera de los progenitores podrá actuar unilateralmente, debiendo informar al otro progenitor en cuanto le sea posible.

No obstante, si el ejercicio en común de las responsabilidades parentales o patria potestad, relativas a cuestiones de particular importancia para la vida del hijo, es contraria a sus intereses, el tribunal deberá, tras decisión fundamentada, determinar que sea ejercida por uno de los progenitores (apdo. 2º del art. 1906 del CCP). En cuyo caso, será el progenitor custodio quien tome las decisiones relativas a los actos de la vida cotidiana del hijo o el progenitor con quien se encuentra temporalmente; por ello, este último, al ejercer sus responsabilidades no debe contrariar las orientaciones educativas más relevantes, tal como son definidas por el progenitor con quien el hijo resida habitualmente<sup>88</sup> (apdo. 3º del art. 1906 del CCP<sup>89</sup>).

## **VII.- LA VIOLENCIA DE GÉNERO Y SU INCIDENCIA EN EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD**

La Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia<sup>90</sup> modificó el art. 92 del CC para reforzar el interés superior del menor en los procesos de separación y divorcio, así como para asegurar que existan las cautelas necesarias para el cumplimiento de los regímenes de guarda y custodia.

Asimismo, modifica el art. 154 del CC, a fin de establecer con claridad que la facultad de decidir el lugar de residencia de los hijos e hijas menores de edad forma parte del contenido de la potestad que, por regla general, corresponde a ambos progenitores. Ello implica que, salvo suspensión, privación de la potestad o atribución exclusiva de

---

<sup>88</sup> MARTINS LEITAO, H.: *Da acção de divórcio e da separação judicial de pessoas e bens*, Elcla Editora, Porto, 2007, págs. 33 a 56.

<sup>89</sup> *Código Civil*, DL 47344, aprobado por Decreto- Ley 47 344, de 25 de noviembre de 1966 que incluye las reformas siguientes: Decreto-Lei 496/77, de 25 de noviembre de 1977; Ley 84/1995, de 31 de agosto de 1995; Ley 61/2008, de 31 de octubre de 2008; Ley 122/2015, de 1 de septiembre de 2015; Ley 43/2017, de 14 de junio de 2017; Lei 65/2020, de 4 de noviembre de 2020.

<sup>90</sup> Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, *de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia* (BOE del 5 de junio de 2021, núm. 134).

dicha facultad a uno de los progenitores, se requiere el consentimiento de ambos o, en su defecto, autorización judicial para el traslado de la persona menor de edad, con independencia de la medida que se haya adoptado en relación a su guarda o custodia. Ese cambio completa la vigente redacción del art. 158 del CC, que contempla como medidas de protección “las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y, en particular, el sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor”.

Se modifica el art. 158 del CC, con el fin de que el juez pueda acordar la suspensión cautelar en el ejercicio de la patria potestad establecido en resolución judicial o convenio judicialmente aprobado y, en general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas, con la garantía de la audiencia de la persona menor de edad.

Se configura como obligatoria la imposición de la pena de privación de la patria potestad a los penados por homicidio o por asesinato en dos situaciones: cuando el autor y la víctima tuvieran en común un hijo o una hija y cuando la víctima fuera hijo o hija del autor.

Al iniciar un procedimiento de violencia de género, en las medidas civiles, se suele solicitar la suspensión de la patria potestad, puesto que se pretende que el progenitor deje de tener contacto con sus hijos hasta que se resuelva la situación definitivamente<sup>91</sup>. Esta medida, por ser extrema, debe ser interpretada restrictivamente y, en la práctica, sólo se debería imponer con suma prudencia, porque podría ser desproporcionada, aunque en algunos casos, puede estar más que justificada para evitar ciertos peligros al niño víctima de la violencia de género, y contraproducente, por si con ello se desequilibra todavía más

---

<sup>91</sup> GÓMEZ COLOMER, J. L.: *Violencia de Género y Proceso*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 230.

la situación entre los cónyuges encrespando definitivamente la relación<sup>92</sup> (art. 65 de la Ley Orgánica de Violencia de Género)<sup>93</sup>.

Puesto que los descendientes menores son considerados también sujetos pasivos de las infracciones penales para cuyo conocimiento es competente el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, siempre que además se haya producido un acto de violencia contra ésta [art. 87 ter.1 a) de la LOPJ<sup>94</sup>], la suspensión de la patria potestad puede ser necesaria para proteger y evitar perjuicios a los menores cuando sean destinatarios directos o indirectos de actos de violencia<sup>95</sup>.

La protección de las víctimas, sobre todo en los casos en que la conducta violenta se proyecta exclusivamente hacia la mujer, no justifica por sí sola la adopción de la suspensión de la patria potestad, que debe quedar reservada para los casos graves. El factor decisivo y relevante a estos efectos es el del interés del menor, a cuya protección integral hay que atender de manera preferente a la hora de acordar tales medidas, por encima de los legítimos intereses de sus progenitores, incluida la mujer víctima de la violencia de género.

Así se desprende del art. 39 de la CE, del art. 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor<sup>96</sup> y de los arts. 92, párr. 2, 154 y 158, entre otros, del CC, en relación

---

<sup>92</sup> Así, establece la SAP de Guipúzcoa 395/2019, Sección 2ª, de 17 mayo de 2019 [JUR 2019\224602]: “Entendemos que esta situación penal y penitenciaria del progenitor apelante imposibilita materialmente el ejercicio conjunto de la patria potestad por ambos progenitores, que, en este caso, sería además claramente incompatible con la medida de protección adoptada respecto de la progenitora, cuya duración se prolonga más allá del momento en que previsiblemente se produzca el cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta al hoy apelante, por lo cual, estimamos también que no cabe establecer en este momento un límite temporal a la atribución exclusiva del ejercicio de la patria potestad a la madre”.

La SAP de Valencia 240/2019, Sección 10ª, de 24 abril de 2019 [JUR 2019\208774]: “Existiendo consenso en que sea la madre la que decida acerca de cuestiones sanitarias y administrativas, esta Sala no encuentra razón alguna para que no decida también en cuestiones educativas, máxime si tenemos en cuenta que la situación penal del progenitor puede hacer muy difícil la necesaria coordinación entre los progenitores en este ámbito de la vida del menor”.

En este sentido, la SAP de A Coruña, Sección 4ª, 7/2017, de 12 de enero de 2017 [JUR 2017\24572]; y la SAP de Guipúzcoa, Sección 2ª, 323/2018, de 21 de junio de 2018 [JUR 2018\293662].

<sup>93</sup> Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (BOE de 29 de diciembre de 2004, núm. 313).

<sup>94</sup> Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE de 2 de julio de 1985, núm. 157).

<sup>95</sup> TASENDE CALVO, J. J.: “Aspectos civiles de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 664/2005 [BIB\2005\742].

<sup>96</sup> Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE de 17 de enero de 1996, núm. 15).

con la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, conforme a la cual, hay que velar porque el niño no sea separado de sus progenitores, excepto cuando tal separación sea necesaria para el interés superior del menor, como es el caso de ser objeto de maltrato por parte de sus progenitores (art. 9.1 de la LOPJM), debiendo respetarse el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos progenitores a mantener relaciones personales y contacto directo con ellos de modo regular, salvo que sea contrario el superior interés del menor (art. 3.2 de la LOPJM).

También la jurisprudencia, al interpretar los arts. 94 y 170 del CC, ha reconocido el carácter excepcional, y el fundamento en una causa grave de la suspensión de la patria potestad que debe ser aplicada restrictivamente y en cuanto sea indispensable para proteger el interés del hijo menor, estimando que la privación o suspensión de la patria potestad no debe ser considerada una sanción al progenitor, sino una medida de protección al menor adoptada en su beneficio dada la actual consideración de la patria potestad como una función compleja, integrada por facultades y deberes, y no como un puro derecho de los progenitores sobre los hijos.

El límite de la medida lo constituye que el ilícito haya sido cometido contra intereses en los que el menor pueda resultar implicado o perjudicado<sup>97</sup>.

La violencia de género es un incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, atentar contra la vida y la integridad física de la madre por parte de padre atenta contra el interés del menor contra su derecho al desarrollo de la personalidad. Por ello, la privación de la patria potestad y en todo caso, la suspensión del régimen de visitas se justifica claramente en interés del menor<sup>98</sup>.

---

<sup>97</sup> MIRALLES GONZÁLEZ, I.: “El interés del menor y la privación de la patria potestad”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 10/2004 [BIB 2004/1535].

<sup>98</sup> ZAMORA SEGOVIA, M<sup>a</sup> L., NIETO MORALES, C., HERNANDO RAMOS, S. Y TORRES REVIRIEGO, M<sup>a</sup> R.: *Guía de intervención familiar en casos de separación, divorcio y protección de menores*, Ed. Dykinson, Madrid, 2016, págs. 118 - 2016.

La mayoría de la doctrina civilista mantiene que el interés del menor debe ser prioritario en el caso concreto para determinar si procede la suspensión de la patria potestad, así como del régimen de visitas, estancia y comunicación. Además, se ha señalado como necesaria la suspensión de la patria potestad, cuando las medidas adoptadas en la orden de protección hagan inviable el ejercicio conjunto de la misma, como cuando se dicta una medida de alejamiento y una prohibición de comunicación entre inculpaado y víctima.

La suspensión de la patria potestad es una medida muy excepcional en la práctica judicial, reservada para aquellos casos donde la gravedad del delito lo exige (fundamentalmente en los casos de homicidio o intento de homicidio de la madre de los menores por el padre o cuando el hijo ha sido víctima directa de la violencia del padre o existen posibles abusos sexuales). De hecho, en la mayoría de los casos expuestos donde el incumplimiento de los deberes parentales resulta claro, se opta por la privación de la patria potestad antes que suspender al padre en el ejercicio de la misma<sup>99</sup>.

La jurisprudencia viene manteniendo que el maltrato ejercido contra el menor supone un grave incumplimiento de los deberes propios de la patria potestad y supone la suspensión de la patria potestad<sup>100</sup>.

Las SSTs más destacadas tanto de la Sala de lo Civil como de lo penal, en que se procede a la privación de la patria potestad son las siguientes:

- La STS 568/2015, de 30 de septiembre de 2015, priva de patria potestad por vía penal a un padre que intento matar a su pareja ante sus hijos. Señala la sentencia que repugna legal y moralmente mantener al padre en la titularidad de unas funciones respecto de las que se ha mostrado indigno pues resulta difícil imaginar un más grave incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad que el menor presencie el

---

<sup>99</sup> MÚRTULA LAFUENTE, V.: *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género*, Ed. Dykinson, Madrid, 2016, págs. 120 - 122.

<sup>100</sup> BOADO OLABARRIETA, M.: «La privación de la patria potestad como medida penal y civil», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 47/2019, págs. 59 - 99.

severo intento del padre de asesinar a su madre. Esta sentencia recoge algunos criterios que son relevantes para que los tribunales penales puedan aplicarlos al caso concreto que son los siguientes:

La medida es potestativa y tiene naturaleza accesoria si se cumplen los requisitos antes expresados.

Ha de tenerse en cuenta si los hechos enjuiciados han tenido lugar en presencia del menor, ya que en este caso, se produce un ataque a la integridad moral del menor y al desarrollo de su personalidad. La Sala precisa que es un dato incontestable que la presencia de la menor en el ataque a su madre efectuado por su padre va a tener un prolongado efecto negativo en el desarrollo del menor de mantenerse la patria potestad, que resulta incompatible y por tanto, aparece sin justificación razonable mantener la patria potestad.

Ha de tenerse en cuenta la urgencia de la medida, pues la sentencia prevé que la previsión del art. 154 del CC supone que la patria potestad es una institución tendente a velar por el interés de los menores y procede acordar tal privación en el propio proceso penal, evitando dilaciones en los casos en que la no adopción de medidas pueda ocasionar un daño irreparable en el desarrollo del hijo menor. El legislador ha delimitado el alcance de la imposición de la pena de inhabilitación, consciente de la gravedad de la pena de la misma y de su alcance, y, allí donde la prevé de forma expresa, la sujeta a unas especiales exigencias de motivación y dispone su imposición con carácter facultativo. De dicha redacción se deduce también que la pena privativa de la patria potestad ha de ir referenciada a la gravedad del hecho, pero, sobre todo, ha de referenciarse al superior interés del menor. Como centrarlo en cada caso no es fácil, la doctrina contempla la práctica de informes periciales a tal fin.

- La STS Sala Primera, de lo Civil, 621/2015, de 9 de noviembre de 2015: “la sentencia recurrida califica de graves y reiterados los incumplimientos del progenitor prolongados en el tiempo, sin relacionarse con su hija, sin acudir al punto de encuentro,

haciendo dejación de sus funciones tanto en lo afectivo como en lo económico, y sin causa justificada, y todo ello desde que la menor contaba muy poca edad; por lo que ha quedado afectada la relación paterno-filial de manera seria y justifica que proceda, en beneficio de la menor, la pérdida de la patria potestad del progenitor recurrente, sin perjuicio de las previsiones legales que fuesen posibles, de futuro conforme a derecho, y que recoge el tribunal de instancia”.

- La STS Sala Primera, de lo Civil de 13 de enero de 2017: “constando la condena por abusos sexuales de la hija habida por su pareja en anterior relación, no se necesita un especial esfuerzo de razonamiento para concluir que el hijo del demandado y hermano de vínculo sencillo de la hija de la demandante está sometido a un grave riesgo, ante la falta trascendental de incumplimiento de sus obligaciones de respeto y cuidado para con la menor hija de la actora. Quien ha incurrido en una grave agresión sexual a la hija de su pareja pone en un riesgo y peligro cierto a su propio hijo, con el que convivió escaso tiempo en régimen familiar. El demandado no reúne las características propias de un buen padre de familia, por lo que se afectaría gravemente el interés de su propio hijo si se permitiese el ejercicio de la patria potestad por quien es evidente que no está capacitado para el cumplimiento de las obligaciones de cuidado y respeto de un menor (art. 170 del CC). Para la privación de la patria potestad no es necesario que la agresión tenga como sujeto pasivo directo al hijo sino que también se puede inferir de la agresión a la madre o, como en este caso, a una hermana”.

- La STS, Sala Segunda, de lo Penal, 247/2018, de 24 de mayo de 2018: “no es preciso un ataque directo a la menor para que se prive al padre, que ha apuñalado a la madre en presencia de la hija, de la patria potestad, pues este acto supone un desprecio a su personalidad y a su psique”. A lo que hay que añadir que el concepto "a presencia de menores" ya ha sido interpretado por esta Sala en la sentencia 188/2018 de 18 de abril de 2018, al exigir que los menores perciban el hecho sin exigir que lo vean, por lo que aunque resultaba obvio que lo pudo ver por estar en la cama con su madre, lo que está claro es que "lo pudo presenciar", es decir, que, como citamos en esta sentencia, "son plenamente conscientes de lo que está sucediendo, percatándose tanto de las expresiones

verbales que contienen un componente agresivo o violento como del ruido que es propio de un golpe o de una agresión".

- La STS, Sala Segunda, de lo Penal, 452/2019, de 8 de octubre de 2019, impone como pena accesoria la privación del ejercicio de la patria potestad al padre condenado por tentativa de homicidio a la madre en presencia de los menores y que no había sido impuesta en la sentencia recurrida que se limitaba a la pena de alejamiento y prohibición de comunicación. Tras el régimen de visitas, el padre fue a entregar a sus hijos menores a la madre. Por sorpresa, aquél la atacó con un cuchillo en presencia de los niños en la vía pública. El ataque cesó al intervenir de forma rápida un tercero que se percató de lo que estaba sucediendo, agarrando al agresor y separándole de la víctima. Así evitó que pudiera continuar la agresión y acabar con la vida de la víctima. El TS entiende que la gravedad de los hechos, cometidos en presencia de los hijos, merece mayor reproche penal que una simple pena de prohibición de aproximación o de comunicación. De lo contrario, no habría proporcionalidad. Por ello, se estima que la pena de inhabilitación en el ejercicio de la patria potestad es conforme a derecho y ajustada y proporcional a la gravedad de los hechos. Afirma el TS: “¿Cómo puede reclamarse el derecho a mantener una patria potestad sobre unos hijos a los que se ha intentado dejar sin madre de forma cruel al intentar matarla delante de ellos mismos? Es por ello, por lo que la imposición de esta pena viene provocada por la anulación del ejercicio de la patria potestad, ante un acto de la crueldad como el descrito en los hechos probados. [...] Dificilmente, podemos concluir, podamos encontrar en el texto penal una pena más proporcionada que la de la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad para el condenado por estos hechos”.



### **CAPÍTULO III**

#### **EFFECTOS EN EL ÁMBITO DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD**

Abordamos en este Capítulo la cuestión más controvertida entre los cónyuges y la más debatida en los tribunales en cuanto a los efectos personales en los procedimientos de separación y divorcio. Mientras los progenitores viven juntos, también conviven con los hijos en el seno del hogar conyugal, pero cuando surge la crisis matrimonial y los cónyuges deciden separarse, esta decisión afecta a sus hijos. En aquellos casos en que se otorga la custodia de los hijos a uno de los progenitores, dejan de convivir con el otro. La regulación actual, así como la jurisprudencia del TS tienden a paliar esta situación, estableciendo y aconsejando el establecimiento de la custodia compartida.

La cuestión primordial consiste en dirimir quien de los dos progenitores se queda con la custodia de los hijos menores, si uno o ambos, una vez tomada esta decisión, de mutuo acuerdo o por vía judicial, las demás cuestiones relativas a los hijos van a depender, en gran medida, de la atribución de la guarda y custodia.

#### **I.- LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS**

Nuestro Ordenamiento jurídico regula una serie de mecanismos para procurar que la ruptura matrimonial sea lo menos traumática posible para los hijos menores de edad, previendo su adecuada atención afectiva y material por los progenitores, así como tratando de preservar el contacto y la relación afectiva de los hijos con ambos. Se trata de evitar que los hijos resulten desprotegidos o perjudicados con ocasión de la ruptura matrimonial de sus progenitores, para lo cual se tendrá en cuenta el principio del interés superior de los hijos o “*favor filii*” (art. 39 de la CE y art. 2 de la LO 1/1996, *de protección del menor*).

A la hora de precisar qué pueda ser lo más acorde con el interés del menor, el CC tan sólo establece la recomendación de que, en la medida de lo posible, se procure no separar a los hermanos (art. 92.5 del CC). La Ley 15/2005<sup>101</sup> ha introducido la posibilidad de que, en beneficio de los hijos, la guarda y custodia de los menores no se atribuya en exclusiva a uno de los cónyuges, sino que sea compartida por ambos. A través de esta medida, se intenta que la ruptura matrimonial sea lo menos traumática posible para ellos, así como mantener o, en su caso, lograr una comunicación fluida y una estrecha relación de afectividad de los hijos menores con ambos progenitores.

Esta medida es coherente con la igualdad de derechos de ambos progenitores y el principio de corresponsabilidad en el cuidado de los hijos actualmente imperante<sup>102</sup>.

En los supuestos de custodia exclusiva el progenitor no custodio mantendrá el derecho a relacionarse con sus hijos menores. Este derecho es consecuente con el principio de coparentalidad, que garantiza el mantenimiento de las relaciones entre los progenitores y sus hijos con independencia de que haya cesado la convivencia de los primeros, y con lo dispuesto en el art. 92.1 del CC, de acuerdo al cual, la separación o el divorcio no exime a los progenitores de sus obligaciones para con los hijos<sup>103</sup>.

El sistema de guarda exclusiva o unilateral consiste en atribuir la guarda y custodia a uno de los cónyuges (art. 159 del CC), teniendo el cónyuge no guardador el derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía (arts. 94 y 160 del CC). Este régimen de custodia puede establecerse en un convenio regulador (arts. 90.I.A) y 92.5 del CC) o por medio de una sentencia (art. 92.2 y 6 del CC).

Los criterios que ha de tener en cuenta el juez para acordar el régimen de guarda y custodia son los siguientes:

---

<sup>101</sup> Ley 15/2005, de 8 de julio, *por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio* (BOE de 9 de julio de 2005, núm. 163).

<sup>102</sup> GARCÍA GARNICA, M. C.: *Aspectos actuales de la protección jurídica del menor. Una aproximación interdisciplinar*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2008, págs. 46 - 53.

<sup>103</sup> MARTÍNEZ CALVO, J.: *La guarda y custodia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 38 - 66.

- La relación que los progenitores mantengan entre sí y con sus hijos (art. 92.6 del CC).

- El beneficio de los hijos, que si bien no figura recogido expresamente en el art. 92.6 del CC, se menciona en otros apdos. del art. 92 del CC.

- Habrá de procurar no separar a los hermanos, que aunque se establece en el art. 92.5 del CC para la guarda conjunta, resulta aplicable en el resto de supuestos.

- El informe del Ministerio Fiscal.

- La audiencia del menor que tenga suficiente juicio, si lo entiende necesario, de oficio o bien a petición del Ministerio Fiscal, de los cónyuges, del Equipo Técnico Judicial o del propio menor.

En los procedimientos contenciosos, habrá que oír a los hijos mayores de doce años y a los menores si tienen juicio suficiente (art. 770.4<sup>a</sup>.II de la LECiv). La opinión del hijo no es vinculante para el juez, pero si su voluntad es razonada y razonable, puede ser acreditativo de lo que el hijo considera más beneficioso para él.

- La valoración de las alegaciones de las partes y de la prueba practicada en el procedimiento (art. 92.6 del CC), pudiendo, además, recabar el dictamen de especialistas (art. 92.9 del CC).

El juez establecerá el régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, que tenga en cuenta su interés, y no el de sus progenitores, pues la fijación de un modelo de guarda no puede concebirse como un sistema de premio o castigo al cónyuge por su actitud en el ejercicio de la guarda.

En consecuencia, el juez otorgará la guarda y custodia a aquel que ofrezca mejores garantías para satisfacer las necesidades materiales y morales de los hijos, teniendo en cuenta las circunstancias económicas, familiares, culturales y ambientales.

Cuando se discute la guarda y custodia compartida solo puede examinarse si el juez *a quo* ha aplicado correctamente el principio de protección del interés del menor, motivando suficientemente la conveniencia de que se establezca o no este sistema de guarda, conforme establece la STS 595/2017, de 8 de noviembre de 2017.

La STS 257/2013, de 29 de abril de 2013 [RJ 2013/3269], sienta la doctrina de que ha de atenderse a criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que, forzosamente, deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Se valora positivamente la estabilidad laboral del progenitor frente a aquél que no tiene trabajo fijo; la relación entre los hijos y la nueva pareja del progenitor; que los menores no sufran cambios traumáticos en cuanto al colegio, población o ambiente cultural en el que venían desarrollándose; la convivencia anterior de los hijos con el progenitor al que se confía la guarda; la disponibilidad horaria del progenitor para el cuidado de los hijos y cualquier otra circunstancia relevante del caso en concreto.

Por otra parte, como regla general, no debe separarse a los hermanos, salvo que se acredite que esta medida es la más beneficiosa para ellos.

El progenitor que sea guardador de los hijos tiene los derechos y deberes equivalentes al pleno ejercicio de la patria potestad (art. 154 del CC). El cónyuge no guardador tiene el derecho-deber de vigilancia, que le permite seguir de cerca y comprobar la forma y diligencia con que el otro cónyuge cuida y educa a los hijos

comunes. Por lo tanto, el cónyuge guardador está obligado a informar al otro de las decisiones importantes que vaya a tomar en relación a los hijos<sup>104</sup>.

## II.- EL PRINCIPIO DEL «FAVOR FILII»

El interés del menor informa nuestro Ordenamiento jurídico con la amplitud y energía de un principio general del Derecho, está presente en muchas normas concretas y es preciso tratar de conocerlo hasta donde nos sea posible.

Los arts. 90 y ss. del CC parten del postulado esencial de que medidas judiciales, sobre el cuidado y educación de los hijos, serán adoptadas en beneficio de ellos. El «*favor filii*», cuyo fundamento se encuentra en la realización del libre desarrollo de la personalidad del menor (art. 10.1 de la CE), es un criterio teleológico de la interpretación de las normas que ha de presidir la aplicación de la ley, debiendo prevalecer el interés de los hijos. El juez se halla ante un concepto jurídico indeterminado que debe adecuar a cada caso concreto atendiendo a las circunstancias personales y familiares. En esta línea del «*favor filii*», debe procurarse la custodia compartida, esto es, que siendo adecuado para su interés, los hijos tengan el mayor contacto posible con ambos progenitores. Se trata de un derecho de hijos y progenitores a seguir teniendo una relación igualitaria con ambos progenitores, al que no se puede renunciar, un derecho nacido de la familia y no del matrimonio, de modo que los derechos y responsabilidades de cada uno tras la ruptura matrimonial deben ser iguales a los que tenían antes<sup>105</sup>.

En nuestro Ordenamiento jurídico, el interés del menor constituye un concepto jurídico indeterminado, por medio del cual, la ley se refiere a una realidad cuyos límites no precisa con exactitud, pero con lo que intenta definir o delimitar un supuesto concreto que permite que sea precisado luego en el momento de su aplicación. El hallazgo de la

---

<sup>104</sup> DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Comentario al art. 92 del CC”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Comentarios al Código Civil*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 936 - 954.

<sup>105</sup> GARCÍA GARNICA, M. C.: *Aspectos actuales de la protección jurídica del menor. Una aproximación interdisciplinar*, op. cit., págs. 70 y 71.

solución adecuada sólo es posible al trasladar el concepto indeterminado, en la aplicación de la ley, a la realidad y circunstancias concretas del caso.

Esto exige una doble labor, por un lado, definir en qué consiste el interés del menor y por otro lado, comprobar en qué circunstancias concretas se da el valor que ha pretendido captar la norma, que es lo que más conviene a un niño determinado.

La principal ventaja se encuentra en la generalidad de su enunciado, que permite, ante la dificultad general y objetiva de determinación del valor que pretende captar la norma, una sencilla definición del concepto, que responde a valores de justicia y razonabilidad referidas a situaciones empíricas, con remisión al momento y persona que deba aplicar la norma.

A *sensu contrario*, el principal inconveniente es que, dada la indeterminación del concepto interés del menor, se necesita trasladar a cada caso específico de la vida corriente la determinación *in concreto* de cuál es o en qué consiste su mejor interés, lo que más le conviene al niño. Este interés es variable según el momento vital del menor que, además, se encuentra en continuo cambio y evolución.

Esta determinación y concreción queda al criterio u opinión personal de quien haya de aplicar este concepto y la necesidad de concreción del interés del menor en cada caso específico. Ello supone una valoración individual y por lo tanto subjetiva, por quien corresponda, todo lo cual, comporta inseguridad jurídica, lo que es contrario a principios constitucionales (art. 9.3 de la CE) y peligroso social y jurídicamente<sup>106</sup>.

El establecimiento de la custodia exclusiva puede ser perjudicial o beneficioso para el menor, en función de lo que se considere en ese supuesto que es de su interés. No se puede considerar sin más que este tipo de modelo de custodia es perjudicial o beneficioso para el hijo, pues existen posiciones a favor de este modelo y otras que defienden la guarda y custodia compartida.

---

<sup>106</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El interés del menor*, Ed. Dykinson, Madrid, 2000, págs. 51 - 63.

La mayoría aboga por la custodia compartida desde el punto de vista de los progenitores y de que propicia que el menor esté el mismo tiempo con ambos progenitores, si bien lo conveniente sería que el menor determinase qué modelo es más beneficioso para él, lo que implica que tenga una cierta madurez para saber qué es lo que más le conviene<sup>107</sup>.

La STS 439/2020, de 17 de julio de 2020, establece lo que considera que es el concepto de “*interés del menor*”, el cual se configura como un verdadero concepto jurídico indeterminado, que la doctrina ha venido relacionando, bien con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus progenitores, tutores, guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, étnico y cultural; bien con su salud y su bienestar psíquico y su afectividad, junto a otros aspectos de tipo material; bien, simplemente, con la protección de sus derechos fundamentales

En último término, hay que dejar constancia de que la guarda y custodia podrá ser objeto de revisión conforme dispone el art. 90.3 del CC:

*“Las medidas que el juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges judicialmente podrán ser modificadas por los cónyuges judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el juez, cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges”.*

La STS 529/2017, de 27 de septiembre de 2017, recoge la postura jurisprudencial que prima el interés del menor en el análisis de las cuestiones relativas a la protección, guarda y custodia, considerando que las nuevas necesidades de los hijos no tendrán que sustentarse en un cambio “*sustancial*”, pero si cierto.

## **II.1.- La audiencia y exploración de los menores**

El juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, cuidado y educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos (art.

---

<sup>107</sup> RODA Y RODA, D.: *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad, el derecho del menor a ser oído*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pág. 135.

92.2 del CC). Este precepto constituye una genérica remisión a la normativa reguladora del derecho de audiencia del menor, contenida en los arts. 92.6 del CC, 770.4<sup>a</sup>.II y 777.5 de la LECiv, y 9 de la LO 1/1996, de 15 enero, de protección jurídica del menor.

Con el derecho de audiencia se pretende que el menor pueda expresar su opinión al juez y que, ponderado con el resto de elementos, le ayude a saber cuál es el interés del menor.

En los procedimientos de separación y divorcio de mutuo acuerdo, el menor debe ser oído siempre que tenga suficiente juicio (con independencia de su edad) y el juez lo considere necesario (art. 92.6 del CC y en el mismo sentido, el art. 777.5 de la LECiv).

En los procesos contenciosos el juez debe necesariamente dar audiencia a los menores de edad mayores de doce años, y a los menores de esa edad si tienen juicio suficiente (art. 770.4<sup>a</sup>.II de la LECiv, que se aplica con preferencia al art. 92.6 del CC). La falta de audiencia del menor en el proceso judicial constituye una violación del derecho a la tutela judicial efectiva.

La exploración de los menores en los procesos matrimoniales (arts. 92.9 del CC y 770.4<sup>a</sup>.III de la LECiv), se diferencia del derecho de audiencia, ya que la intervención del menor en el proceso judicial se somete a un análisis material o psicológico por parte de expertos que dictaminan acerca de sus condiciones personales o sociales, siendo interesantes sus manifestaciones como prueba pericial<sup>108</sup>.

Cuando se habla de la intervención del propio menor en la concreción de su interés, se apela a que se tome en consideración, por quien corresponda la aplicación de este concepto jurídico indeterminado, el criterio del menor afectado, hasta donde sea razonable y posible.

---

<sup>108</sup> DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Comentario al art. 92 del CC”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Comentarios al Código Civil, op. cit.*, págs. 936 a 954.



Si hasta la mayoría de edad o la emancipación, la voluntad del menor, así como su capacidad decisoria y de actuación, casi siempre, quedan sometidas a la de su representante legal, ello no significa que durante la minoría de edad su voluntad no pueda ser tenida en consideración. El propio Ordenamiento así lo establece, directamente, en algunos casos, dándole un protagonismo activo durante su minoría, e indirectamente en otros, cuando dispone que la patria potestad se ejerza “*en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad*” (art. 154.2 del CC), lo que exige que, a medida que con la edad se desarrollan sus capacidades intelectivas y volitivas y con ello, su personalidad, debe reconocérsele un margen de libertad de opción y decisión más amplio en múltiples manifestaciones de su vida.

Dentro de la minoría de edad quedan comprendidas edades y situaciones muy diversas, que no pueden ser tratadas de idéntica forma.

El niño de corta edad, por su vulnerabilidad y sus necesidades, requiere especial atención frente a terceros y precisa de alguien que se ocupe de él material, moral y psíquicamente, y por ello, su capacidad de actuar es casi nula, por lo que la ley la transfiere íntegramente a otra persona.

Por su parte, el menor que es adolescente va desarrollando las aptitudes físicas y psíquicas, cognoscitivas y afectivas básicas de su personalidad, siendo capaz de formarse, progresivamente, ideas y voliciones que dan cierta posibilidad de comprensión y elección. Ello le permite tomar conscientemente algunas decisiones, lo que le confiere una autonomía vital que el Derecho no puede ignorar.

Esa visión de la realidad y la diferencia que hay, dentro de la minoría de edad, entre la infancia y la juventud, está presente en nuestro Ordenamiento jurídico. El resultado de todo ello es la creciente relevancia jurídica y toma en consideración de la voluntad y actos de estos menores adolescentes a partir de cierta edad, variable según su madurez y el tipo de acto. El consenso es unánime acerca de la relevancia que tiene la

opinión, la voluntad y la decisión del menor bajo patria potestad o tutela a la hora de adoptar decisiones importantes que le afecten directamente.

El interés del menor debe entenderse en el marco de una sociedad que respeta los principios y derechos fundamentales (art. 27.2 de la CE), así que las personas encargadas de dirigir la vida del menor y formar su personalidad, deben fomentar la autonomía del menor y con ello, una amplia participación en la determinación de cuál sea su propio interés.

En ocasiones, resulta muy complicado interpretar correctamente el verdadero deseo del menor, que puede estar muy influido por su edad, por prejuicios, apetencias, deseos frustrados, por cómo cree que puede ser recibida o interpretada aquélla, por las promesas hechas o expectativas con las que contaba, etc., y no por su propia inexperiencia en la adopción de ciertas decisiones, todo lo cual, podría hacer más arriesgado dejarle decidir a él mismo sobre lo que le interesa, aunque ello fuere sólo a partir de cierta edad y grado de discernimiento o madurez.

El valor y trascendencia que pueda darse a las opiniones y deseos del menor en la determinación de su propio interés dependerá de su discernimiento y madurez, cuestión sobre la que habrán de juzgar, previamente, los progenitores o el juez para tomarlo en consideración<sup>109</sup>.

El respeto a la personalidad del menor determina, en el marco del principio del “*favor filii*”, el reconocimiento de una autonomía progresiva en el ejercicio de los derechos, que va a implicar una relación, inversamente proporcional, entre la capacidad de autodeterminación del menor y la legitimidad de las medidas que los progenitores pueden tomar. Se reconoce, por tanto, un ámbito decisorio al menor en todo aquello que le pueda afectar en proporción a su madurez, siendo el derecho a ser oído una manifestación de

---

<sup>109</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El interés del menor*, op. cit., págs. 119 - 130.

aquel. En este contexto, se ha de buscar un justo equilibrio entre la libertad del menor y la actuación de los progenitores para asegurar su protección<sup>110</sup>.

## **II.2.- La audiencia del menor en nuestro Ordenamiento jurídico**

En nuestro Ordenamiento jurídico se ordena en bastantes preceptos “*oir*” al menor antes de tomar decisiones graves que le afecten, para que el juez o los progenitores conozcan su opinión y la tengan en cuenta.

El 22 de julio de 2015 se promulgó la Ley orgánica 8/2015, *de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*<sup>111</sup> (LOPM) y, el 28 de julio del mismo año, se promulgó la Ley 26/2015, de idéntico título que la anterior pero con rango de ley ordinaria, *de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*<sup>112</sup> (LPM). La LOPM acoge en su art. 1 el principio del interés superior del menor, recogiendo en el apdo. 1º, el principio educativo y de interpretación restrictiva de las limitaciones de la capacidad de los menores, reservando otros cinco apartados de este precepto al desarrollo pormenorizado de este principio, lo que pone de relieve no sólo la importancia del mismo, sino también los problemas interpretativos que su aplicación ha generado en el pasado.

La aplicación del interés superior del menor exige la concurrencia de alguno de los criterios generales previstos en el art. 2.2 de la LOPM, que convergen en una misma finalidad: lograr el respeto integral y efectivo de todos los derechos del menor así como su desarrollo y formación integral:

- Por una parte el interés del menor tiene una perspectiva interpretativa, que implica que cuando se necesite averiguar un precepto que le afecte al menor y que admita diferentes sentidos, deberá acogerse aquél que mejor responda al interés del menor.

---

<sup>110</sup> BERROCAL LANZAROT, A. I.: “El interés superior del menor y la atribución de la guarda y custodia”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 746/ 2014, págs. 3290 y 3291.

<sup>111</sup> BOE de 23 de julio de 2015, núm. 175.

<sup>112</sup> BOE de 29 de julio de 2015, núm. 180.

- Por otra parte, el interés del menor tiene una perspectiva de derecho sustantivo y constituye una norma de procedimiento, de tal suerte que también tiene una dimensión procesal muy relevante. Así, el menor tiene derecho a exigir judicial y extrajudicialmente, tanto en el ámbito privado como por parte de entidades o instituciones públicas, que antes de adoptar cualquier medida que le afecte, se tenga en cuenta de forma prioritaria y prevalente sus intereses.

- En tercer lugar, el interés del menor tiene una vocación procedimental que supone que deben exigirse las garantías procesales en la adopción de cualquier medida que afecte al menor; la intervención de profesionales cualificados, la participación de progenitores, tutores o representantes legales y del Ministerio Fiscal en cuanto al derecho de los menores a ser oídos y escuchados en cualquier procedimiento que les afecte; así como que, en la motivación de la resolución judicial, se incluyan los criterios, los elementos de ponderación aplicados y los recursos que pueden interponerse para revisar la decisión judicial cuando no se haya tenido en cuenta el interés superior del menor.

- En último término, se establecen una serie de elementos de ponderación que no son *numerus clausus* ya que, expresamente, el apdo. f) del art. 2.3 de la LOMP permite acudir a otros elementos de ponderación que sean pertinentes y respeten los derechos de los menores en el caso concreto de que se trate, los cuales contribuyen a esclarecer la labor del operador jurídico en la aplicación del interés del menor, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad<sup>113</sup>.

El art. 9 de la LOPM regula el derecho del menor a ser oído y también manifiesta que ha de ser escuchado en cualquier ámbito o procedimiento que le afecte, de tal manera que la opinión del menor debe tenerse en cuenta.

---

<sup>113</sup> O'CALLAHAN MUÑOZ, X. y FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M<sup>a</sup> B.: *La reforma del Derecho de la persona y de la familia: Jurisdicción Voluntaria y protección a la infancia y a la adolescencia*, Ed. Universitaria Ramón Arecés, Madrid, 2017, págs. 59 - 62.

Para ello, el menor debe ser informado en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias del motivo por el cual se requiere que manifieste su opinión, así como de las consecuencias (art. 9.1 de la LOPM, *in fine*).

El menor debe expresar su opinión sobre los temas que le afectan y que están siendo objeto de controversia ante el órgano judicial, así que las preguntas que le realice el juez irán dirigidas en ese sentido.

Se suele levantar un acta o se graba la audiencia en CD o DVD, para poder recurrir si ha existido alguna irregularidad o vulneración del principio del interés del menor (art. 9.2 de la LOPM).

El art. 9 de la LOPM vincula el ejercicio del derecho con la madurez del menor al señalar, en su apdo. 2º que: “*se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar ese derecho por sí mismo*”. Será el personal especializado el que valorará, en cada caso, la madurez del menor, atendiendo a su desarrollo evolutivo y su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto de que se trate y en todo caso, cuando el menor tenga 12 años cumplidos. En este sentido, la madurez del menor implica considerar y analizar si tiene suficiente aptitud intelectual y volitiva para que sus opiniones sean tenidas en cuenta.

El art. 9.3 de la LOPM dispone que la negativa, tanto en vía administrativa como judicial del derecho del menor a la audiencia o comparecencia, deberá ser motivada en interés superior del menor y comunicada a las partes implicadas indicando los recursos existentes al efecto, y además, deberá hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia del menor así como su valoración<sup>114</sup>.

Por su parte, el CC establece en su art. 92 apdo. 2º que: “*el juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento del derecho a ser oídos*”, a diferencia del antiguo

---

<sup>114</sup> O'CALLAHAN MUÑOZ, X. y FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Mª B.: *La reforma del Derecho de la persona y de la familia: Jurisdicción Voluntaria y protección a la infancia y a la adolescencia*, op. cit., págs. 76 - 80.

art. 92 que rezaba: *“las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán aportadas en beneficio de ellos, tras oírles si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de 12 años”*.

La nueva forma de expresión es mucho más acertada que la anterior, pues si bien antes reconocía la audiencia a todos los menores que tuvieran suficiente juicio, a continuación añadía que, en todo caso, se concedería audiencia a los mayores de 12 años, estableciendo una especie de presunción legal de madurez que podía no ajustarse a las circunstancias personales del menor.

La LECiv establece la forma en que debe desarrollarse esta audiencia judicial en su art. 770.4 último párr. al decir que: *“en las exploraciones de menores en los procedimientos civiles se garantizará por el juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas, y recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario”*.

Es el juez quien debe valorar, en cada caso particular, cuál de las formas de audiencia existentes: entrevista judicial, entrevista por profesionales cualificados, a través de sus representantes legales o de terceras personas, o mediante representante *ad hoc* designado por el propio menor, se adecua mejor a las circunstancias y desarrollo personal del menor, debiendo recabar, para ello, la ayuda de profesionales especializados que le orienten en la toma de la decisión adecuada.

Esta mención al auxilio de especialistas se refiere a los Equipos técnicos adscritos a los Juzgados de familia, o peritos psicólogos en aquellos casos en que no haya un juzgado especializado ni servicio adscrito a él.

Para adecuar este precepto a la LECiv, su art. 777.5 determina que esta audiencia tiene carácter potestativo y no forzoso, al exigirla *“cuando se estime necesario de oficio,*

o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial o del propio menor”<sup>115</sup>.

La Ley señala que la audiencia ha de hacerse en condiciones idóneas para la salvaguarda de los intereses del menor, teniendo en cuenta su situación y desarrollo evolutivo. Asimismo, tal audiencia ha de celebrarse sin interferencias de otras personas, cuidando de preservar la intimidad del menor, y de causarle cualquier perjuicio y efectos indeseados o traumáticos, recabando, si fuera necesario, el auxilio de especialistas<sup>116</sup>.

Supuesto distinto y expresamente previsto en la ley, es aquél en que la opinión del menor, excepcionalmente, no sea expresada por éste sino por otra persona cercana o de confianza, objetiva, que conozca esa opinión y sea quien la transmita al juez. Así, se podrá conocer la opinión del menor por medio de sus representantes legales o a través de otras personas. Estarán presentes también el representante del Ministerio Fiscal y el letrado de la Administración de Justicia, pero sin la presencia de las partes, de sus letrados y sus procuradores<sup>117</sup>.

El valor que hará el juez de la audiencia del menor dependerá, mayormente, del grado de discernimiento y madurez de éste.

La doctrina considera que las manifestaciones del menor no pueden vincular al juez, sino que se tendrán que tener en cuenta con el resto de las circunstancias del caso concreto, para resolver lo procedente.

La audiencia al menor supone que el juez obtiene información sobre su entorno, y conocer fundamentalmente quien de los progenitores es el que se encarga, de manera

---

<sup>115</sup> ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: “La audiencia del menor en el proyecto de Ley de la Jurisdicción voluntaria”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 895/2014 [BIB 2014/4112].

<sup>116</sup> BERROCAL LANZAROT, A. I.: “La audiencia del menor en los procesos judiciales”, *Revista La Ley Derecho de Familia*, núm. 7/2015.

<sup>117</sup> LÓPEZ JARA, M.: “La diligencia de exploración del menor en los procesos de familia”, *Revista La Ley Derecho de Familia*, núm. 20/2015.

habitual, del cuidado del menor y así decidir sobre a quién le corresponde la guarda y custodia.

En el caso de que el menor supere la edad de quince años, se tendrá muy en cuenta su voluntad, pues se encuentra próximo a la mayoría de edad.

Lo fundamental para tener en cuenta la voluntad del menor es que se manifieste de forma convincente y rotunda, lo que sirve para considerar si tiene la madurez requerida por la ley<sup>118</sup>.

### **III.- ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA A UN TERCERO O A UNA ENTIDAD PÚBLICA**

Se trata de una solución que está prevista como medida provisional en el art. 103.1º del CC, en los siguientes términos:

*“Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez”.*

Sin embargo, no se recoge en los arts. 91 y ss. del mismo cuerpo legal, así que, excepcionalmente, en la demanda o contestación puede solicitarse que la guarda y custodia de los menores se atribuya a una tercera persona, cuando el progenitor que hace esta petición no esté en condiciones de asumir dicha guarda, y considere que la atribución de la misma al otro progenitor no es beneficiosa para los menores. Uno de los casos más frecuentes es aquel en el que los hijos, con anterioridad a la ruptura matrimonial o incluso desde la misma, han venido conviviendo con un pariente cercano (tíos o abuelos) y han

---

<sup>118</sup> RODA Y RODA, D.: *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad, el derecho del menor a ser oído*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pág. 244.



encontrado en ese entorno familiar la estabilidad necesaria para el desarrollo físico, moral o intelectual<sup>119</sup>.

En medidas provisionales no puede privarse a los progenitores de la patria potestad, ya que se requiere de sentencia firme de separación o divorcio que constate la existencia de causa legal que ampare la privación, si bien, lo que se puede es suspender el ejercicio de la patria potestad y decidir, en interés del menor, que quede al amparo de otros familiares o de una institución idónea para ello.

La atribución de la guarda y custodia a un tercero tiene carácter temporal, y se mantendrá mientras duren las circunstancias que aconsejaron su adopción.

No es preciso que esta medida se adopte en un proceso matrimonial, pudiendo ser establecida en situaciones ajenas a crisis matrimoniales dado que su fin es la protección del interés del menor<sup>120</sup>. Su fundamento se halla en las facultades concedidas a los jueces en el art. 158.4.º del CC, que establece que el juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier parte o del Ministerio Fiscal, dictará *“en general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios”*.

La excepcionalidad de acordar que abuelos, otros parientes y allegados, e incluso una institución idónea, asuman la custodia de los menores, es debido a que se considera una solución subsidiaria, cuando los progenitores no puedan hacerse cargo de los menores.

La concurrencia de cualquier tipo de discapacidad (mental, psicológica, física o sensorial) no es causa suficiente para la exclusión de un progenitor de la atribución de la

---

<sup>119</sup> Atribución de la guarda y custodia a un tercero que no sean los progenitores: SAP de Barcelona, Sección 12ª, 302/2015, de 7 de mayo de 2015 [JUR 2015\186500]; SAP de Segovia, Sección 1ª, 111/2017, de 10 de mayo de 2017 [JUR 2017\164652]; SAP de Madrid, Sección 22ª, 526/2018, de 15 de junio de 2018 [JUR 2018\224997]; SAP de A Coruña, Sección 6ª, 138/2018, de 30 de julio de 2018 [JUR 2018\285559] y SAP de Cáceres, Sección 1ª, 508/2018, de 29 de noviembre de 2018 [JUR 2019\30335].

<sup>120</sup> ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M. M.: “Atribución de la guarda y custodia del menor a un tercero, no a sus progenitores”, *Revista la Ley Derecho de Familia*, núm. 3/2014.

guarda y custodia, tanto sea exclusiva como compartida, si la dolencia que le aqueja no condiciona la conducta del progenitor en sus labores de atención y cuidado de los hijos.

Para valorar si esta discapacidad tiene incidencia en la atención y cuidado de los hijos, habrá que atender a los distintos medios de prueba, entre ellos, la exploración de los menores y de los progenitores, siendo muy relevante la prueba psicosocial.

En aquellos casos en que el padecimiento de ciertas enfermedades mentales derivan de haber vivido situaciones de violencia de género, ello no impedirá la atribución de la guarda y custodia exclusiva a favor de las víctimas<sup>121</sup>.

En el caso de los abuelos, no se trata del derecho a relacionarse con los nietos, sino de concederles funciones de educación, formación, salud, representación y administración de bienes, bajo la vigilancia de la autoridad judicial. Los abuelos podrían ostentar la figura del guardador familiar, al ejercer la guarda y custodia, mientras los progenitores siguen teniendo la patria potestad.

Otro de los motivos que da lugar a la atribución de estas funciones de guarda a terceros, es la imposibilidad de los progenitores de atender adecuadamente a sus hijos y por ende, las responsabilidades parentales, como una enfermedad, determinados tipos de trabajo, o incluso, algún tipo de adicción.

En la práctica se dictan muchas sentencias que otorgan la guarda a los abuelos:

- Así, la STSJ de Cataluña, 20/2016, de 4 de abril de 2016 [RJ 2016/3643], otorga la guarda a la abuela al acreditarse que es la medida más beneficiosa para los menores desamparados por el deterioro mental que padece la madre.

- La SAP de Barcelona, 546/2015, Sección 18ª, de 15 de julio de 2015 [AC 2015/1447], que otorga la custodia a los abuelos porque es la medida más

---

<sup>121</sup> CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: *Un nuevo derecho para las personas con discapacidad*, Ed. Olenjnik, Santiago, Chile, 2021, pág. 418.

conveniente para el menor, debido a que el padre no ha actuado responsablemente, ni tiene un plan de parentalidad y la madre padece un trastorno mixto de personalidad, así como bulimia y, aunque no ha perdido la patria potestad, no está capacitada para ejercer funciones parentales.

- La SAP de Madrid, Sección 24ª, 693/2014, de 16 de julio de 2014 [AC 2014/1555], otorga la guarda y custodia a los abuelos hasta que se superen las incapacidades de los progenitores.

- Y la la SAP de Orense, Sección 1ª, 90/2014, de 26 de marzo de 2014 [AC 2014/1784], sentencia muy interesante al poner de manifiesto el problema que puede surgir a la hora de otorgar la guarda a los abuelos debido a su edad, ya que cuando es muy avanzada se desaconseja. En este caso, los progenitores están suspendidos del ejercicio de la patria potestad, se otorga la guarda y custodia a los abuelos, y se insiste en las habilidades educativas, la capacidad de atender a las necesidades de la menor según sus especiales circunstancias y, sobre todo, de establecer unos vínculos estables y seguros, no suponiendo ningún obstáculo su edad.

Una vez que haya desaparecido el motivo que dio lugar a adoptar esta medida y que el juez considere que es lo más beneficioso para el menor, finalizará este período de guarda y custodia de terceras personas y la recuperarán los progenitores.

Ante la incapacidad de progenitores y de abuelos, se puede otorgar la guarda a una entidad pública, ante el riesgo de los menores por las deficiencias en la educación, alimentación, habitabilidad, es decir, sobre las cuestiones más básicas para su existencia (SAP de Asturias, Sección 1ª, 332/2015, de 18 de diciembre de 2016 [AC 2016/142])<sup>122</sup>.

---

<sup>122</sup> IGLESIAS MARTÍN, C. R.: “El derecho de estancia y comunicación de los menores en las crisis matrimoniales. Especial referencia en situaciones de custodia compartida”, *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 7/2018 [BIB 2018\10234].

El art. 172.4 del CC establece una guarda provisional del menor a cargo de la Entidad Pública, sin declaración previa de desamparo ni solicitud de progenitores, con el fin de garantizar la atención inmediata que necesite cualquier menor, comunicándolo al Ministerio Fiscal y procediendo a las diligencias pertinentes para identificar al menor, investigar sus circunstancias y constatar, en su caso, la situación de desamparo, para proceder a su declaración y adopción de la medida de protección procedente en el plazo más breve posible.

La guarda de menores a petición de los progenitores o de los tutores por circunstancias graves y transitorias se regula en el art. 172 *bis* del CC. Dicha guarda no podrá durar más de dos años, salvo supuestos excepcionales, siempre por interés superior del menor en las circunstancias del caso, transcurrido dicho plazo, el menor deberá regresar con sus progenitores. Si no se dan las circunstancias adecuadas, procederá la declaración de desamparo del menor. Ahora, se garantiza en esta guarda de los menores por la Entidad Pública, la prestación de los apoyos especializados que se pudiera necesitar en caso de discapacidad.

El art. 172 *ter* del CC es el que regula el acogimiento familiar y el acogimiento residencial como cauce para el ejercicio de la guarda del menor. El acogimiento familiar podrá tener lugar en la propia familia extensa del menor. Cuando es en familia ajena podrá ser especializado, entendiéndose por tal el que se desarrolla en una familia en la que alguno de sus miembros dispone de cualificación, experiencia y formación específica para desempeñar esta función respecto de menores con necesidades o circunstancias especiales con plena disponibilidad y percibiendo por ello la correspondiente compensación económica. Dicho acogimiento especializado puede dar lugar a una relación laboral del acogedor con la Entidad Pública.

El acogimiento familiar se prioriza con respecto al residencial, especialmente para los menores de seis años, y de manera casi absoluta para menores de tres años, salvo en supuestos de imposibilidad o cuando responda al interés superior del menor.

Se prevé una revisión cada seis meses de la situación del menor en relación con su familia de origen, *“tanto en lo que se refiere a su guarda como al régimen de visitas y otras formas de comunicación”* (art. 172.ter.2 del CC).

En ambos regímenes de acogida la Entidad Pública puede acordar *“estancias, salidas de fines de semana o de vacaciones con familias o con instituciones adecuadas a las necesidades del menor”*, procediéndose a la correspondiente delegación de guarda debidamente determinada (art. 172.ter.3 del CC).

La Entidad Pública podrá reclamar a los progenitores una cantidad de dinero en concepto de alimentos, para contribuir a los gastos derivados del cuidado y atención del menor, así como *“los derivados de la responsabilidad civil que pudiera imputarse a los menores por actos realizados por los mismos”*. Esta última previsión no parece tener en cuenta que, de acuerdo con el art. 1903 del propio CC, tanto los progenitores como los tutores responden de los daños causados por hijos y tutelados menores respectivamente sólo si están bajo su guarda o custodia, y, por definición, éste no es el caso<sup>123</sup>.

#### **IV.- LA CUSTODIA COMPARTIDA**

La custodia compartida se incorpora a nuestro derecho positivo con Ley 15/2005, si bien, el art. 92 del CC, no la define y se refiere a ella con distintos términos como guarda y custodia compartida (art. 92.5 y 8 del CC) o guarda conjunta (art. 92.7 del CC), consiste en la alternancia de los progenitores en la posición de guardador y beneficiario del régimen de comunicación y estancia con los hijos. Sería más adecuado denominarla guarda alterna, ya que se produce una sucesión o alternancia de los progenitores en la guarda de los menores, aunque la expresión más habitual es *“custodia compartida”*.

La custodia compartida puede acordarse por acuerdo de los progenitores, plasmado en el convenio regulador, o alcanzado en el transcurso del proceso judicial (art. 92.5 del

---

<sup>123</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “La guarda y el acogimiento de los menores”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 9/2015 [BIB 2015/4802].

CC). En base a tal consenso, el juez acordará la guarda compartida, así como las medidas para que se cumpla.

El juez podrá establecer la custodia compartida en un procedimiento contencioso si concurren tres presupuestos (art. 92.8 del CC):

- Que sea solicitada por uno de ellos.
- Que el Ministerio Fiscal emita un informe.
- Y que sólo de ese modo se proteja el interés del menor, es decir, que la custodia compartida sea el régimen más adecuado para el menor y no para sus progenitores.

Para tomar la decisión de adoptarla, el juez habrá de tener en cuenta las siguientes circunstancias:

- La capacidad de los padres para mantener un acuerdo de cooperación activo y de corresponsabilidad, las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda compartida, sólo cuando perjudiquen el interés del menor.

- La proximidad de los domicilios de los progenitores, de modo que queda garantizada la estabilidad del entorno de los menores.

- Y la capacidad de los progenitores para mantener un modelo educativo común, de manera que el cambio de un hogar a otro no afecte a la estabilidad de los menores.

Para valorar la conveniencia de tal medida tendrán una importancia decisiva los informes técnicos de especialistas que el juez puede pedir conforme al art. 92.9 del CC que no vinculan al juez.

Pero eso no significa que haya una primacía del régimen de custodia compartida sobre la custodia exclusiva de un cónyuge, pues lo que ha de primar es el sistema que, en el caso en concreto, se adapte mejor al interés del menor

Queda al arbitrio del juez decidir la periodicidad de la alternancia (semanal, mensual, semestral, etc.). Y en función de esta periodicidad, el juez puede establecer, en los términos que estime conveniente, el derecho del cónyuge que no convive con los hijos a comunicarse y relacionarse con ellos<sup>124</sup>.

La custodia compartida se basa en el concepto de coparentalidad, que supone una implicación, legal y física, de ambos progenitores en la crianza de los hijos, una alternancia o reparto de tiempos y estancias de los hijos con cada uno de sus progenitores. Por tanto, la custodia compartida significa que ambos progenitores, tras la separación o divorcio, y normalmente de mutuo acuerdo, tienen igual guarda física y una completa responsabilidad legal sobre el menor, de modo que ni los hijos vean fracturada su relación con los progenitores ni éstos se vean excluidos del ejercicio de sus derechos y deberes<sup>125</sup>.

La custodia compartida no implica necesariamente una alternancia de la residencia de los hijos con los progenitores en periodos iguales, pero sí en un tiempo que sea adecuado para cumplir con la finalidad de la custodia, debiendo existir una asistencia real a los hijos.

En el caso que se opte por la custodia compartida, el juez deberá pronunciarse sobre el régimen de estancia, relación y comunicación de los hijos menores con el progenitor durante el período que no conviva con cada uno, determinando el tiempo, modo y lugar para su ejercicio<sup>126</sup>.

---

<sup>124</sup> DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Comentario al art. 92 del CC”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Comentarios al Código Civil*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 936 - 954.

<sup>125</sup> GARCÍA GARNICA, M. C.: *Aspectos actuales de la protección jurídica del menor. Una aproximación interdisciplinar*, op. cit., pág. 65.

<sup>126</sup> BERROCAL LANZAROT, A. I.: “Los criterios para la atribución del régimen de guarda y custodia compartida”, *Revista La Ley Derecho de Familia*, núm. 3/2014.

En este sentido, la STS de 11 de febrero de 2016 mantiene la adopción del sistema de custodia compartida indicando que no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo que se han de suponer existentes en los litigantes, al no constar lo contrario. La custodia compartida conlleva, como premisa, la necesidad de que entre los progenitores exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que, pese a la ruptura afectiva de los progenitores, se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad<sup>127</sup>.

#### **IV.1.- Ventajas de la custodia compartida**

La custodia compartida tiene evidentes ventajas que la hacen preferible sobre la exclusiva:

- Se garantiza a los hijos la posibilidad de disfrutar de ambos progenitores, siendo el modelo de convivencia que más se acerca a la forma de vivir de los hijos durante la convivencia de los cónyuges, por lo que la ruptura resultará menos traumática.

- Se previenen determinados sentimientos negativos en los menores, como el miedo, el abandono, sentimiento de lealtad, sentimiento de culpa, sentimiento de negación, sentimiento de suplantación, etc.

- Se fomenta una actitud más abierta de los hijos hacia la separación de los progenitores que permite una mayor aceptación del nuevo contexto y se evitan situaciones de manipulación inconsciente o consciente.

- Se garantiza a los progenitores la posibilidad de seguir ejerciendo sus derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar, en igualdad de condiciones, en el desarrollo y crecimiento de los hijos, evitando así, el

---

<sup>127</sup> BECERRIL, D. y VENEGAS, M.: *La custodia compartida en España*, Ed. Dykinson, Madrid, 2017, págs. 103 - 105.



sentimiento de pérdida que tiene el progenitor no custodio cuando se atribuye la guarda y custodia al otro progenitor. Además, hay una equiparación entre ambos progenitores en cuanto a tiempo libre para su vida personal y profesional.

- No cuestiona la idoneidad de ninguno de los progenitores, por lo que cobra fuerza el mutuo acuerdo y la mediación, que habrán de fomentar las instituciones.

- Al garantizar a ambos progenitores su derecho a relacionarse y convivir con sus hijos, reduce considerablemente la litigiosidad entre los progenitores tras el divorcio.

- Obliga al diálogo y a las mutuas concesiones entre los progenitores separados, por el propio interés de ambos.

- Supone un régimen económico de pagos directos, lo que contribuye también a reducir las disputas.

- Favorece un aumento del nivel de vida de los hijos y supone un claro beneficio para la propia sociedad.

- Garantiza la convivencia de los hijos con ambos progenitores.

No obstante, también se alegan los inconvenientes de la custodia compartida para los hijos, como la posible inestabilidad de los menores producida por los continuos cambios de domicilio; los problemas de adaptación o integración a los nuevos núcleos familiares que se vayan creando por sus progenitores; y las dificultades para unificar criterios en las cuestiones más cotidianas de la vida de los menores<sup>128</sup>.

---

<sup>128</sup> GARCÍA GARNICA, M. C.: *Aspectos actuales de la protección jurídica del menor. Una aproximación interdisciplinar*, op. cit., págs. 68 - 70.

## IV.2.- La custodia compartida consensuada

La Ley 15/2005, de 8 de julio, concede gran importancia a los pactos que alcancen los progenitores en cuanto a la determinación del régimen de custodia de sus hijos. Estos pactos serán válidos y eficaces salvo que el juez compruebe que son dañosos para los menores, en cuyo caso, no los aprobará.

Así lo establece el apdo. 5 del citado art. 92 del CC cuando dice 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. El juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos”.*

El precitado art. dispone que se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia cuando así lo soliciten los progenitores en la propuesta de convenio regulador conforme lo establecido en el art. 90.a) del CC, que señala que el convenio regulador a que se refieren los arts. 81 y 86 del CC deberá contener, entre otros extremos, el relativo al 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; y también se acordará el ejercicio compartido cuando los progenitores lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento, bien reconvirtiendo el procedimiento contencioso en mutuo acuerdo por la vía establecida en el art. 777 de la LECiv, aportando al efecto el convenio regulador, o bien plasmando ese acuerdo en el acto de la vista a tenor de lo dispuesto en el art. 774-1º de la LECiv.

La expresión “se acordará” del apdo. 5º del art. 92 del CC, pese a su carácter imperativo, no obliga al juez a la aprobación del convenio, sino que valorará si ese acuerdo es beneficioso a los intereses del menor. Una vez garantizado el «*favor filii*», el juez al establecer la guarda conjunta, fundamenta su resolución adoptando las cautelas que sean necesarias, sin más especificaciones para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, “*procurando no separar a los hermanos*”. Este principio general carece de contenido imperativo, es más bien un *desideratum* que debe ceder ante el

principio del interés superior del menor, cuando los menores, por edad y circunstancias, manifiesten un deseo razonable de convivir con uno u otro progenitor, siempre que no impida el correcto desarrollo integral de la personalidad de los hermanos.

Entre las garantías que el juez debe realizar antes de acordar que el régimen de custodia sea o no compartido son, recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores que tengan juicio, si lo estiman conveniente y “podrá” recabar dictamen de especialistas<sup>129</sup>.

Caso de tratarse de una separación o de un divorcio de mutuo acuerdo (arts. 81.1 y 86 del CC), “se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia cuando así lo soliciten los progenitores en la propuesta de convenio regulador” (art. 92.4 y 5 del CC). La misma decisión podrán alcanzar “durante el transcurso del procedimiento” (art. 94.5 del CC), en cuyo supuesto podría pensarse en la transformación de un procedimiento contencioso (art. 81.2 y 86 del CC) en uno de mutuo acuerdo, o bien en la continuación del contencioso, pero habiéndose alcanzado acuerdo en este punto.

Ahora bien, aunque los progenitores estén de acuerdo en establecer una custodia compartida, al tratarse de una autonomía limitada, por ser una materia indisponible o de disponibilidad restringida y regida por el principio de prevalencia del interés del menor, el juez puede denegar la aprobación del convenio si lo estima lesivo en función del «favor filii», pues el art. 92.6 del CC indica que:

*“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”.*

Así, el juez deberá ponderar todas las circunstancias concurrentes y además de las que hemos visto, las siguientes:

---

<sup>129</sup> IVARS RUIZ, J.: *Guarda y custodia compartida. Aspectos procesales y sustantivos. Doctrina y Jurisprudencia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 139 - 143.

- Si los progenitores poseen la capacidad, disponibilidad y firme propósito de asumir la custodia compartida.

- Si los progenitores van a sostener una adecuada comunicación para adoptar las decisiones que redunden en beneficio y mejor interés del menor.

- Si existe una probabilidad real de conflictos futuros que hagan inoperable el acuerdo: p. ej., por la liquidación de la sociedad ganancial, etc.

- Cuáles son los verdaderos motivos y objetivos por los que la pareja ha solicitado la custodia compartida.

- Si la profesión, ocupación y oficio de los progenitores impedirá que efectivamente funcione el acuerdo.

- Si los ingresos económicos de ambos progenitores permiten cualquier costo adicional que engendre la custodia compartida.

- Si la ubicación y distancia entre ambos hogares afecta perjudicialmente la educación de los menores, etc.

Dada la importancia que tiene el convenio regulador en la guarda y custodia compartida, se ha tratado este asunto en el Capítulo II dedicado a la separación y el divorcio.

#### **IV.3.- La custodia compartida contenciosa**

Respecto a la custodia compartida, el apdo. 8 del art. 92 del CC dispone lo siguiente:

*“Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar*

*la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”.*

En opinión de PÉREZ CONESA<sup>130</sup>, del art. 92.8 del CC, no se desprende que compartir la custodia sea la normalidad, como afirma la jurisprudencia del TS, o que no tenga sentido cuestionar la bondad de este sistema. Tampoco considera que deba mantenerse por parte del órgano judicial ni una posición inicialmente proclive a la custodia compartida ni una posición contraria a la misma. Cree que aplicar el art. 92.8 del CC, referido a un proceso matrimonial contencioso, implica examinar, en cada caso concreto, qué régimen de guarda se adecúa mejor al interés superior del menor, no establecer la custodia compartida como el modelo de guarda deseable que tenga que concederse con normalidad. Sólo si ese régimen es el más conveniente para el menor, entonces deberá atribuirse cuando uno de los progenitores lo inste y, además, así deberá motivarse en la sentencia. Si otro régimen de custodia protege el interés del menor, el de custodia compartida no deberá adoptarse y ello hace que éste sea excepcional, conforme a la interpretación que realiza la autora del apdo. 8 del art. 92 del CC.

El legislador ha establecido dos exigencias, la primera de ellas, que exista informe favorable del Ministerio Fiscal y la segunda, que solo de esta forma se proteja adecuadamente el interés del menor.

Sin embargo, el informe desfavorable del Ministerio Fiscal no puede impedir que el juez acuerde la custodia compartida cuando, motivadamente, considere que es lo más adecuado para el menor y que *“solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”*. No puede prevalecer la opinión del Ministerio Fiscal, puesto que ello se ha considerado inconstitucional, al limitar la condición decisoria del juez.

En orden a determinar si el régimen de custodia compartida es la mejor forma de proteger el interés del menor, el juez, de oficio o a instancia de cualquiera de las partes, el Ministerio Fiscal o el Equipo Técnico, oirá al menor si éste tuviese suficiente juicio.

---

<sup>130</sup> PÉREZ CONESA, C.: *La custodia compartida*, Ed. Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2016, págs. 40 - 43.

Respecto de la conflictividad existente entre los progenitores como causa denegatoria de la custodia compartida habría que alegar que dicho motivo no debería ser suficiente para rechazar tal régimen, pues si bien no es el sistema ideal, tampoco lo es, para conseguir una relación pacífica, el de atribución exclusiva a uno de los progenitores. En definitiva, parece más correcto estimar que la conflictividad existente entre los progenitores sea valorada junto con otras circunstancias para determinar cuál es el régimen de custodia más idóneo para el menor. De establecerse la custodia compartida, debería atenderse al “*principio del progenitor más generoso*”, según el cual, habría de ser factor determinante para asignarla a uno u otro de los progenitores la capacidad respectiva que cada uno de ellos muestre para favorecer el contacto significativo y continuo del niño con el otro progenitor.

Nada se dice en la nueva regulación acerca de si el juez puede establecer de oficio la custodia compartida. El art. 117.4 de la CE admite la atribución a jueces y tribunales, por mediación de la ley, de otras funciones en garantía de cualquier derecho, distintas a la satisfacción de pretensiones. Por lo tanto, en garantía de cualquiera de los cónyuges (art. 90.2 del CC), de los hijos o del interés familiar más necesitado de protección (art. 103.1 y 3 del CC), la ley atribuye al juez que conozca de un proceso de separación, divorcio o nulidad matrimonial, potestades de tutela relacionadas con determinados efectos de la crisis matrimonial que han de ejercitarse en defecto, e incluso, en lugar de las propuestas por los litigantes sin limitación alguna, esto es, puede concederse la custodia compartida aunque no se haya solicitado por los progenitores. En resumen, el ámbito de la potestad jurisdiccional no se puede ver limitado por las pretensiones de las partes ni se deben establecer cautelas extraordinarias que supongan límite a la potestad jurisdiccional<sup>131</sup>.

El CC establece la posibilidad de que, con carácter excepcional y a petición de uno sólo de los progenitores que no esté incurso en ninguno de los procesos a que se refiere el art. 92.7 del CC, pueda acordarse régimen de custodia compartida.

---

<sup>131</sup> GARCÍA GARNICA, M. C.: *Aspectos actuales de la protección jurídica del menor. Una aproximación interdisciplinar*, op. cit., págs. 73 - 77.

La SAP de Madrid, Sección 22ª, de 15 de febrero de 2005<sup>132</sup>, sentó un importante precedente jurisprudencial, por cuanto la guarda y custodia fue adoptada por la AP sin que hubiera sido solicitada por ninguno de los progenitores<sup>133</sup>, si bien esta decisión apenas tuvo acogida en la jurisprudencia menor, el tema fue abordado en la STS 400/2016, de 15 de junio de 2016 [RJ 2016/2780], al tratar un caso en el que la AP acordó la custodia compartida sin haberlo solicitado ninguno de los progenitores, el TS entiende que es necesario que, para poder decidir sobre la custodia compartida es necesario que, al menos uno de los progenitores, la haya solicitado, por lo que devuelve los autos a la AP para que, sin alterar los términos del debate, resuelva el recurso de apelación, fundamentando que: *“Pero partiendo de la existencia de petición de parte, pues de no existir ésta por ninguno de los progenitores, difícilmente puede valorarse un plan contradictorio, adecuadamente informado, sobre el que decidir con fundamento en el interés de los menores, al no haber existido debate y prueba contradictoria sobre tal régimen de custodia. Así se desprende también del contenido de la STS de 9 de marzo de 2016 [RJ 2016/2014]”*.

#### **IV.3.A.- Requisitos para la adopción de la custodia compartida**

Los mismos criterios que sirven para rechazar la custodia compartida son los utilizados para, examinadas las circunstancias concurrentes, pronunciarse a su favor. Las resoluciones judiciales favorables al régimen de custodia compartida, atienden a diversas de las siguientes consideraciones:

- Que exista previo informe del Ministerio Fiscal y que así se protege el interés del menor.

---

<sup>132</sup> La SAP de Madrid, Sección 22ª, de 15 de febrero de 2005, establece un régimen relacional con la hija que ninguno de los progenitores había solicitado, para la adopción de una medida de esta naturaleza, aludiendo a los presupuestos normativos y a los elementos personales, familiares, materiales, sociales y culturales que concurren en una familia determinada, buscando lo que se entiende que es mejor para los hijos, para su desarrollo integral, su personalidad, su formación física y psíquica, teniendo presentes los elementos individualizados como criterios orientadores, sopesando las necesidades de atención, de cariño de los hijos menores, así como las de alimentación, educación y ayuda escolar, desahogo material, sosiego y clima de equilibrio para su desarrollo, las pautas de conducta de su entorno y sus progenitores, el buen ambiente social y familiar que pudieran ofrecerles, la ayuda laboral y sus afectos y relaciones con ellos, y en especial, si existe un rechazo, o una especial identificación, así como su edad y capacidad de autoabastecerse, etc. El juzgador de primera instancia estableció, como pauta, estos criterios orientadores y, una vez analizados y valorados los mismos, resolvió fijar un sistema de guarda y custodia compartida a favor de ambos progenitores con relación a la hija menor de edad.

<sup>133</sup> ROMERO COLOMA, A. M.: “La guarda y custodia compartida no solicitada por los progenitores: la adopción de la medida y su problemática jurídica”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 863/2013 [BIB 2013\1062].

- Que la resolución judicial esté motivada y que se fundamente en que sólo de esa forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.

- El juez antes de acordarla “*podrá*” solicitar, de oficio o a instancia de parte, dictamen de especialistas debidamente cualificados acerca de la idoneidad de la medida a adoptar, que tiene carácter facultativo y no preceptivo, siempre que el juez lo estime necesario. La prueba que consiste en aportar una pericial psicológica de parte debe ser valorada con cautela, porque puede evaluar únicamente a uno de los progenitores.

- El juez antes de adoptar cualquier medida sobre la custodia, deberá velar por el derecho de los hijos menores a ser oídos, conforme establece el apdo. 2º del art. 92 del CC. Así, la opinión de los menores mayores de doce años o menores con suficiente juicio será vital para el establecimiento de un régimen de guarda adecuado<sup>134</sup>.

- El establecimiento de la guarda no tiene que suponer, necesariamente, una distribución igualitaria del tiempo de permanencia de los hijos con ambos progenitores, sino que ha de establecerse en función de los intereses del menor y de la disponibilidad de los progenitores, adaptándolos a las jornadas laborales. Es doctrina del TS (STS 630/2018, de 13 de noviembre de 2018 [RJ 2018/4930]) que el sistema de custodia compartida no conlleva un reparto igualitario de tiempos sino que pretende un reparto lo más equitativo posible y atemperado con la diversidad de las jornadas laborales de los progenitores<sup>135</sup>.

- Debe analizarse, en cada caso concreto, las circunstancias que se produzcan, como la disponibilidad de tiempo de uno y otro progenitor para dedicarlo a los hijos; el aseguramiento de la estabilidad del menor en relación con la situación precedente, procurando la continuidad en el entorno; las relaciones con la familia amplia, el colegio, los amigos o la ciudad o barrio; cuál de los progenitores ofrece mayor garantía para que la relación con el otro progenitor se desarrolle con normalidad; el rol de dedicación a los

---

<sup>134</sup> IVARS RUIZ, J.: *Guarda y custodia compartida. Aspectos procesales y sustantivos. Doctrina y Jurisprudencia*, op. cit., págs. 150 y 151.

<sup>135</sup> DOMÍNGUEZ MARTÍN, A.: “Reparto de los tiempos en guarda y custodia compartida”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5/2019 [BIB 2019\2837].



hijos de uno y otro progenitor en la etapa de convivencia anterior a la separación; la garantía del equilibrio psíquico del menor, para que no se vea afectado por desequilibrios graves que afecten a uno de los progenitores; la constancia de que queda deslindada la idoneidad de la custodia con el interés por el uso de la vivienda o de otros beneficios económicos.

Los tribunales deberán continuar atendiendo a criterios necesarios para ajustar su decisión, desde la vinculación familiar de los hijos, el arraigo con el lugar de convivencia, la adaptación de los menores, la residencia, la situación laboral y la capacidad de los progenitores, la situación familiar en su conjunto, y similares.

- Debe valorarse la organización familiar y el posible ejercicio solidario de la patria potestad intentando que, en la práctica, se mantenga para los hijos similar situación a la anterior de la crisis matrimonial de los progenitores.

- Entre los progenitores debe haber un proyecto en común respecto a la educación y formación de los hijos, así como un ambiente de flexibilidad y una comunicación alejada de situaciones de conflicto familiar.

- Debe preservar la estabilidad del menor con la garantía de mantener su entorno habitual, para lo cual será importante que domicilios de los progenitores se encuentren próximos y continúen con los hábitos del menor y sus puntos de referencia.

- La guarda compartida requiere que exista la posibilidad de permanencia de ambos progenitores con el menor durante el periodo que le corresponde a cada uno permanecer con su hijo, por lo que los empleos de ambos progenitores tienen que ser compatibles con el desarrollo de la custodia compartida.

- Los medios económicos de ambos progenitores tienen que ser suficientes para sufragar los gastos que genere la custodia compartida, siendo positivo que ambos trabajen.

- La custodia compartida requiere que, durante la convivencia, la participación de ambos progenitores en el cuidado de los hijos haya sido compartida de una manera ecuánime.

- La voluntad de los menores es importante y a tener en cuenta, sin embargo, si no se muestran conformes la custodia compartida, no tiene porqué seguirse necesariamente<sup>136</sup>.

#### **IV.3.B.- Valor probatorio del informe técnico de los especialistas**

La prueba pericial persigue recabar juicios o valoraciones sobre hechos conforme a los principios de una ciencia o práctica que no vincula al juez, quien puede prescindir de esta prueba si no la estima conveniente. En este tipo de procedimientos, generalmente, se precisa de los gabinetes psicosociales adscritos al juzgado.

El art. 92.9 del CC se refiere a especialistas y éstos habrán de ser, sobre todo, médicos, psicólogos, psiquiatras, asistentes sociales o educadores, y este dictamen se debe caracterizar por lo siguiente:

- Ser un medio de prueba.
- Ser una prueba pericial, en la que los conocimientos científicos deben referirse a la psicología infantil y a las relaciones interpersonales.
- Puede ser acordado de oficio por el juez, ya que la consideración de la carga de la prueba como facultad exclusiva de las partes no se corresponde, en este caso, con la esencia del proceso civil, que permite al juez decretar de oficio medios de prueba que no han sido propuestos por las partes sin incurrir en vulneración alguna.

El valor probatorio de los informes de los especialistas es determinante en la práctica forense, fundamentalmente, el realizado por el gabinete adscrito al juzgado. Si

---

<sup>136</sup> IVARS RUIZ, J.: *Guarda y custodia compartida. Aspectos procesales y sustantivos. Doctrina y Jurisprudencia*, op. cit., págs. 207 - 215.

bien la apreciación del mismo debe realizarse por el juez conforme a las reglas de la sana crítica, en mínimas ocasiones, suele apartarse de lo propuesto en el mismo habida cuenta que se presume imparcial. La excepción sería los informes particulares, ya que la existencia de varios y contradictorios, puede plantear un problema respecto a la elección de unos sobre otros. La decisión del juez debe exigir un examen riguroso de todas y cada una de las pruebas de las que haya constancia<sup>137</sup>.

#### **IV.3.C.- El informe del Ministerio Fiscal**

De conformidad con los arts. 749 y 777 de la LECiv será preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor o tenga una discapacidad, y en el caso de la custodia compartida consensuada o contenciosa, el juez deberá recabar su informe, el cual no es vinculante.

En los procesos de separación y divorcio, el Ministerio Fiscal no es parte sino que actúa en la defensa de los intereses de los menores (art. 749.2 de la LECiv)<sup>138</sup>.

En virtud de la STC 185/2012, de 17 de octubre de 2012 [RTC 2012/185] el Tribunal Constitucional declaró *“inconstitucional y nulo el inciso "favorable" contenido en el art. 92.8º del CC, según redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio”* que disponía que *“excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”*.

A raíz de dictarse esta sentencia, los jueces recuperaron la potestad jurisdiccional de la que se habían visto privados y así, atribuir, sin ningún tipo de limitación, la guarda y

---

<sup>137</sup> IVARS RUIZ, J.: *Guarda y custodia compartida. Aspectos procesales y sustantivos. Doctrina y Jurisprudencia*, op. cit., págs. 151 y 152.

<sup>138</sup> IVARS RUIZ, J.: *Guarda y custodia compartida. Aspectos procesales y sustantivos. Doctrina y Jurisprudencia*, op. cit., pág. 119.

custodia compartida en los supuestos que estimen que es lo más beneficioso para los menores.

El TC considera en su sentencia de 17 de octubre de 2012 que el citado precepto vulneraba los arts. 117.3 y 24 de la CE. A tenor de lo dispuesto por el art. 92.8º del CC, el juez solamente podía otorgar la custodia compartida en el supuesto excepcional de que no concurriera el acuerdo de los progenitores cuando el Ministerio Fiscal emitía un informe favorable a su establecimiento, quebrándose así la citada norma constitucional, de forma que el órgano judicial no podía, tras valorar el conjunto de toda la prueba practicada en el procedimiento, conceder una custodia compartida aún a pesar de considerar que tal medida constituía lo más beneficioso para el menor. Es evidente que suponía una injustificada limitación a la potestad jurisdiccional que el art. 117.3 de la CE otorga, de forma exclusiva y excluyente, al Poder Judicial. Se trataba del único informe de los que emite el Ministerio Fiscal en todos los procedimientos en los que interviene en los diferentes órdenes jurisdiccionales al que el legislador le había atribuido el carácter vinculante.

Asimismo, según la STC, el hecho de que el tribunal denegara una custodia compartida como consecuencia de la emisión de un informe desfavorable del Ministerio Fiscal *“supone la infracción del derecho a la tutela efectiva, pues aunque la actuación del Ministerio Público está prevista para asegurar el bienestar de los hijos menores, el hecho de que el pronunciamiento judicial se haga depender de tal dictamen, menoscaba de facto el derecho a obtener una resolución sobre el fondo”*. El derecho a la tutela judicial efectiva está íntimamente relacionado con el derecho a obtener una sentencia motivada, que es una exigencia establecida en el art. 102.3 de la CE, obligación que no recae en el informe del Fiscal. Desde el punto de vista constitucional, el deber de motivación es inherente al ejercicio de la función jurisdiccional y forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva<sup>139</sup>.

---

<sup>139</sup> BAUTISTA LÓPEZ, J.: “Inconstitucionalidad de la necesidad de informe “favorable” del Ministerio Fiscal para el otorgamiento de la guarda y custodia compartida”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 854/2014 [BIB 2012\3474].

El TC estima que no existe ningún argumento que justifique que el legislador haya conferido un poder de veto al Ministerio Fiscal, ni tan siquiera el art. 39 de la CE podría esgrimirse como criterio en que basar la razonabilidad y proporcionalidad de la norma.

Siendo los presupuestos establecidos en el art. 92.8 del CC la falta de acuerdo de los progenitores al respecto, así como la prevalencia del interés de los menores, no se justifica que se limite la plena potestad jurisdiccional, sea favorable o no lo sea el informe del Fiscal, teniendo en cuenta que, además, ello no sucede cuando media acuerdo de los progenitores, pues, en tal caso, el art. 92.5 del CC tan sólo hace referencia a dicho informe, sin condicionarlo a que sea favorable. Es el juez quien, excepcionalmente, aun no dándose los supuestos del apdo. 5 del art. 92 del CC, a instancia de una de las partes, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo así se protege adecuadamente el interés superior del menor. De ahí que el TC afirme que la previsión normativa que exige el informe favorable debe ser declarada contraria al art. 117.3 de la CE.

A la inconstitucionalidad de semejante requisito también se llega por su colisión con el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la CE. Haciéndose depender la decisión judicial de un dictamen favorable del Fiscal, se cercena en la práctica el derecho a obtener una resolución sobre el fondo.

En definitiva, declarado inconstitucional y nulo el término “*favorable*” contemplado en el art. 92.8 del CC por las razones expuestas, si no se alcanza un consenso de los progenitores, el juez decidirá si establece la custodia compartida quien, antes de acordarla, deberá oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario, a las partes o miembros del Equipo Técnico Judicial o del propio menor<sup>140</sup> (art. 92.6 del CC).

---

<sup>140</sup> PÉREZ CONESA, M<sup>a</sup> C.: “Inconstitucionalidad del inciso “favorable” del artículo 92.8 del Código Civil relativo a la custodia compartida solicitada por un solo cónyuge (STC 17 de octubre de 2012)”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 9/2013 [BIB 2012\3457].

#### **IV.4.- La denegación del régimen de custodia compartida**

Hay algunas situaciones, muy frecuentes en la práctica, en las que no es conveniente, ni oportuna, la concesión de la custodia compartida:

- El peregrinaje de los hijos, que puede ser diario, semanal, quincenal, mensual, trimestral o semestral, que se produce cuando los progenitores tienen su residencia habitual distante uno de la otra, bien en pueblos o en ciudades lejanas entre sí, o incluso en países diferentes.

Estos traslados pueden afectar al desarrollo psicoemocional de los hijos, propiciando, incluso, una cierta confusión en ellos, sobre todo si son menores de muy corta edad. La custodia compartida, se convierte para los hijos en un trasiego que no les beneficia ni les aporta nada, desde el punto de vista psicológico. Los menores necesitan un punto de referencia espacial, un lugar fijo de permanencia y residencia, un domicilio estable, en definitiva, un domicilio familiar, no estar itinerantes, de viaje en viaje, con la consiguiente pérdida de tiempo para sus tareas escolares y en numerosas ocasiones, el ineludible desfase horario, con la subsiguiente alteración de las pautas generales de sueño y ocio.

Esta situación no puede ser valorada de forma positiva, ya que altera sustancialmente al menor, así como a su rendimiento académico, sometiendo su vida a un cambio incesante de domicilios y de hábitos cotidianos, lo cual es desaconsejable para su actividad diaria, tanto ocupacional, como de ocio y descanso o diversión, causando inestabilidad al menor.

Será fundamental determinar cuántos kilómetros de distancia se considera adecuada entre ambos domicilios, para establecer una custodia compartida, en la jurisprudencia existe bastante unanimidad, desaconsejando esta opción cuando la distancia entre las viviendas de los progenitores supera los 40 kilómetros.

Aunque no haya esa distancia, tampoco sería idónea la custodia compartida, cuando ambas viviendas están sitas en poblaciones diferentes, debido a que va a ser distinto el lugar donde los menores van a desarrollar su vida social y donde éstos tienen su círculo de amistades.

- Diferencias de estilos educativos de ambos progenitores, que es una de las razones que desaconseja la adopción de la custodia compartida, ya que su otorgamiento implica tensiones, enfrentamientos y desacuerdos constantes entre los progenitores, lo cual derivaría en una desarmonía permanente para los menores.

No es aconsejable la custodia compartida en aquellos supuestos en los que la relación o comunicación entre progenitores sea nula o de tan escasa entidad que las decisiones y los acuerdos en relación con los hijos queden desvirtuados. Cuando ambos progenitores discrepan en el modelo educativo que debe seguirse y, para resolver esa discrepancia, no hay una mínima posibilidad de acuerdo, sin que ni uno ni otro cedan en sus posturas, o sin efectuar mutuas concesiones en beneficio del menor, la custodia compartida no es óptima para el hijo, porque las relaciones entre los progenitores van a ser conflictivas, repercutiendo de forma negativa en el desarrollo psicoemocional del menor.

- La inestabilidad emocional del hijo, cuando el otorgamiento de la custodia compartida genera en el menor un perjuicio, un daño, concretados en su inestabilidad emocional y psicoafectiva, que redundaría en un peor rendimiento escolar, es evidente que hay que evitar la custodia compartida<sup>141</sup>.

- Horarios laborales o profesionales desajustados, si uno de los progenitores carece de flexibilidad horaria en su trabajo o profesión, de forma que le es imposible asumir las responsabilidades diarias que conllevan los menores porque sus obligaciones laborales no lo permiten, debe procurar que los menores estén durante ese tiempo con el otro progenitor y no con terceras personas. Asimismo, los dos progenitores deben tener un

---

<sup>141</sup> ROMERO COLOMA, A. M.: “Los inconvenientes para la concesión de la custodia compartida”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 873/2013 [BIB 2013\2423].

contacto cercano con los profesionales que están en contacto con el menor, como son los profesores, médicos o monitores, aunque el mismo se realice por separado<sup>142</sup>.

- Continuos enfrentamientos y discusiones entre los progenitores, que provoquen una mala relación entre ellos. La custodia compartida conlleva, como premisa, la necesidad que entre los progenitores exista una relación de mutuo respeto que, permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que, pese a la ruptura afectiva de los progenitores, se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad; y asimismo, que tengan aptitud y capacidad para desarrollar, de forma óptima, las funciones derivadas de la responsabilidad parental.

El juez valorará la relación que los progenitores mantengan entre sí y con sus hijos, si bien las relaciones entre ellos por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la custodia compartida. Solo serán determinantes cuando afecten negativamente en el interés del menor, como se produce en los casos de elevada conflictividad entre los progenitores, especialmente, en supuestos de violencia de género y cuando se produce una continua exposición del menor al enfrentamiento entre sus progenitores. En este sentido, la STS de 30 de octubre de 2014 no otorgó la custodia compartida porque la situación de conflictividad entre los progenitores la desaconsejaba<sup>143</sup>.

Un grave clima de desavenencias y de hostilidad entre los progenitores hace totalmente desaconsejable la viabilidad de esta medida familiar convivencial.

- En aquellos casos en que se ha decretado la suspensión, o la privación de la patria potestad del menor, o que el hijo haya sido dado en guarda, etc., el legislador ha privado de este derecho-deber a quienes carecen de los requisitos para ello, a los que podríamos

---

<sup>142</sup> NIETO MORALES, C., TORRES REVIRIEGO, M. R., ZAMORA SEGOVIA, M. L. Y HERNANDO RAMOS, S.: *Guía de intervención familiar en casos de separación, divorcio y protección de menores*, Ed. Dykinson, Madrid, 2016, pág. 96.

<sup>143</sup> BERROCAL LANZAROT, A I: Cuestiones controvertidas e implicaciones prácticas en torno a la guarda y custodia compartida, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 756/ 2016, págs. 2209 - 2212.



denominar “inidóneos”. Ello supone que nadie pueda ostentar una custodia compartida cuando el progenitor no tiene patria potestad, o aparece suspendida en su ejercicio, por la detección de la ausencia de cualidades personales, materiales y morales<sup>144</sup>.

#### **IV.5.- Respuesta jurisprudencial a la custodia compartida**

Pese a que muchos autores ya se mostraban a favor de la custodia compartida, lo cierto es que ha sido el TS quien ha establecido que es el sistema de custodia óptimo mediante la STS 257/2013, de 29 de abril de 2013 [RJ 2013/3269] en la que hace constar que: “[...] *habrá de considerarse normal e incluso deseable (la guarda compartida) porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores*”, reconociendo como un derecho natural de los hijos el vivir estrechamente relacionados con sus dos progenitores.

Dicha resolución casaba una SAP de Alicante, Sección 4ª, 334/2011, de 20 de octubre de 2011 [JUR 2012/223327] que denegaba una custodia compartida por considerar que dicho régimen era excepcional y el TS le reprochó que, las virtudes de este régimen las hubiera convertido en problemas, como: *“la exigencia de un alto grado de dedicación por parte de los padres y la necesidad de una gran disposición de éstos a colaborar con su ejecución”*, máxime cuando otros tribunales, como la AP de Barcelona ha establecido en varias resoluciones jurisdiccionales<sup>145</sup> que: *“no es suficiente aludir a la mala relación de los progenitores si no se analiza en qué medida la inexistencia de cauces normalizados para cumplir las obligaciones compartidas sean responsabilidad de la actitud intransigente de uno u otro, ni en qué grado tal la incomunicación puede afectar*

---

<sup>144</sup> ESQUIVIAS JARAMILLO, J. I.: “Custodia compartida y protección jurídica del menor: otra forma de verlo”, *Revista la Ley Derecho de Familia*, núm. 11/2016.

<sup>145</sup> En esta línea, de establecer la custodia compartida, aunque exista conflictividad entre los progenitores, están las sentencias siguientes: SAP de Barcelona, Sección 12ª, 235/2015, de 16 abril de 2016 [JUR 2015\156836]; SAP de Barcelona, Sección 12ª, 422/2016, de 27 mayo de 2016 [JUR 2016\193706]; SAP de Barcelona, Sección 12ª, 575/2016, de 20 julio de 2016 [JUR 2016\237226]; SAP de Barcelona, Sección 12ª, 461/2019, de 3 julio de 2019 [JUR 2019\211186]; SAP de Barcelona, Sección 12ª, 490/2019, de 16 julio de 2019 [JUR 2019\26531]; y la SAP de Barcelona, Sección 12ª, 550/2019, de 16 septiembre de 2019 [JUR 2019\273986], que dice que: *“Es cierto que las dos partes han pasado tiempo “queriendo ganar” al otro a través de una resolución judicial que dijera que ella era mejor madre o que él era mejor padre; esta situación se solventa por regla general con un sistema paritario de guarda en el que ambos son buenos padres, máxime cuando esta solución coincide con lo deseado por el hijo; por otro lado la guarda por tiempos iguales o “guarda compartida” suele evitar los conflictos de lealtades que en estos supuestos tienen los hijos respecto de uno u otro progenitor”*.

*al ejercicio de la responsabilidad parental conjunta*”. Por tanto, una mala relación entre los ex cónyuges no puede ser alegada como motivo para impedir que se establezca una custodia compartida.

En su argumentación jurídica, la STS 257/2013 trae a colación la STC 185/2012, de 17 octubre de 2012 [RTC 2012/185], que marcó el punto de inflexión para que el establecimiento de la custodia compartida no necesitara, de forma preceptiva, el informe favorable del Ministerio Fiscal.

Para establecer que la custodia compartida es el sistema que mejor protege el interés del menor, la referida STS recuerda los requisitos que deben concurrir que son los siguientes: la edad del menor, que los progenitores tengan un horario laboral compatible con su cuidado y que éstos, desde su nacimiento, hayan participado de forma efectiva y conjunta en su atención, siendo determinante también que los domicilios de ambos progenitores sean cercanos<sup>146</sup>. La STS 257/2013, de 29 de abril de 2013 presenta la peculiaridad de que no altera los pronunciamientos contenidos en la sentencia de la AP, incluido el relativo a la denegación de la custodia compartida, que no estima aplicable al caso, pero por razones distintas, en atención a las cuales, el órgano de apelación la había denegado. Dicho de otro modo, estima el recurso pero a los solos efectos de fijar la doctrina jurisprudencial que ha de regir en la interpretación y aplicación del art. 92, 5, 6 y 7 del CC, sin que ello entrañe consecuencia alguna en los pronunciamientos de la sentencia dictada en apelación.

La STS 257/2013, de 29 de abril de 2013 [RJ 2013/3269], fija de forma clara la interpretación que ha de realizarse del art. 92 CC, y lo hace posicionándose a favor de la custodia compartida<sup>147</sup>: *“la redacción del art. 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en*

---

<sup>146</sup> VARELA, C.: “Custodia compartida”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 870/2013 [BIB 2013\2115].

<sup>147</sup> FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J. M.: “La guarda y custodia compartida”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 4/2013 [BIB 2013\1426].

*tanto en cuanto lo sea*". Concluye la sentencia de 29 de abril de 2013 diciendo: "Se declara como doctrina jurisprudencial que la interpretación de los arts. 92, 5, 6 y 7 del CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar; que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque, en la práctica, pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del art. 92 del CC no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea"<sup>148</sup>.

Como acabamos de ver, la anterior sentencia del TS supuso la inversión de la tendencia jurisprudencial hasta el momento pues, si bien en distintas CCAA, como acontece en la Ley 25/2010, de 29 de junio, que aprueba el Libro II del CC de Cataluña, relativo a la persona y a la familia, ya se había regulado como preferente la custodia compartida, en las comunidades de derecho común continuaba siendo excepcional por aplicación del art. 92 del CC, exigiéndose además el informe favorable del Ministerio Fiscal.

En este sentido, es necesario referir las sentencias de la AP de Barcelona a las que aludía el TS en su sentencia, que establecieron la custodia compartida antes de que dictase doctrina al respecto y que son, la SAP de Barcelona, Sección 12ª, 86/2013 de 8 febrero de 2013 [JUR 2013\110203], "Dado que ambos progenitores pretenden la custodia de los

---

<sup>148</sup> La STS 495/2013, de 19 de julio de 2013 [RJ 2013/5002] vuelve a hacer referencia a la doctrina declarada por la ya citada de 29 de abril de 2013 en relación con la normalidad con la que debe admitirse el sistema de guarda y custodia conjunta "[...] para aproximarlos al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos [...]".

*niños y que ambos pueden ocuparse de ellos, sobre todo si comparten esa custodia, el art. 233-10.2 del CCCat hace procedente esa custodia compartida, aunque no necesariamente con un repartido del tiempo matemáticamente igual. Esa es la solución que mejor responde al interés de los menores a juicio del tribunal, criterio preferente según los arts. 236-4 y concordantes del CCCat, en sintonía con los arts. 3 de la Llei 8/1995, d'atenció i protecció dels infants i els adolescents, 39.2 de la CE, 24 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, 6.a del Convenio europeo de 1996 sobre los derechos del niño, y 3 de la Convención de Naciones Unidas de 1989”.*

La STS 257/2013, de 29 de abril de 2013 presenta la peculiaridad de que no altera los pronunciamientos contenidos en la sentencia de la AP, incluido el relativo a la denegación de la custodia compartida, que no estima aplicable al caso, pero por razones distintas, en atención a las cuales, el órgano de apelación la había denegado. Dicho de otro modo, estima el recurso pero a los solos efectos de fijar la doctrina jurisprudencial que ha de regir en la interpretación y aplicación del art. 92, 5, 6 y 7 del CC, sin que ello entrañe consecuencia alguna en los pronunciamientos de la sentencia dictada en apelación.

La STS 257/2013, de 29 de abril de 2013 [RJ 2013/3269], fija de forma clara la interpretación que ha de realizarse del art. 92 CC, y lo hace posicionándose a favor de la custodia compartida<sup>149</sup>: *“la redacción del art. 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea”*. Concluye la sentencia de 29 de abril de 2013 diciendo: *“Se declara como doctrina jurisprudencial que la interpretación de los arts. 92, 5, 6 y 7 del CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar; que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el*

---

<sup>149</sup> FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J. M.: “La guarda y custodia compartida”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 4/2013 [BIB 2013\1426].

*respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque, en la práctica, pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del art. 92 del CC no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea<sup>150</sup>”.*

Como acabamos de ver, la anterior sentencia del TS supuso la inversión de la tendencia jurisprudencial hasta el momento pues, si bien en distintas CCAA, como acontece en la Ley 25/2010, de 29 de junio, que aprueba el Libro II del CC de Cataluña, relativo a la persona y a la familia, ya se había regulado como preferente la custodia compartida, en las comunidades de derecho común continuaba siendo excepcional por aplicación del art. 92 del CC, exigiéndose además el informe favorable del Ministerio Fiscal.

En este sentido, es necesario referir las sentencias de la AP de Barcelona a las que aludía el TS en su sentencia, que establecieron la custodia compartida antes de que dictase doctrina al respecto y que son, la SAP de Barcelona, Sección 12ª, 86/2013 de 8 febrero de 2013 [JUR 2013\110203], *“dado que ambos progenitores pretenden la custodia de los niños y que ambos pueden ocuparse de ellos, sobre todo si comparten esa custodia, el art. 233-10.2 del CCCat hace procedente esa custodia compartida, aunque no necesariamente con un repartido del tiempo matemáticamente igual. Esa es la solución que mejor responde al interés de los menores a juicio del tribunal, criterio preferente según los arts. 236-4 y concordantes del CCCat, en sintonía con los arts. 3 de la Llei 8/1995, d'atenció i protecció dels infants i els adolescents, 39.2 de la CE, 24 de la Carta de derechos*

---

<sup>150</sup> La STS 495/2013, de 19 de julio de 2013 [RJ 2013/5002] vuelve a hacer referencia a la doctrina declarada por la ya citada de 29 de abril de 2013 en relación con la normalidad con la que debe admitirse el sistema de guarda y custodia conjunta “[...] para aproximarlos al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos [...]”.

*fundamentales de la Unión Europea, 6.a del Convenio europeo de 1996 sobre los derechos del niño, y 3 de la Convención de Naciones Unidas de 1989”.*

Y también estableció la custodia compartida la SAP de Barcelona, Sección 12ª, 179/2013 de 14 marzo de 2013 [JUR 2013\168836], al afirmar que: *“Es cierto que en ésta pedía la custodia tanto del hijo como de la hija, pero también lo es que la evolución de la situación, típica del derecho de familia, y los elementos nuevos aparecidos durante el proceso, en primera y en segunda instancia, hacen que en las materias regidas por la tuición de los intereses de los menores no opera esa inmutabilidad de pretensiones, igual que no rige la preclusión de prueba, según el art. 752.1 de la LECiv, porque rige el prevalente criterio del interés de los menores, de acuerdo con los arts. 236-4 y concordantes del CCCat, en sintonía con los arts. 3 de la Llei 8/1995, d'atenció i protecció dels infants i els adolescents, 39.2 de la CE, 24 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, 6.a del Convenio europeo de 1996 sobre los derechos del niño, y 3 de la Convención de Naciones Unidas de 1989”.*

Una vez que el TS dictó jurisprudencia, las sentencias de la AP de Barcelona que establecieron la guarda y custodia compartida fueron otras muchas<sup>151</sup>.

Así pues, no cabe duda de que para el TS, a pesar de la literalidad con que inicia la redacción del art. 92.9 del CC, no instaura un sistema de custodia individual con respecto a la cual la guarda conjunta implique un supuesto excepcional.

Siguiendo con los presupuestos establecidos en el mismo, además de los ya mencionados, solicitud de una de las partes e informe del Ministerio Fiscal, el juez *“podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”*. Es este criterio el que

---

<sup>151</sup> Las sentencias que establecen la custodia compartida son las siguientes: SAP de Barcelona, Sección 12ª, 137/2014, de 25 febrero de 2014 [JUR 2014\85439]; SAP de Barcelona, Sección 12ª, 455/2014, de 4 julio de 2014 [JUR 2014\237265]; SAP de Barcelona, Sección 18ª, 528/2014, de 14 julio de 2014 [JUR 2014\234601]; SAP de Barcelona, Sección 12ª, 506/2014, de 24 julio de 2014 [JUR 2014\237269]; SAP de Barcelona, Sección 12ª, 754/2015, de 18 noviembre de 2015 [JUR 2016\46753]; SAP de Barcelona, Sección 12ª, 812/2015, de 3 diciembre de 2015 [JUR 2016\20360]; SAP de Barcelona, Sección 12ª, 139/2016, de 25 febrero de 2016 [JUR 2016\127457]; SAP de Barcelona, Sección 18ª, 422/2016, de 27 mayo de 2016 [JUR 2016\193706]; SAP de Barcelona, Sección 18ª, 477/2016, de 13 junio de 2016 [JUR 2016\194291]; SAP de Barcelona, Sección 12ª, 464/2016, de 14 junio de 2016 [JUR 2016\197071]; SAP de Barcelona, Sección 12ª, 575/2016, de 20 julio de 2016 [JUR 2016\237226]; SAP de Barcelona, Sección 18ª, 620/2016, de 22 julio de 2016 [JUR 2016\213730]; SAP de Barcelona, Sección 18ª, 713/2016, de 3 octubre de 2016 [JUR 2017\34167]; SAP de Barcelona, Sección 12ª, 228/2017, de 2 marzo de 2017 [JUR 2017\196908]; SAP de Barcelona, Sección 12ª, 282/2017, de 15 marzo de 2017 [JUR 2017\197372]; SAP de Barcelona, Sección 12ª, 291/2017, de 16 marzo de 2017 [JUR 2017\183605]; SAP de Barcelona, Sección 18ª, 265/2017, de 24 marzo de 2017 [JUR 2017\130121]; SAP de Barcelona, Sección 18ª, 936/2017, de 21 noviembre de 2017 [JUR 2018\41333]; SAP de Barcelona, Sección 12ª, 664/2018, de 14 junio de 2018 [JUR 2018\218539]; SAP de Barcelona, Sección 12ª, 756/2018, de 5 julio de 2018 [JUR 2018\208879]; SAP de Barcelona, Sección 18ª, 562/2018, de 27 julio de 2018 [JUR 2018\247095]; SAP de Barcelona, Sección 18ª, 621/2018, de 25 septiembre de 2018 [JUR 2018\262911]; SAP de Barcelona, Sección 12ª, 881/2018, de 25 septiembre de 2018 [JUR 2018\262907]; SAP de Barcelona, Sección 12ª, 16/2019, de 15 enero de 2019 [JUR 2019\27750]; SAP de Barcelona, Sección 18ª, 46/2019, de 22 enero de 2019 [AC 2019\56]; SAP de Barcelona, Sección 18ª, 283/2019, de 4 abril de 2019 [JUR 2019\142554]; SAP de Barcelona, Sección 12ª, 249/2019, de 12 abril de 2019 [JUR 2019\144064]; SAP de Barcelona, Sección 12ª, 277/2019, de 25 abril de [JUR 2019\158443]; SAP de Barcelona, Sección 18ª, 330/2019, de 2 mayo de 2019 [JUR 2019\177316]; SAP de Barcelona, Sección 12ª, 292/2019, de 3 mayo de 2019 [JUR 2019\158237]; SAP de Barcelona, Sección 12ª, 374/2019, de 4 junio de 2019 [JUR 2019\176985]; SAP de Barcelona, Sección 12ª, 450/2019, de 28 junio de 2019 [JUR 2019\211541]; SAP de Barcelona, Sección 12ª, 461/2019, de 3 julio de 2019 [JUR 2019\211186]; SAP de Barcelona, Sección 12ª, 490/2019, de 16 julio de 2019 [JUR 2019\265314]; SAP de Barcelona, Sección 12ª, 511/2019, de 22 julio de 2019 [JUR 2019\229945]; SAP de Barcelona, Sección 18ª, 552/2019, de 29 julio de 2019 [JUR 2019\236468]; SAP de Barcelona, Sección 12ª, 531/2019, de 30 julio de 2019 [JUR 2019\264432]; SAP de Barcelona, Sección 12ª, 550/2019, de 16 septiembre de 2019 [JUR 2019\273986]; SAP de Barcelona, Sección 18ª, 690/2019, de 22 octubre de 2019 [JUR 2019\310916]; SAP de Barcelona, Sección 12ª, 655/2019, de 4 noviembre de 2019 [JUR 2019\312707]; SAP de Barcelona, Sección 12ª, 742/2019, de 12 diciembre de 2019 [JUR 2020\43237]; SAP de Barcelona, Sección 18ª, 842/2019, de 12 diciembre de 2019 [JUR 2020\46579]; SAP de Barcelona, Sección 12ª, 752/2019, de 16 diciembre de 2019 [JUR 2020\43080]; SAP de Barcelona, Sección 12ª, 9/2020, de 8 enero de 2020 [JUR 2020\53652]; SAP de Barcelona, Sección 18ª, 66/2020, de 28 enero de 2020 [JUR 2020\58400]; SAP de Barcelona, Sección 18ª, 78/2020, de 29 enero de 2020 [JUR 2020\58406]; SAP de Barcelona, Sección 12ª, 127/2020, de 2 marzo de 2020 [JUR 2020\104734]; SAP de Barcelona, Sección 12ª, 156/2020, de 11 marzo de 2020 [JUR 2020\160087]; SAP de Barcelona, Sección 18ª, 253/2020, de 13 mayo de 2020 [JUR 2020\188415]; SAP de Barcelona, Sección 18ª, 306/2020, de 26 mayo de 2020 [JUR 2020\223076]; SAP de Barcelona, Sección 18ª, 359/2020, de 9 junio de 2020 [JUR 2020\223038]; SAP de Barcelona, Sección 12ª, 306/2020, de 9 junio de 2020 [JUR 2020\219604]; SAP de Barcelona, Sección 12ª, 371/2020, de 22 junio de 2020 [JUR 2020\235923]; SAP de Barcelona, Sección 12ª, 485/2020, de 24 julio de 2020 [JUR 2020\311328]; SAP de Barcelona, Sección 18ª, 563/2020, de 9 septiembre de 2020 [JUR 2020\311319]; SAP de Barcelona, Sección 12ª, 555/2020, de 6 octubre de 2020 [JUR 2020\328755]; y SAP de Barcelona, Sección 12ª, 111/2021, de 25 febrero de 2021 [JUR 2021\91636].

debe tomarse en consideración para acordar un régimen de guarda y custodia, cualquiera que este sea. Si para que el interés del menor quede protegido se estima idónea la custodia conjunta, tal sistema será el que proceda; en caso contrario, se declarará improcedente. Por tanto, la prioridad por un régimen u otro queda determinada por el interés superior del menor y así se pone de manifiesto en la jurisprudencia.

La STS 961/2011, de 10 de enero de 2012 [RJ 2012/3642], con cita de la STS 94/2010, de 11 de marzo de 2010 [RJ 2010/2340], STS 84/2011, de 21 de febrero de 2011 [RJ 2011/2362] y STS 496/2011, de 7 de julio de 2011 [RJ 2011/5008], conforme a la cual, *“hay que precisar que todo régimen de custodia tiene sus ventajas y sus inconvenientes y que la primacía del sistema de custodia compartida que destaca la parte recurrente no es tal, pues lo que ha de primar es aquel sistema que, en el caso concreto, se adapte mejor al menor y a su interés, no al interés de sus progenitores, pues el sistema está concebido en el art. 92 como una forma de protección del interés de los menores cuando sus progenitores no conviven, no como un sistema de premio o castigo al cónyuge por su actitud en el ejercicio de la guarda”*. O bien, como indica la STS 261/2012, de 27 de abril de 2012 [RJ 2012/6105], *“el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de este”*.

Por esta razón, como se expone en la STS 370/2013, de 7 de junio de 2013 [RJ 2013/ 3943]: *“esta Sala ha venido repitiendo que la revisión en casación de los casos de guarda y custodia solo puede realizarse [...] si el juez a quo ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre, tal como afirma la STS 154/2012, de 9 de marzo de 2012, con cita de las SSTS 579/2011, de 22 de julio de 2011 y 578/2011, de 21 de julio de 2011”*. Por este motivo, si el recurrente en casación, a quien se ha denegado la custodia compartida en instancias anteriores, no alega en ningún caso la vulneración del principio del interés del menor y no justifica en el recurso de casación que la sentencia recurrida haya atendido incorrectamente al interés del menor, el motivo se desestima.



Asimismo, se ha consolidado la jurisprudencia que determina los criterios que deben concurrir para atribuir la guarda y custodia compartida<sup>152</sup>.

Así, la STS 623/2009, de 8 de octubre de 2009 [RJ 2009/4606], después de señalar que el CC contiene una cláusula abierta que obliga al juez a acordar la custodia compartida siempre en interés del menor y que resulta muy difícil concretar en qué consista este interés a falta de una lista de criterios, como ocurre en algunos Ordenamientos jurídicos, sostiene que, del estudio del derecho comparado: *“se llega a la conclusión que se están utilizando criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven”*<sup>153</sup>.

La línea abierta por la STS 758/2013, de 25 de noviembre de 2013 [RJ 2013/7873] da lugar a un criterio jurisprudencial que se refuerza en sucesivas sentencias

---

<sup>152</sup> PÉREZ CONESA, C.: “Doctrina formulada por el Tribunal Supremo en torno al sistema de custodia de los menores: primacía del que mejor se adapte al interés del menor, coincida o no con la compartida”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 7/2013 [BIB 2013\2004].

<sup>153</sup> Se han repetido esos mismos criterios en las siguientes sentencias: STS 100/2010, de 10 de marzo de 2010 [RJ 2010/2329]; STS 94/2010, de 11 de marzo de 2010 [RJ 2010/2340]; STS 496/2011, de 7 de julio de 2011 [RJ 2011/5008]; y STS 579/2011, de 22 de julio de 2011 [RJ 2011/5676].

posteriores<sup>154</sup>, si bien, en aras del interés superior del menor se destaca, en algunas de ellas, la necesidad de probar y justificar la conveniencia de este nuevo modelo.

Así, la STS 194/2016, de 29 de marzo de 2016 [RJ 2016/995] corrige a la AP por no conceder la guarda y custodia compartida y recuerda que debe seguirse la doctrina marcada por el TS: *“la sentencia, ciertamente, desconoce, como si no existiera, la doctrina de esta Sala y pone en evidente riesgo la seguridad de un sistema necesitado de una solución homogénea por parte de los tribunales a los asuntos similares”*.

Solo en el supuesto de que se den determinadas circunstancias (previstas, o no, en el art. 92.7 del CC) considera el TS conveniente rechazar la solicitud de la custodia compartida. Tal es el caso de que medie entre los domicilios de los progenitores una distancia tal que resulte muy perjudicial y gravosa para los afectados. Muestra de ello es la STS 115/2016, de 1 de marzo de 2016 [RJ 2016/736] y la STS 4/2018, de 10 de enero de 2018 [RJ 2018/61] que resuelve un caso similar.

---

<sup>154</sup> Las SSTS en las que concede la guarda y custodia compartida son las siguientes: STS 758/2013, de 25 de noviembre de 2013 [RJ 2013\7873]; STS 757/2013, de 29 de noviembre de 2013 [RJ 2013\7449]; STS 761/2013, de 12 de diciembre de 2013 [RJ 2013\7838]; STS 762/2014, de 17 de diciembre de 2014 [RJ 2014\74]; STS 200/2014, de 25 de abril de 2014 [RJ 2014\2651]; STS 368/2014, de 2 de julio de 2014 [RJ 2014\4250]; STS 566/2014, de 16 de octubre de 2014 [RJ 2014\5165]; STS 576/2014, de 22 octubre de 2014 [RJ 2014\5023]; STS 96/2015, de 16 de febrero de 2015 [RJ 2015\564]; STS 390/2015, de 26 de junio de 2015 [RJ 2015\2658]; STS 391/2015, de 15 de julio de 2015 [RJ 2015\2778]; STS 465/2015, de 9 de septiembre de 2015 [RJ 2015\4179]; STS 585/2015, de 21 de octubre de 2015 [RJ 2015\4784]; STS 658/2015, de 17 de noviembre de 2015 [RJ 2015\5392]; STS 9/2016, de 28 de enero de 2016 [RJ 2016\370]; STS 33/2016, de 4 de febrero de 2016 [RJ 2016\494]; STS 55/2016, de 11 de febrero de 2016 [RJ 2016\249]; STS 52/2016, de 11 de febrero de 2016 [RJ 2016\524]; STS 51/2016, de 11 de febrero de 2016 [RJ 2016\248]; STS 133/2016, de 4 de marzo de 2016 [RJ 2016\1399]; STS 138/2016, de 9 de marzo de 2016 [RJ 2016\972]; STS 172/2016, de 17 de marzo de 2016 [RJ 2016\847]; STS 194/2016, de 29 de marzo de 2016 [RJ 2016\995]; STS 242/2016, de 12 de abril de 2016 [RJ 2016\1336]; STS 251/2016, de 13 de abril de 2016 [RJ 2016\1339]; STS 369/2016, de 3 de junio de 2016 [RJ 2016\2330]; STS 433/2016, de 27 de junio de 2016 [RJ 2016\3717]; STS 751/2016, de 22 de diciembre de 2016 [RJ 2016\5999]; STS 110/2017, de 17 de febrero de 2017 [RJ 2017\483]; STS 135/2017, de 28 de febrero de 2017 [RJ 2017\606]; STS 370/2017, de 9 de junio de 2017 [RJ 2017\3152]; STS 519/2017, de 22 de septiembre de 2017 [RJ 2017\4731]; STS 579/2017, de 25 de octubre de 2017 [RJ 2017\4677]; STS 665/2017, de 13 de diciembre de 2017 [RJ 2017\5389]; STS 11/2018, de 11 de enero de 2018 [RJ 2018\104]; STS 22/2018, de 17 de enero de 2018 [RJ 2018\100]; STS 182/2018, de 4 de abril de 2018 [RJ 2018\1182]; STS 242/2018, de 24 de abril de 2018 [RJ 2018\1598]; STS 348/2018, de 7 de junio de 2018 [RJ 2018\2417]; STS 561/2018, de 10 de octubre de 2018 [RJ 2018\4285]; STS 630/2018, de 13 de noviembre de 2018 [RJ 2018\4930]; STS 654/2018, de 20 de noviembre de 2018 [RJ 2018\5376]; STS 124/2019, de 26 de febrero de 2019 [RJ 2019\631]; STS 215/2019, de 5 de abril de 2019 [RJ 2019\1791]; STS 637/2019, de 25 de noviembre de 2019 [RJ 2019\4885] y STS 311/2020, de 16 de junio de 2020 [RJ 2020\2294].

Y en la STS 527/2018, de 25 de septiembre [RJ 2018/3857], se manteniendo la custodia en favor de la madre<sup>155</sup>.

El razonamiento que fundamenta la sentencia podría utilizarse para llegar a la conclusión contraria, esto es, la atribución conjunta de la guarda y custodia a ambos progenitores, al no existir causas objetivas y trascendentales que aconsejaran un tratamiento distinto<sup>156</sup>.

La más reciente STS 175/2021, de 21 de marzo de 2021, recoge la línea jurisprudencia que ha venido siguiendo el TS y dice lo siguiente: *“Esta Sala se muestra totalmente favorable a la medida de la custodia compartida como mecanismo para mantener vivos los lazos de unión y afectividad inherentes a las relaciones entre los progenitores con sus hijos. En este sentido hemos establecido que:*

---

<sup>155</sup> Las SSTS en las que no concede la guarda y custodia compartida y por lo tanto, establecen la custodia exclusiva a favor de uno de los progenitores, son las siguientes: STS 257/2013, de 29 abril de 2013 [RJ 2013\3269]; STS 370/2013, de 7 junio de 2013 [RJ 2013\3943]; STS 515/2015, de 15 octubre de 2015 [RJ 2014\4894]; STS 619/2014, de 30 octubre de 2014 [RJ 2014\5268]; STS 409/2015, de 17 julio de 2015 [RJ 2015\2784]; STS 115/2016, de 1 marzo de 2016 [RJ 2016\736]; STS 130/2016, de 3 de marzo de 2016 [RJ 2016\2184]; STS 139/2016, de 9 marzo de 2016 [RJ 2016\840]; STS 143/2016, de 9 de marzo de 2016 [RJ 2016\842]; STS 162/2016, de 16 de marzo de 2016 [RJ 2016\1137]; STS 193/2016, de 29 de marzo de 2016 [RJ 2016\1133]; STS 263/2016, de 20 de abril de 2016 [RJ 2016\3664]; STS 265/2016, de 20 de abril de 2016 [RJ 2016\3847]; STS 283/2016, de 3 de mayo de 2016 [RJ 2016\2218]; STS 346/2016, de 24 de mayo de 2016 [RJ 2016\2284]; STS 350/2016, de 26 de mayo de 2016 [RJ 2016\2292]; STS 553/2016, de 20 de septiembre de 2016 [RJ 2016\4440]; STS 722/2016, de 5 de diciembre de 2016 [RJ 2016\5968]; STS 748/2016, de 21 de diciembre de 2016 [RJ 2016\5998]; STS 48/2017, de 26 de enero de 2016 [RJ 2017\251]; STS 155/2017, de 7 de marzo de 2017 [RJ 2017\705]; STS 413/2017, de 27 de junio de 2017 [RJ 2017\3077]; STS 442/2017, de 13 de julio de 2017 [RJ 2017\3622]; STS 518/2017, de 22 de septiembre de 2017 [RJ 2017\4868]; STS 529/2017, de 27 de septiembre de 2017 [RJ 2017\4111]; STS 567/2017, de 19 de octubre de 2017 [RJ 2017\4484]; STS 566/2017 de 19 de octubre de 2017 [RJ 2017\4485]; STS 595/2017, de 8 de noviembre de 2017 [RJ 2017\4766]; STS 4/2018, de 10 de enero de 2018 [RJ 2018\61]; STS 194/2018, de 6 de abril de 2018 [RJ 2018\1430]; STS 229/2018, de 18 de abril de 2018 [RJ 2018\2177]; STS 527/2018, de 25 de septiembre de 2018 [RJ 2018\3857]; STS 593/2018, de 30 de octubre de 2018 [RJ 2018\4742]; STS 122/2019, de 26 de febrero de 2019 [RJ 2019\635]; STS 58/2020, de 28 de enero de 2020 [RJ 2020\111].

<sup>156</sup> Las SSTS en las que no concede la guarda y custodia compartida y por lo tanto, establecen la custodia exclusiva a favor de uno de los progenitores, son las siguientes: STS 257/2013, de 29 abril de 2013 [RJ 2013\3269]; STS 370/2013, de 7 junio de 2013 [RJ 2013\3943]; STS 515/2015, de 15 octubre de 2015 [RJ 2014\4894]; STS 619/2014, de 30 octubre de 2014 [RJ 2014\5268]; STS 409/2015, de 17 julio de 2015 [RJ 2015\2784]; STS 115/2016, de 1 marzo de 2016 [RJ 2016\736]; STS 130/2016, de 3 de marzo de 2016 [RJ 2016\2184]; STS 139/2016, de 9 marzo de 2016 [RJ 2016\840]; STS 143/2016, de 9 de marzo de 2016 [RJ 2016\842]; STS 162/2016, de 16 de marzo de 2016 [RJ 2016\1137]; STS 193/2016, de 29 de marzo de 2016 [RJ 2016\1133]; STS 263/2016, de 20 de abril de 2016 [RJ 2016\3664]; STS 265/2016, de 20 de abril de 2016 [RJ 2016\3847]; STS 283/2016, de 3 de mayo de 2016 [RJ 2016\2218]; STS 346/2016, de 24 de mayo de 2016 [RJ 2016\2284]; STS 350/2016, de 26 de mayo de 2016 [RJ 2016\2292]; STS 553/2016, de 20 de septiembre de 2016 [RJ 2016\4440]; STS 722/2016, de 5 de diciembre de 2016 [RJ 2016\5968]; STS 748/2016, de 21 de diciembre de 2016 [RJ 2016\5998]; STS 48/2017, de 26 de enero de 2016 [RJ 2017\251]; STS 155/2017, de 7 de marzo de 2017 [RJ 2017\705]; STS 413/2017, de 27 de junio de 2017 [RJ 2017\3077]; STS 442/2017, de 13 de julio de 2017 [RJ 2017\3622]; STS 518/2017, de 22 de septiembre de 2017 [RJ 2017\4868]; STS 529/2017, de 27 de septiembre de 2017 [RJ 2017\4111]; STS 567/2017, de 19 de octubre de 2017 [RJ 2017\4484]; STS 566/2017 de 19 de octubre de 2017 [RJ 2017\4485]; STS 595/2017, de 8 de noviembre de 2017 [RJ 2017\4766]; STS 4/2018, de 10 de enero de 2018 [RJ 2018\61]; STS 194/2018, de 6 de abril de 2018 [RJ 2018\1430]; STS 229/2018, de 18 de abril de 2018 [RJ 2018\2177]; STS 527/2018, de 25 de septiembre de 2018 [RJ 2018\3857]; STS 593/2018, de 30 de octubre de 2018 [RJ 2018\4742]; STS 122/2019, de 26 de febrero de 2019 [RJ 2019\635]; STS 58/2020, de 28 de enero de 2020 [RJ 2020\111].

A) La adopción de la medida definitiva de la custodia compartida se halla condicionada al interés y beneficio de los menores y es reputada abstractamente beneficiosa, en tanto en cuanto: 1) Se fomenta la integración del menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia; 2) Se evita el sentimiento de pérdida; 3) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores; 4) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio de los menores.

En este sentido, las sentencias, 433/2016, de 27 de junio; 526/2016, de 12 de septiembre; 545/2016, de 16 de septiembre; 413/2017, de 27 de junio; 442/2017, de 13 de julio y 654/2018, de 30 de noviembre, entre otras.

B) No se trata de una medida excepcional, sino por el contrario normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea (sentencias 526/2016, de 12 de septiembre; 545/2016, de 16 de septiembre; 553/2016, de 20 de septiembre; 559/2016, de 21 de septiembre; 442/2017, de 13 de julio; 630/2018, de 13 de noviembre o 311/2020, de 16 de junio, entre otras).

C) Con este régimen se pretende acercar al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar a los padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental, así como participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos (sentencias 386/2014, 2 de julio; 393/2017, de 21 de junio; 311/2020, de 16 de junio y 559/2020, de 26 de octubre, entre otras).

D) Son criterios determinantes para enjuiciar su procedencia: la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven (sentencias 242/2016, 12 de abril; 369/2016, de 3 de junio; 545/2016, de 16 de septiembre; 559/2016, de 21 de septiembre; 116/2017, de 22 de febrero y 311/2020, de 16 de junio; entre otras muchas).

E) Como recogen las sentencias 433/2016, de 27 de junio y 166/2016, de 17 de marzo, que reproducen la doctrina sentada en la sentencia 9/2016, de 28 de enero, "la estabilidad que tiene el menor en situación de custodia exclusiva de la madre, con un amplio régimen de visitas del padre, no es justificación para no acordar el régimen de custodia compartida".

F) También hemos declarado que, para la adopción del sistema de custodia compartida, no se exige un acuerdo sin fisuras entre los progenitores, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo de los menores, así como unas habilidades para el diálogo que se deben suponer existentes (sentencias 545/2016, de 16 de septiembre; 559/2016, de 21 de septiembre; 23/2017, de 17 de enero, entre otras). Por otra parte, la existencia de desencuentros propios de la crisis de convivencia, tampoco justifican per se, que se desautorice este tipo de régimen de guarda y custodia. Sería preciso que existiese prueba de que dichas diferencias o enfrentamientos afectaran de modo relevante a sus hijos menores, causándoles un perjuicio (sentencia 433/2016, de 27 de junio).

*En definitiva, como señala la sentencia 318/2020, de 17 de junio de 2020: "en íntima relación con ese interés es cierto que la sentencia de 30 de octubre de 2014, rc. 1359/2013, a que hace mención la de 17 de julio de 2015, rc. 1712/2014, afirma que "esta Sala debe declarar que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura efectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad". Pero ello no empece a que la existencia de desencuentros, propios de la crisis matrimonial, no autoricen per se este régimen de guarda y custodia, a salvo que afecten de modo relevante a los menores en perjuicio de ellos.*

*Para que la tensa situación entre los progenitores aconseje no adoptar el régimen de guarda y custodia compartida, será necesario que sea de un nivel superior al propio de una situación de crisis matrimonial (STS de 16 de octubre de 2014, rec. 683/2013)*

*Insisten en esa doctrina las sentencias 433/2016, de 27 de junio, y 409/2015, de 17 de julio. En el mismo sentido, la sentencia 242/2018, de 24 de abril".*

Sin afirmarlo expresamente, el TS en sus sentencias configura la custodia compartida como el sistema normal y preferente frente a la custodia exclusiva, ya que considera que es el sistema de custodia deseable, el que mejor protege el interés del menor y el que debe adoptarse si no se objetiva la presencia de circunstancias que impidan su establecimiento.

El progenitor que solicita un sistema de custodia compartida no tiene que demostrar que ese régimen de custodia es el que mejor protege el interés del menor, pues jurisprudencialmente se considera el mejor sistema posible, lo que traslada la carga de la prueba en el proceso a la parte que sostiene que es perjudicial para el menor.

La posición del TS sobre la custodia compartida convierte a ésta en el sistema normal, ordinario y preferente y relega al sistema de custodia individual, exclusiva o monoparental a una opción de custodia extraordinaria, secundaria o subsidiaria, que solo cabe establecer cuando concurra en el proceso prueba inequívoca de que la custodia compartida es claramente perjudicial para los menores. Como no siempre habrá prueba concluyente sobre el carácter perjudicial de la custodia compartida, en muchas ocasiones, se establecerán judicialmente sistemas de custodia compartida sobre la base del principio «*in dubio, pro custodia compartida*», en la medida en que debe partirse de la presunción

de que la custodia compartida es el sistema de convivencia que mejor protege el interés de los menores.

La doctrina jurisprudencial del TS sobre la custodia compartida está produciendo consecuencias favorables, ya que ha unificado la doctrina de las AP y está generando seguridad jurídica en los tribunales<sup>157</sup>.

La jurisprudencia, como complemento del Ordenamiento jurídico, se ha expresado con una serie de sentencias que mantienen las mismas conclusiones y la custodia compartida no es excepcional.

La doctrina jurisprudencial advierte que se ha de acreditar que en el caso concreto no es factible la custodia compartida, para negar su aplicación.

La custodia compartida plantea muchas ventajas, ya que fomenta la integración de los menores con ambos progenitores, se evita el sentimiento de pérdida, no se cuestiona la idoneidad de los progenitores, y se estimula la cooperación de los progenitores, en beneficio de los menores, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia.

La doctrina jurisprudencial sobre la custodia compartida debe ser seguida por los jueces y tribunales que tienen que acordarla siempre que se den los requisitos necesarios, y se exige que se cumpla la doctrina jurisprudencial favorable a la guarda y custodia compartida<sup>158</sup>.

---

<sup>157</sup> GONZÁLEZ DEL POZO, J. P.: “La necesidad de una completa regulación de dos cuestiones trascendentales en la futura Ley estatal del Código Civil”, *Revista La Ley Derecho de Familia*, núm. 11/2016.

<sup>158</sup> O’CALLAGHAN MUÑOZ, X.: “Custodia compartida. Vigencia y práctica en el Código Civil. Aplicación jurisprudencial”, *Revista La Ley Derecho de Familia*, núm. 11/2016.

## **V.- LAS DISTINTAS RESPUESTAS A LA GUARDA Y CUSTODIA EN EL DERECHO CIVIL PROPIO DE LAS CCAA**

### **V.1.- La Ley 25/2010, de 29 de junio, que aprueba el Libro II del CC de Cataluña, relativo a la persona y a la familia<sup>159</sup>**

El art. 233-10 del CCCat trata del ejercicio de la guarda y dice lo siguiente:

- 1. “La guarda debe ejercerse de la forma convenida por los cónyuges en el plan de parentalidad, salvo que resulte perjudicial para los hijos.*
- 2. La autoridad judicial, si no existe acuerdo o si este no se ha aprobado, debe determinar la forma de ejercer la guarda, ateniéndose al carácter conjunto de las responsabilidades parentales, de acuerdo con el artículo 233-8.1. Sin embargo, la autoridad judicial puede disponer que la guarda se ejerza de modo individual si conviene más al interés del hijo.*
- 3. La forma de ejercer la guarda no altera el contenido de la obligación de alimentos hacia los hijos comunes, si bien es preciso ponderar el tiempo de permanencia de los menores con cada uno de los progenitores y los gastos que cada uno de ellos haya asumido pagar directamente.*
- 4. La autoridad judicial, excepcionalmente, puede encomendar la guarda a los abuelos, a otros parientes, a personas próximas o, en su defecto, a una institución idónea, a las que pueden conferirse funciones tutelares con suspensión de la potestad parental”.*

Por su parte, el art. 233-11 del CCCat establece los criterios para determinar el régimen y la forma de ejercer la guarda y dice:

- 1. “Para determinar el régimen y la forma de ejercer la guarda, es preciso tener en cuenta las propuestas del plan de parentalidad y, en particular, los siguientes criterios y circunstancias ponderados conjuntamente:*
  - a) La vinculación afectiva entre los hijos y cada uno de los progenitores, así como las relaciones con las demás personas que conviven en los respectivos hogares.*
  - b) La aptitud de los progenitores para garantizar el bienestar de los hijos y la posibilidad de procurarles un entorno adecuado, de acuerdo con su edad.*
  - c) La actitud de cada uno de los progenitores para cooperar con el otro a fin de asegurar la máxima estabilidad a los hijos, especialmente para garantizar adecuadamente las relaciones de estos con los dos progenitores.*
  - d) El tiempo que cada uno de los progenitores había dedicado a la atención de los hijos antes de la ruptura y las tareas que efectivamente ejercía para procurarles el bienestar.*
  - e) La opinión expresada por los hijos.*
  - f) Los acuerdos en previsión de la ruptura o adoptados fuera de convenio antes de iniciarse el procedimiento.*

---

<sup>159</sup> La Ley 25/2010, de 29 de junio, que aprueba el Libro II del CC de Cataluña, relativo a la persona y a la familia (BOE de 21 de agosto de 2010, núm. 203).

*g) La situación de los domicilios de los progenitores, y los horarios y actividades de los hijos y de los progenitores.*

*2. En la atribución de la guarda, no pueden separarse los hermanos, salvo que las circunstancias lo justifiquen.*

*3. En interés de los hijos, no puede atribuirse la guarda al progenitor contra el que se haya dictado una sentencia firme por actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas. En interés de los hijos, tampoco puede atribuirse la guarda al progenitor mientras haya indicios fundamentados de que ha cometido actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas”.*

Como se puede ver de los referidos arts., en el ordenamiento catalán no se establece, expresamente, la prevalencia por la custodia compartida, sino que, en el ejercicio de guarda establecido, prima la igualdad de ambos progenitores, con los siguientes caracteres:

- En primer término, hay que tener en cuenta el interés del menor (art. 233-8.3 del CCCat), pero partiendo de dos principios básicos: que no se pueden separar hermanos, excepto que las circunstancias lo justifiquen y que no se puede atribuir la guarda al progenitor que ha incurrido en determinados ilícitos penales (art. 233-11.2 y 3 del CCCat).

- En segundo lugar, hay que partir de la base de que la ruptura matrimonial no altera el régimen general de potestad compartida (art. 233-8.1 del CCCat).

- En tercer lugar, tiene preferencia el acuerdo de los progenitores, formalizado en un plan de parentalidad, siempre y cuando no sea perjudicial para los hijos (arts. 233-8.2 y 233-10.1 del CCCat).

- En cuarto lugar, si no se alcanza un acuerdo entre los cónyuges, o si el convenio presentado ante el juez no es aprobado al considerarlo perjudicial para los hijos, el principio general es el establecimiento de la guarda compartida, si bien se admite que la guarda se ejerza individualmente por uno de los progenitores si es mejor para los intereses de los hijos (art. 233-10.2 del CCCat).



- El juez tiene que tener en consideración los pactos en previsión de la ruptura y los pactos adoptados por los cónyuges después de la crisis matrimonial, pero deberán ponderarse con las demás circunstancias establecidas por el legislador.

En último término, de forma excepcional, la guarda de los hijos se puede establecer a favor de los abuelos, de otros parientes, de personas próximas, o a una institución idónea, a quienes se pueden conferir funciones tutelares con suspensión de la potestad parental<sup>160</sup>.

**V.2.- El Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el Título del “Código del Derecho Foral de Aragón”, el *Texto refundido de las Leyes Civiles Aragonesas*<sup>161</sup>**

El principio básico inspirador de la guarda y custodia en Aragón es el del interés superior del menor, de tal manera que, según dispone el art. 76.2 del CDFA, toda decisión o medida que afecte a los hijos menores deberá adoptarse en su beneficio. Una aplicación específica de este principio se encuentra en el art. 80.2 del CDFA que atribuye al juez la facultad de determinar, a la luz de las circunstancias concurrentes en cada caso, el régimen de custodia que mejor responda al concreto interés de los menores implicados.

El art. 76.1 del CDFA establece el principio, según el cual, el contenido de la autoridad familiar de los progenitores no debe resultar afectado por la ruptura de la convivencia. Ello conlleva la subsistencia de los derechos-deberes contemplados en el art. 65 del CDFA, al margen de que los progenitores contraigan nuevo matrimonio o constituyan una pareja estable no casada con un tercero.

Conforme al art. 76.5 del CDFA, son también principios inspiradores de esta materia el de libertad de pacto (formulado como principio general en el art. 3 del CDFA),

---

<sup>160</sup> GARRIDO MELERO, M.: *Derecho de Familia (Un análisis del Código Civil Catalán y su correlación con el Código Civil español)*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, págs. 427 a 428.

<sup>161</sup> El Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el Título del “Código del Derecho Foral de Aragón”, el *Texto refundido de las Leyes Civiles Aragonesas* (BA de 29 de marzo de 2011, núm. 67).

el de información recíproca (recogido, igualmente, en el art. 59.c del CDFA, en sede de efectos de la filiación) y el de lealtad en beneficio del menor.

Junto a los principios señalados, dos son los derechos esenciales sobre los que se fundamenta la Sección 3ª, tal y como se indica en el propio Preámbulo del CDFA: de una parte, el derecho de los hijos a un contacto directo y continuado con los progenitores (art. 76.3.a del CDFA); y de otra, el derecho de los progenitores a la igualdad en sus relaciones con los hijos (art. 76.3.b del CDFA). Ahora bien, en atención a lo dispuesto el art. 2.4 de la LOPJM, tales derechos habrán de supeditarse al interés superior de los hijos menores, en caso de no poder respetarse los diversos intereses concurrentes.

Asimismo, se revela fundamental el derecho de los menores a ser oídos y escuchados antes de adoptar cualquier decisión, resolución o medida que le afecte y, en particular, en lo atinente al régimen de guarda y custodia, siempre que tenga suficiente madurez y, en todo caso, si son mayores de doce años (arts. 76.4 y 80.2.c del CDFA, en relación con el art. 6 del CDFA y el art. 9 de la LOPJM).

En defecto de pacto de relaciones familiares, corresponde al juez establecer el régimen de custodia de los hijos menores o con capacidad modificada judicialmente que estén bajo la protección de los cónyuges que se van a separar o divorciar.

El art. 80.1.1 del CDFA dispone que cada uno de los progenitores o ambos de mutuo acuerdo podrán solicitar al juez la atribución de la guarda y custodia, individual o compartida, de los hijos menores o mayores con capacidad modificada judicialmente.

El apdo. 5º del referido precepto dispone que: *“la objeción a la custodia compartida de uno de los progenitores a la custodia individual no será base suficiente para considerar que la custodia compartida no coincide con el interés superior del menor”*.

La custodia compartida exige la fijación de un régimen de convivencia de cada progenitor con los hijos adaptado a la situación familiar que garantice el ejercicio de sus derechos y obligaciones en situación de igualdad (art. 80.1.2 del CDFA). Conforme establece el Preámbulo del CDFA, ello no implica, necesariamente, una alternancia por periodos iguales de convivencia, *“pero sí en un tiempo adecuado para el cumplimiento de la finalidad de la custodia compartida”*.

Partiendo de esta premisa, la diferencia entre la custodia compartida y la custodia individual radica en que esos períodos de tiempo tengan una duración y secuencia tales que permitan la participación directa y efectiva de cada uno de los progenitores en el desarrollo y educación de los hijos.

El apdo. 2 del art. 80 del CDFA no prioriza ninguna modalidad de custodia, atribuyéndole al juez la facultad de determinar, el régimen de custodia que mejor responda al interés de los hijos, según las circunstancias concretas de cada caso.

Para ello, como especifica el mismo art. 80.2 del CDFA, es primordial el plan de relaciones familiares que cada progenitor presente con la demanda o reconvención para concretar la forma en la que va a ejercer sus responsabilidades parentales tras la ruptura. Junto al referido plan, el juez también tendrá en consideración, los factores previstos en el precitado precepto que son los siguientes:

- a) La edad de los hijos, ya que las edades más tempranas, de 0 a 3 años, aconsejan la custodia individual, aunque no excluyen automáticamente la custodia compartida.
- b) El arraigo social y familiar de los hijos.
- c) La opinión de los hijos cuando tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años. El trámite de audiencia del menor deberá realizarse conforme a lo establecido en el art. 9 de la LOPJM.

- d) La aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos.
- e) Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los progenitores.
- f) La dedicación de cada progenitor al cuidado de los hijos durante el periodo de convivencia.
- g) Cualquier otra circunstancia especialmente relevante para el régimen de convivencia.

Respecto a la prueba practicada, el art. 80.3 del CDFFA, se ocupa de los informes periciales, debido a su importancia para permitir recabarlos al juez, ya sea de oficio o a instancia de parte, antes de adoptar la decisión sobre el régimen de custodia más acorde al interés de los hijos. El juez habrá de valorar los informes según las reglas de la sana crítica, aunque, según matiza la jurisprudencia, no está obligado a seguir su criterio, pudiendo apartarse de ellos cuando esté justificado y se razone adecuadamente. También es una prueba especialmente relevante la exploración judicial del menor.

En último término, según prevé el art. 80.4 del CDFFA, el juez no adoptará un régimen de custodia que implique la separación de los hermanos<sup>162</sup>.

**V.3.- La Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil<sup>163</sup> y la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores del País Vasco<sup>164</sup>**

La LRF establece que cada uno de los progenitores por separado, o de común acuerdo, podrá solicitar al juez, en interés de los menores, que la guarda y custodia de los

---

<sup>162</sup> CHAPARRO MATAMOROS, P. y MUÑOZ RODRIGO, G.: *Las crisis familiares*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, págs. 467 a 503.

<sup>163</sup> La Ley 5/2015, de 25 de junio, de *Derecho Civil Vasco* (BOE de 24 de julio de 2015, núm. 176).

<sup>164</sup> Ley 7/2015, de 30 de junio, de *relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores* (BOE de 24 de julio de 2015, núm. 176).

hijos e hijas menores o incapacitados sea ejercida de forma compartida o por uno solo de ellos. En consecuencia, es necesario que para que se conceda custodia compartida, sea solicitada por uno de los progenitores, ya que, si ninguno de ellos la pide, el juez no puede establecerla.

La solicitud del tipo que sea de guarda y custodia, se incluirá en el convenio regulador de mutuo acuerdo o en la demanda presentada por los cónyuges ante el juez y *“deberá ir acompañada de una propuesta fundada del régimen de desarrollo de la custodia, incluyendo la determinación de los períodos de convivencia y relación, así como las formas de comunicación con el progenitor no custodio y, en su caso, con los demás parientes y allegados”* (art. 9.1 de la LRF).

A diferencia de otras Leyes autonómicas, la LRF no establece la custodia compartida como modelo preferente, al establecer que: *“el juez, a petición de parte, adoptará la custodia compartida siempre que no sea perjudicial para el interés de los o las menores”* (art. 5.3 de la LRF). Por lo tanto, será el juez quien, según el caso en concreto, decida lo que considere necesario para los intereses del menor, respecto a quien ejercerá la guarda y custodia.

En el art. 9.3 de la LRF se enumeran las circunstancias que se han de tener en consideración para adoptar o no el régimen de custodia compartida; la práctica anterior de los progenitores; el número de hijos, su edad y opinión; el arraigo social, escolar y familiar; las circunstancias de cada progenitor, su voluntad y actitud; la ubicación de las viviendas; el resultado de los informes presentados; y cualquier otra circunstancia relevante.

No se otorgará la guarda, en cualquier modalidad, al progenitor condenado por sentencia firme por delitos cometidos contra los hijos o contra el otro progenitor, hasta la extinción de la responsabilidad penal<sup>165</sup> (art. 11.3 de la LRF).

---

<sup>165</sup> GIL RODRÍGUEZ, J. G.: *Manual de Derecho civil Vasco*, Ed. Atelier, Barcelona, 2016, págs. 108 a 110.

En base al principio de que quien puede lo más puede lo menos, reformulado en la máxima de quien pide lo más, solicita lo menos, se puede aplicar al supuesto de que si ambos progenitores solicitan para sí la custodia exclusiva, se podría establecer la custodia compartida aunque ninguno la hubiera solicitado.

La redacción del art. 9.2 de la Ley 7/2015 no vence al principio fundamental e inspirador de las medidas relativas a los procedimientos de familia, que es el beneficio del menor. Este precepto, interpretado literalmente, es más que discutible, en función de la incoherencia que plantea con los principios generales, máxime cuando se trata de una medida de «*ius cogens*».

Por lo tanto, si ninguno de los cónyuges ha solicitado la custodia compartida, ni siquiera de manera subsidiaria y el juez considera que lo más beneficioso es otorgarla, podría hacerlo, aunque la literalidad del art. citado diga que tiene que ser a instancia de parte.

Es relevante tener en cuenta las pernoctas del menor en los domicilios de los progenitores, pues si durante la semana no pernocta ni un solo día con uno de los progenitores, produciéndose esta circunstancia sólo los fines de semana alternos, no puede considerarse una custodia compartida, ya que la pernocta es importante para determinar la convivencia del menor con cada progenitor, aunque no es lo único a tener en cuenta, pues pueden darse casos de progenitores que pasan todas las tardes semanales con sus hijos hasta las 21.00 hs.

Aunque lo habitual es que cada progenitor disfrute de la mitad del tiempo con su hijo, no se trata de un requisito inflexible, sino que debe adecuarse a las necesidades de cada familia, aunque debe acercarse lo más posible a un reparto equitativo de tiempos de convivencia, pues la convivencia con el menor es fundamental para educar, cuidar y formar<sup>166</sup>.

---

<sup>166</sup> AYERRA MICHELENA, K.: *Derecho Civil Vasco de Familia, Comentario crítico a la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2016, págs. 136 - 138 y 288 y 289.

#### **V.4.- La Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de la *Compilación Foral de Navarra o Fuero Nuevo*<sup>167</sup>**

En Navarra, el juez debe supervisar los pactos presentados por los cónyuges de mutuo acuerdo o, a falta de consenso, establecer el régimen más conveniente de custodia en atención al interés superior del menor.

El juez goza de cierta flexibilidad, y podrá descomponer las distintas facultades y deberes que comporta la autoridad parental y atribuirlos individualmente a cada cónyuge, así como buscar apoyo en la nueva figura del “*coordinador de parentalidad*”, a los efectos de proporcionar el seguimiento de los cambios en las circunstancias que puedan sobrevenir en el futuro.

En todo caso, dará prioridad a la preferencia de los intereses de los hijos con capacidad judicialmente modificada, así como al principio de igualdad de los cónyuges en sus futuras relaciones con los hijos, con el fin de fomentar la corresponsabilidad parental.

La decisión judicial sobre el tipo de custodia que se establezca, se encuentra a su vez controlada por la serie de limitaciones legales establecidas en la ley 71.9 del FN, que dispone como criterio general lo siguiente:

- *“Si decide la custodia compartida, el juez fijará un régimen de convivencia de cada uno de los progenitores con los hijos, adaptado a las circunstancias de la situación familiar, que garantice a ambos progenitores el ejercicio de sus derechos y obligaciones en situación de equidad”.*

- *“Si decide la custodia individual, el juez fijará un régimen de comunicación y estancias con el otro progenitor que, atendiendo a las específicas circunstancias que le afecten, le garantice el ejercicio de las facultades y deberes propios de la responsabilidad parental que tenga atribuidos conforme a las leyes de esta Compilación”.*

---

<sup>167</sup> La Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la *Compilación Foral de Navarra o Fuero Nuevo* (BOE de 8 de junio de 2019, núm. 137).

El juez, al establecer la guarda y custodia individual o compartida, debe recabar información a través de una serie de elementos relevantes, entre los que se encuentran las propuestas de planificación presentadas por los progenitores y los informes periciales de los equipos técnicos psicosociales, que serán valorados libremente por aquél. Además, oirá al Ministerio Fiscal, aunque su informe no será vinculante y a las personas que puedan aportar otras informaciones relevantes.

Por último, la ley 71 del FN señala también una serie de circunstancias que enumera a modo de “*factores*” a tener en cuenta para apoyar la decisión judicial acerca del tipo de custodia más conveniente para los menores, que no figuran en el art. 92.5 del CC, y que tratan sobre características de los hijos (p. ej., la edad, su opinión) o de los progenitores (como la disponibilidad real para dedicarse a la labor de custodia, o las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral) así como otras cuestiones<sup>168</sup> (p. ej., la conveniencia de no separar a los hermanos, el régimen de visitas de otras personas, o la posibilidad de confiar la guarda a terceros).

## **VI.- LA GUARDA Y CUSTODIA EN EL DERECHO COMPARADO DE LOS PAÍSES DE NUESTRO ENTORNO JURÍDICO-CULTURAL: FRANCIA, ITALIA Y PORTUGAL**

### **VI.1.- La guarda y custodia en Francia**

El art. 373-2-9 del CCF<sup>169</sup> dispone que la residencia del hijo, en caso de divorcio, podrá fijarse en el domicilio de uno de los progenitores o de manera alterna en el domicilio de cada uno de ellos.

---

<sup>168</sup> CHAPARRO MATAMOROS, P. y MUÑOZ RODRIGO, G.: *Las crisis familiares*, op. cit., págs. 581 - 616.

<sup>169</sup> *Code Civil* francés que incluye las reformas siguientes: Loi 70-459 de 4 de junio de 1970; Loi 2002-305 de 4 de marzo de 2002; Loi 2004-439 de 26 de mayo de 2004; Loi 2016-1547 de 18 de noviembre de 2016; Loi 20149-1480 de 28 de diciembre de 2019; y Loi 2020-936 de 30 de julio de 2020.



En caso de desacuerdo entre los cónyuges, el juez podrá determinar provisionalmente la residencia de manera alterna y fijará su duración.

Los progenitores podrán establecer el modo de regular la guarda de sus hijos a medio de una propuesta de convenio regulador que será homologada por el juzgador, siempre y cuando no perjudique los intereses de los hijos; en caso de desacuerdo entre los progenitores, decidirá el juez.

La guarda y custodia exclusiva para uno de los progenitores y el derecho de visita sólo será objeto de suspensión o modificación en casos graves de riesgo para la integridad del menor, si bien el progenitor sigue teniendo derecho a resultar informado de las decisiones importantes que atañen a sus hijos.

En un contexto conflictivo o de violencia entre los progenitores, los arts. 373-2-1 y 373-2-9 del CCF disponen que, si el interés del hijo lo exige o si existe algún riesgo para la integridad de uno de los progenitores, el juez adoptará las medidas y garantías necesarias, entre ellas, que las visitas se realicen en un punto de encuentro designado, o con la presencia de un tercero, o con un representante cualificado<sup>170</sup> (art. 373-2-1 y art. 373-2-9 del CCF).

El juez puede también adoptar, ante circunstancias excepcionales, que tras el fallecimiento del progenitor custodio, el hijo no conviva con el supérstite, confiando su custodia a un tercero de manera provisional<sup>171</sup> (art. 373-3 del CCF).

---

<sup>170</sup> MALLEVAEY, B.: “Audition et discernement de l'enfant devant le juge aux affaires familiales. Remise du rapport à la mission de recherche Droit et justice”, *AJ famille*, núm. 3/2019.

<sup>171</sup> Dalloz, Lefebvre Dalloz: “Le droit de famille”; “Les cas de divorce”, 2021; “Le jugement de divorce”; “Le divorce et ses effets (personnels et patrimoniaux)”, 2021; “L’ autorité parentale”, 2021.

## VI.2- La guarda y custodia en Italia

La Ley de 8 de febrero de 2006, núm. 24, *sobre custodia compartida*, establece como regla general la custodia compartida frente a la exclusiva, e incide sobre la regulación de la disciplina del uso de la casa familiar.

La superación de la regla de la custodia individual no significa que deba existir una identidad de los “*tiempos de permanencia a cargo de cada uno de los progenitores*” (art. 155, párr. 4.º del CCI), como confirma la necesidad de fijar la residencia del menor en la de uno de los progenitores. La prevalencia de la ubicación “*collocazione*” del hijo en el lugar en que habita uno de los progenitores ha permitido a la jurisprudencia salvaguardar la conexión de la decisión judicial sobre la asignación con el interés del menor a permanecer en la casa junto al progenitor con el que habita habitualmente<sup>172</sup>.

Con el término custodia compartida “*affidamento condiviso*” se garantiza el ejercicio de la responsabilidad parental por parte de ambos progenitores, así como el derecho del menor a mantener una relación equilibrada con ambos.

En derecho italiano, existe un tercer término denominado “*colocación del menor*”, es decir, a quién se otorga la residencia del menor y por ende su cuidado cotidiano, es decir, lo que en nuestro derecho conocemos como la guarda y custodia.

En la mayor parte de las ocasiones, el cuidado cotidiano de los menores, se otorga a la madre a quién en general, también se otorga el uso de la casa familiar<sup>173</sup>.

El art. 336 bis del CCI establece que un menor de edad que haya cumplido los doce años, o menos si tiene capacidad de discernir, será oído por el Presidente de la Corte o el juez principal en el procedimiento en el que se deben tomar medias con respecto a él.

---

<sup>172</sup> VERDA BEAMONTE, J. R. Y CARAPEZZA FIGLIA, G.: “El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 752/2015, págs. 3.387 a 3.414.

<sup>173</sup> LÓPEZ-MUELAS, L. y ZABALGO, P.: “La regulación de la patria potestad y la guarda y custodia en el Derecho comparado”, *Diario La Ley*, núm. 9443/2019 [7670/2019].

### VI.3- La guarda y custodia en Portugal

En Portugal, el tribunal determinará la residencia del hijo y el derecho de visita, de acuerdo con el interés del menor, teniendo en cuenta las circunstancias relevantes y, eventualmente, el acuerdo de los progenitores y la disponibilidad manifestada por cada uno de ellos para promover la relación con los hijos (art. 1906.5 del CCP).

Cuando el interés superior del hijo lo aconseje y ponderadas todas las circunstancias relevantes, el tribunal podrá determinar la residencia alterna del hijo con cada uno de los progenitores, independientemente del acuerdo de los cónyuges en ese sentido y sin perjuicio de fijación de una pensión de alimentos (art. 1906.6 del CCP).

El progenitor que no ejerza, en todo o en parte, las responsabilidades parentales, tiene el derecho de ser informado sobre el modo de su ejercicio, en concreto, sobre la educación y condiciones de vida del hijo (art. 1906.7 del CCP).

El tribunal tomará su decisión, siempre en armonía con el interés del menor, haciendo hincapié en el deber de mantener una relación de gran proximidad con los dos progenitores, promoviendo y aceptando los acuerdos o toma de decisiones que favorezcan las oportunidades de contacto con ambos y el reparto de responsabilidades entre ellos (art. 1906.8 del CCP). El tribunal oirá al menor en los términos previstos en los arts. 4 y 5 del Régimen General del Proceso Tutelar Civil<sup>174</sup> (art. 1906.9 del CCP<sup>175</sup>).

---

<sup>174</sup> MARTINS LEITAO, H.: *Da acção de divórcio e da separação judicial de pessoas e bens*, Elcla Editora, Porto, 2007, págs. 33 a 56.

<sup>175</sup> *Código Civil*, DL 47344, aprobado por Decreto- Ley 47 344, de 25 de noviembre de 1966 que incluye las reformas siguientes: Decreto-Lei 496/77, de 25 de noviembre de 1977; Ley 84/1995, de 31 de agosto de 1995; Ley 61/2008, de 31 de octubre de 2008; Ley 122/2015, de 1 de septiembre de 2015; Ley 43/2017, de 14 de junio de 2017; Lei 65/2020, de 4 de noviembre de 2020.

## VII.- LA INCIDENCIA DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN LA GUARDA Y CUSTODIA

La Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, *de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia*<sup>176</sup> modifica el art. 92 del CC para reforzar el interés superior del menor en los procesos de separación y divorcio, así como para asegurar que existan las cautelas necesarias para el cumplimiento de los regímenes de guarda y custodia.

Se modifica el art. 158 del CC, con el fin de que el juez pueda acordar la suspensión cautelar en el ejercicio de la guarda y custodia, establecido en resolución judicial o convenio judicialmente aprobado y, en general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas, con la garantía de la audiencia de la persona menor de edad.

Se denegará siempre la custodia conjunta cuando cualquiera de los cónyuges esté incurso en un proceso penal por haber atentado contra la vida, integridad física, moral o libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Y tampoco procederá cuando el juez advierta la existencia de indicios fundados de violencia doméstica. Si concurre alguna de estas circunstancias y sobre todo, si los menores manifiestan en su exploración, no querer la custodia compartida, se desestimará su atribución.

El art. 92 del CC afecta a ciertas medidas en caso de la existencia de un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, libertad o integridad de un cónyuge por otro o de los hijos que convivan con ambos, no procediendo en estos casos la guarda conjunta, en un intento de combatir la violencia doméstica. Incluso, el texto va más allá aplicándose la misma medida sin la existencia de un proceso penal en curso, sino con la existencia de los

---

<sup>176</sup> Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, *de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia* (BOE del 5 de junio de 2021, núm. 134).

llamados indicios fundados de violencia doméstica, advertidos por el juzgador de las alegaciones de las partes y pruebas practicadas en el proceso.

Carece de sentido que un progenitor que se encontrase imputado por un acto de violencia de género, ostentase la custodia compartida de sus hijos, teniendo en cuenta que éstos también se consideran parte pasivamente de las infracciones penales, sobre todo en supuestos de violencia contra la madre.

La jurisprudencia ha reconocido el carácter excepcional y el fundamento en una causa grave de estas medidas, que deben ser aplicadas restrictivamente y en cuanto sea indispensable para proteger el interés del hijo menor<sup>177</sup>.

Entre las medidas susceptibles de ser adoptadas dentro de la orden de protección, al amparo del art. 158 del CC, se encuentra la modificación de las ya acordadas sobre los menores en un proceso de familia cuando se produzca una alteración sustancial de las circunstancias, debida a la aparición de episodios de violencia doméstica que pongan en peligro o puedan causar perjuicios a los menores, por ser éstos destinatarios directos o indirectos de esa violencia, que puedan aconsejar, p. ej., la suspensión de la custodia conferida al progenitor que ejerce la violencia de forma grave o reiterada, sin perjuicio de acudir, en otros casos, a soluciones de intermediación en el desarrollo de dicho régimen. En el supuesto de que la violencia no afecte a hijos menores de edad, la modificación de las medidas previamente acordadas en la vía civil no puede hacerse a través de la orden de protección, sino que habrá que acudir al proceso de ejecución de la resolución que acordó la medida, si ésta es definitiva y hay razones de urgencia que hacen necesaria una suspensión temporal de la medida, sin perjuicio de remitir a las partes al proceso de modificación.

También puede ocurrir que alguna medida cautelar de naturaleza penal, adoptada en la orden de protección, resulte incompatible o difícilmente conciliable con una medida ya acordada por la jurisdicción civil en un proceso matrimonial. Es el caso de una orden

---

<sup>177</sup> Auto de la AP de Vizcaya, Sección 1ª, 90510/2018, de 5 de noviembre de 2019 [JUR 2019\61560].

de alejamiento de la víctima o prohibición de residir en determinado lugar, en relación con el uso de la vivienda familiar atribuido al cónyuge destinatario de la orden.

La contradicción no debe impedir la efectiva aplicación de la orden de protección o alejamiento, puesto que la tutela penal, por razones de interés público de la víctima debe prevalecer sobre el interés jurídico privado que representa la medida cautelar civil, sin perjuicio de que el juez, a través del oportuno cauce procesal, modifique la medida adoptada, ante las nuevas circunstancias que determinaron dicha orden y que requieren el amparo de la víctima como interés más necesitado de protección a los efectos del art. 96 del CC, conciliando así ambas medidas<sup>178</sup>.

La jurisprudencia del TS introduce una serie de condiciones interpretativas que limitan el margen de apreciación del órgano judicial a la hora de decidir sobre la suspensión del ejercicio de las facultades anudadas a la responsabilidad parental. Y a su vez, determina con claridad la existencia de un vínculo entre la violencia de género, en sus modalidades más graves, y la afectación de las obligaciones parentales por parte del agresor<sup>179</sup>.

En relación con la medida de guarda compartida en situaciones de violencia destacan las siguientes resoluciones judiciales de la Sala Primera de lo Civil:

- La STS 36/2016, de 4 de febrero de 2016 dice que: *“las razones alegadas por el demandado no pueden dejar sin repuesta hechos indiscutidos de violencia en el ámbito familiar, con evidente repercusión en los hijos, que viven en un entorno de violencia, del que son también víctimas, directa o indirectamente, y a quienes el sistema de guarda compartida propuesto por el progenitor paterno y acordado en la sentencia les colocaría en una situación de riesgo por extensión al que sufre su madre, directamente amenazada. [...] Es doctrina de esta Sala (SSTS de 29 de abril de 2013; 16 de febrero de 2015 y de 21*

---

<sup>178</sup> GARCÍA ABURUZA, M. P.: “La violencia doméstica desde el ámbito civil”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11/2010 [BIB 2009\2237].

<sup>179</sup> GÓMEZ FERNÁNDEZ, I.: “Hijas e hijos víctimas de la violencia de género”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8/2018 [BIB 2018\11763].

*de octubre de 2015), que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto en sus relaciones personales que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores, se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad. Y es que una cosa es la lógica conflictividad que puede existir entre los progenitores como consecuencia de la ruptura, y otra distinta que ese marco de relaciones se vea tachado por una injustificable condena por un delito de violencia de género que aparta al padre del entorno familiar y de la comunicación con la madre, lo que van a imposibilitar el ejercicio compartido de la función parental adecuado al interés de sus dos hijos”.*

- La STS 188/2016, de 4 de febrero de 2016, exige valorar caso por caso: *“pero en ningún caso la doctrina de esta Sala impone una solución automática ante la constatación de un fenómeno de maltrato. Todo lo contrario, impone un especial cuidado en la valoración de la prueba practicada acerca de la idoneidad del progenitor, el riesgo que pudiera existir para los menores, y en definitiva, la determinación del régimen más adecuado al interés superior de los menores. Y tal es precisamente la actividad que realiza la sentencia recurrida, que ponderando todas las circunstancias concurrentes (incluida la inexistencia de riesgo alguno para los niños, y la dedicación del padre a su cuidado, frente a las circunstancias en que se encuentra la madre)”.*

- La STS 251/2016 de 13 de abril de 2016 que trata de los cambios de circunstancias: *“no menos importante a la hora de valorar el cambio de circunstancias es que el padre fue absuelto del delito de maltrato habitual y amenazas, por los que le denunció su esposa. Con anterioridad se habían archivado diligencias penales en las que le denunciaba por abuso contra la menor, resolución que fue confirmada por la AP, en base a la pericial de los expertos del juzgado y exploraciones de la menor, llevadas a cabo por el juez de instrucción. Dicha absolución constituye un cambio significativo de las circunstancias, dado que fue uno de los elementos que motivaron la denegación de la custodia compartida, por aplicación del art. 92.7 del CC.”*

- La STS 350/2016, de 26 de mayo de 2016 se establece la improcedencia de la custodia compartida si hay indicios fundados de violencia sobre la mujer, en este caso, no existía condena por violencia, pero sí imputación por un delito de coacciones a la madre: *“en el caso de autos consta un auto de incoación de procedimiento abreviado (no firme) en el que se concretan los indicios existentes de un delito de violencia doméstica, unido a que en la propia sentencia recurrida se declara que «pues si bien es cierto que el padre mantiene con la madre una relación de falta total de respeto, incluso abusiva y dominante, ello no es relevante para determinar la guarda y custodia compartida». [...] Partiendo del delito sometido a enjuiciamiento (se trataba de un delito de coacciones en el ámbito de la violencia de género) y de las actitudes del padre, “ejerciendo una posición irrespetuosa de abuso y dominación, es impensable que pueda llevarse a buen puerto un sistema de custodia compartida que exige, como la jurisprudencia refiere, un mínimo de respeto y actitud colaborativa, que en este caso brilla por su ausencia, por lo que procede casar la sentencia por infracción de la doctrina jurisprudencial, dado que la referida conducta del padre, que se considera probada en la sentencia recurrida, desaconseja un régimen de custodia compartida, pues afectaría negativamente al interés del menor, quien requiere un sistema de convivencia pacífico y estable emocionalmente”.*

- La STS 23/2017, de 17 de enero de 2017 examina un supuesto de condena del progenitor por delito de amenazas en el ámbito familiar, de la que se deduce la notable agresividad del recurrente hacía su pareja, y la prohibición judicial de comunicación con ella, lo que supone un obstáculo insalvable, pues para la adopción del sistema de custodia compartida es preciso que las partes tengan una elevada capacidad de diálogo: *“Esta Sala ha declarado, entre otras, en sentencia de 12 de abril de 2016, Rec. 1225/2015: «La interpretación de los arts. 92, 5, 6 y 7 del CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar de guarda y custodia compartida, que se acordará cuando concurran alguno de los criterios reiterados por esta sala y recogidos como doctrina jurisprudencial en la sentencia de 29 de abril de 2013 de la siguiente forma "debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurran criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones*



*con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales. Para la adopción del sistema de custodia compartida no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo que se han de suponer existentes en los litigantes, al no constar lo contrario". A la vista de esta doctrina, debemos declarar que la condena del esposo por amenazar a su pareja y a la familia de ésta y la prohibición de comunicación, impiden la adopción del sistema de custodia compartida, dado que el mismo requiere una relación razonable que permita el intercambio de información y un razonable consenso en beneficio de los menores, que aquí brilla por su ausencia, por lo que procede desestimar el recurso de casación".*

## CAPÍTULO IV

### EL RÉGIMEN DE VISITAS, ESTANCIAS Y COMUNICACIONES, DEL PROGENITOR NO CUSTODIO RESPECTO AL HIJO QUE QUEDA BAJO LA GUARDA Y CUSTODIA DEL OTRO CÓNYUGE: AMPLITUD Y LÍMITES DE SU FIJACIÓN

#### **I.- RÉGIMEN DE VISITAS, ESTANCIAS Y COMUNICACIONES**

La Ley 8/2021, de 2 de junio, *por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*<sup>180</sup>, ha introducido reformas de importante calado en el régimen de guarda y visitas derivados de las situaciones de crisis matrimonial, las cuales se complementan con las introducidas por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio de 2021, *en materia de protección integral de los menores frente a situaciones de violencia*.

El art. 94 del CC regula el derecho de visitas de los hijos menores y de los mayores o emancipados que precisen de medidas de apoyo, manteniendo los límites generales establecidos en la redacción precedente (v.gr. la autoridad judicial podrá limitar o suspender los derechos si se dieran circunstancias relevantes que así lo aconsejen o se incumplieran grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial), e introduciendo un límite específico, que opera de forma automática, que es el de no establecerse, o en su caso suspenderse, el régimen de visitas o estancias respecto del progenitor que 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 sus hijos. Del mismo modo, se establece el mismo límite, aun cuando no se hayan iniciado actuaciones penales, cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género.

---

<sup>180</sup> Ley 8/2021, de 2 de junio, *por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*, (BOE de 3 de junio de 2021, núm. 132).

La incorporación de esta reforma a la Ley 8/2021 se produce de forma un tanto asistemática, puesto que se trata de una materia que va dirigida, principalmente, a la protección integral de los menores frente a la violencia, que es el ámbito regulado en la Ley Orgánica 8/2021. De hecho, la Ley Orgánica 8/2021 modifica el art. 544 *ter*, apdo. 7, de la LECrim, estableciendo la suspensión automática del régimen de visitas, como contenido de la orden de protección, cuando existan indicios fundados de que los hijos e hijas menores de edad hubieran presenciado, sufrido o convivido con la violencia de género o doméstica, salvo que la autoridad judicial aprecie, mediante resolución motivada, que no es conveniente para el interés superior del menor y previa evaluación de la situación de la relación paterno-filial.

Se trata de una reforma de profundo calado debido a que se configura la suspensión del régimen de visitas o estancia como preceptiva, cuando la regla general hasta el momento era la de adopción discrecional de las medidas por la autoridad judicial, conforme a lo establecido en los arts. 65 y 66 de la Ley Orgánica 1/2004.

Esta suspensión *ope legis* solo se exceptúa en los casos en que la autoridad judicial, mediante resolución motivada, entienda que debe establecerse un régimen de visitas, comunicaciones o estancias en virtud del interés superior del menor o de la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos, y previa evaluación de la situación de la relación paterno-filial. No obstante, esta excepción no opera en los casos que el progenitor se encuentre en situación de prisión, provisional o por sentencia firme, acordada en procedimiento penal por los delitos previstos en el art. 94 del CC.

El problema que se plantea es que se trata de una medida fuertemente restrictiva, en tanto que puede suponer una interrupción temporal amplia de la relación paterno-filial, en función de la duración del proceso penal hasta su conclusión, que puede afectar a las relaciones personales entre los interesados.

Por otra parte, la suspensión preceptiva de las visitas puede provocar disfunciones en los casos en que el proceso penal y el civil se sustancien ante órganos distintos, como ocurre, normalmente, en los casos en que la competencia no es del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, pues es indudable la interrelación entre el objeto del proceso penal y los indicios existentes, con la medida civil de suspensión de las visitas o comunicación, dada su naturaleza cautelar, de medida de protección a la persona vulnerable.

Al establecerse de forma automática y trasladarse la competencia al juez civil, basta con justificar la incoación del proceso penal para que se decrete la suspensión de las visitas por el peligro potencial que se deriva para las personas protegidas y de los indicios existentes.

Por último, establece la reforma en cuanto a las visitas que, en el proceso matrimonial se puede fijar el derecho de comunicación y visita previsto en el apdo. 2º del art. 160 del CC con los hermanos, abuelos, parientes o allegados, tanto en el caso de menores como en el de mayores con discapacidad que precisen apoyo para tomar la decisión, quienes deberán prestar su consentimiento<sup>181</sup>.

A tal efecto, señala el art. 94 del CC que:

*“La autoridad judicial determinará el tiempo y lugar en que el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores podrá ejercitar su derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía.*

*Respecto de los hijos con discapacidad mayores de edad o emancipados que precisen apoyo para tomar la decisión, el progenitor que no los tenga en su compañía podrá solicitar, en el mismo procedimiento de separación o divorcio, que se establezca el modo en que se ejercerá el derecho previsto en el párrafo anterior. La autoridad judicial adoptará la resolución que proceda, previa audiencia del hijo y del Ministerio Fiscal.*

*La autoridad judicial podrá limitar o suspender este derecho si se dieran circunstancias relevantes que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial.*

*Igualmente podrá reconocer, previa audiencia de los progenitores y de quien por su condición de hermano, abuelo, pariente o allegado del menor o del mayor con discapacidad lo hubiere solicitado, el derecho de comunicación y visita previsto en el apartado segundo del artículo 160, teniendo siempre presente el interés del menor o la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad”.*

---

<sup>181</sup> SOSPEDRA NAVAS, F. J.: “Comentario de la ley 8/2021, de 2 de junio, de reforma para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad”, *Aranzadi digital*, núm. 1/2021 [BIB 2021\3733].

## **I.1.- Contenido del derecho de visita**

Establece el art. 94 del CC el denominado “*derecho de visita*”, que se concede al progenitor que no tiene la guarda y custodia de los hijos menores, o del hijo con discapacidad. En el caso de custodia compartida, la sentencia podrá fijar el régimen de comunicación de cada progenitor con sus hijos, durante el período de tiempo que no convive con ellos. De este modo, se permite a este cónyuge cumplir su deber de velar por sus hijos (arts. 110 y 111.IV del CC) y relacionarse con ellos (art. 161 del CC).

Se trata, en puridad, de un derecho-deber, pues en última instancia, la comunicación y la visita del progenitor a los hijos menores se establece, fundamentalmente, en beneficio de éstos.

La comunicación con el menor implica la posibilidad de establecer comunicación con él escrita, telefónica, etc., sin ningún tipo de limitación.

En cuanto al derecho de visita, su régimen lo determinarán los cónyuges, en el convenio regulador, y en su defecto, deberá establecerlo el juez, aunque no lo pida expresamente el cónyuge no guardador. El juez goza de una amplia discrecionalidad para fijar el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, valorando siempre las circunstancias del caso.

En aquellos supuestos que no existe acuerdo entre los cónyuges, y es el juez quien tiene que establecer las visitas, el progenitor no guardador puede tener a sus hijos en su compañía los fines de semana alternos y la mitad de las vacaciones escolares.

El incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas por cualquiera de los progenitores, podrá derivar en la modificación del régimen de guarda y de visitas (art. 776.3ª de la LECiv) si así lo aconseja el interés del menor. Además, pueden imputarse a un progenitor los daños morales causados al otro cuando se le impide, de manera efectiva, relacionarse con los hijos menores.

## **I.2.- Limitación del régimen de visitas**

El derecho de visitas puede limitarse, en interés de los hijos, cuando concurren graves circunstancias que así lo aconsejen, como hechos nuevos o desconocidos en el momento de establecer el régimen de visitas, y graves, es decir, serios, actuales, y capaces de provocar efectos negativos en los hijos.

Asimismo, que el progenitor incumpla el régimen de visitas impuesto por la resolución judicial o que intente influir negativamente en los hijos para enfrentarlos personal o afectivamente contra el guardador, puede dar lugar a limitar el régimen establecido.

La limitación puede ser temporal (reduciendo el número de días u horas, p. ej. cuando el menor es de muy corta edad), afectar al lugar donde se lleva a efecto (obligando, p. ej., a que se realice en la ciudad donde reside el menor habitualmente, o en los puntos de encuentro familiar), o de cualquier otro tipo (p. ej., se exige la presencia de una tercera persona durante la realización de la visita).

El art. 94 del CC regula la posibilidad de que el juez suspenda el régimen de visitas, quien debe decidir si suspende o no las visitas, según las circunstancias del caso concreto. Los motivos de la suspensión pueden afectar tanto al progenitor que las ejerce como a los hijos. Así, el derecho de visita ha de suspenderse cuando exista un peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del hijo

En principio, la privación de las visitas será temporal, de carácter excepcional y sólo procederá cuando, a juicio del juzgador, el interés de los hijos así lo requiera.

No cabe condicionar el ejercicio del derecho de visita al cumplimiento de la obligación de satisfacer los alimentos de los hijos, pues ambas obligaciones no son compensables ni contraprestaciones recíprocas<sup>182</sup>.

---

<sup>182</sup> DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Comentario al art. 94 del CC”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Comentarios al Código Civil*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 975 - 993.

La STS 614/2009, de 28 de septiembre de 2009 [RJ 2009/7257] analiza un asunto en el que el juez de primera instancia otorgó a la madre la guarda y custodia de una menor, con un régimen de visitas bastante amplio a favor del padre en el que recoge el derecho a los fines de semana y dos visitas entre semana en la que la hija ha de pernoctar en la vivienda del progenitor no custodio. En este supuesto, la AP restringió las visitas a favor del padre entre semana de martes y jueves desde la salida del colegio hasta las 20 horas. Formulado recurso de casación por el progenitor no custodio, el TS desestima el recurso presentado por el éste, indicando que las sentencias en las que funda el interés casacional no tienen validez por no servir para el caso concreto que plantea. Todas ellas han aplicado el principio de interés del menor, analizando si concurre o no y teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto<sup>183</sup>.

#### **I.2.A.- Limitación en cuanto al lugar en el que deben llevarse a efecto las visitas: dentro del territorio nacional**

Cuando uno de los progenitores tiene su residencia en otro país, el progenitor que ha solicitado la guarda y custodia o que la ejerce legalmente, suele pedir que se acuerde que el régimen de visitas de los menores con el otro progenitor, deba desarrollarse íntegramente en nuestro país. Si se acogiese esta petición se obligará al progenitor no custodio a un constante desplazamiento a nuestro país para el disfrute de la compañía de sus hijos, lo que provocaría un excesivo gasto en su economía, y en algunos casos, equivaldría a una imposibilidad práctica del ejercicio del derecho de visitas que el art. 94 confiere tanto a los hijos como al progenitor.

Tal limitación al ejercicio del derecho de visita, sólo estaría justificada ante el riesgo de retención del menor y por tanto, la cuestión deberá ser analizada a la vista de los tratados bilaterales que estén en vigor entre España y el país donde va a residir con los menores.

---

<sup>183</sup> GAFFAL, M.: “Comentario a la sentencia de 28 de septiembre de 2009 [RJ 2009/7257] Guarda y custodia de la hija menor tras sentencia de separación contenciosa. Distinción entre guarda compartida y guarda exclusiva con un régimen de visitas intersemanal muy amplio. La desatención al interés del menor como motivo casacional”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 84/2010 [BIB 2010\1544].

Si no existe ningún tratado, la cuestión resulta más compleja, ya que se debe impedir que un progenitor, por la vía de hecho, pueda alterar el régimen de guarda y custodia que se acuerde en el procedimiento matrimonial. A estos efectos, resulta práctico ofrecer algún tipo de garantía personal o económica de la devolución de los hijos al finalizar el período de visitas, hacer referencia a otras visitas que hayan tenido lugar anteriormente en las que no ha existido ningún tipo de incidente, etc.

Al analizar la situación jurídica del menor en los Tratados Internacionales, se ha podido comprobar que es una constante en los mismos el derecho del niño a no ser separado de sus padres, o en su caso, a ser reintegrado a su familia lo más pronto posible; siempre a la luz de lo que más convenga al interés del menor, que se proclama como el principio básico en torno al cual se articula el sistema de protección de menores. Por eso, algunos Convenios Internacionales se refieren explícitamente al derecho que corresponde a los progenitores y al hijo a seguir viéndose y manteniendo relaciones en aquellos casos en que, por circunstancias graves, el menor haya sido apartado de su ámbito familiar.

Así, el art. 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 establece que: "los Estados partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño".

Asimismo, el art 10-2º señala que: "el niño, cuyos padres residan en Estados diferentes, tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres".

Hay que citar el art. 14 de la Carta Europea de los Derechos del Niño aprobada por el Parlamento Europeo en Resolución de 18 de julio de 1992 y el art. 24.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

También el art. 21 del Convenio sobre los aspectos civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 25 de octubre de 1980 y ratificado por España en 1987,



reconoce el derecho de visita<sup>184</sup>. Y en fin, se recoge de manera explícita este derecho en el art. 11-1º del Convenio Europeo relativo al Reconocimiento y Ejecución de decisiones en materia de Custodia de Menores, así como el establecimiento de dicha Custodia, de 20 de mayo de 1980 y ratificado por España en 1984<sup>185</sup>.

### **I.2.B.- Gastos de desplazamiento en el régimen de visitas**

La STS 289/2014, de 26 de mayo de 2014 [RJ 2014/3172], ha establecido las pautas que han de regir para la imputación de los costes de los desplazamientos, con unos criterios que se alejan de la simple imputación automática al progenitor que visita, o bien al que ha decidido trasladarse a otra localidad.

El TS se vale del sentido común que dicta la realidad de los hechos a los que responde el conflicto: las circunstancias del hijo, las condiciones económicas de los progenitores, las distancias del trayecto imprescindible para el ejercicio del derecho, la situación laboral de los progenitores.

El TS reconoce el relevante papel de la concorde voluntad de los implicados, como la fórmula siempre deseable para la autocomposición de intereses en las relaciones familiares: *“la Sala declara que para la determinación de quién es el obligado a trasladar y retornar al menor del domicilio de cada uno de los progenitores se habrá de estar, al deseable acuerdo de las partes, en tanto no viole el interés del menor”*.

El cauce procedente para manifestar esa concorde voluntad debería ser el proporcionado por el convenio regulador, o bien por el acuerdo concreto a que hubieran

---

<sup>184</sup> Dice este artículo lo siguiente: *“una demanda que tenga como fin la organización o la garantía del ejercicio efectivo de los derechos de visita podrá presentarse a las autoridades centrales de los Estados contratantes, en la misma forma que la demanda para la restitución del menor. Las autoridades centrales estarán sujetas a las obligaciones de cooperación establecidas en el art. 7 para asegurar el ejercicio pacífico de los derechos de visita y el cumplimiento de todas las condiciones a que pueda estar sujeto el ejercicio de esos derechos. Las autoridades centrales adoptarán las medidas necesarias para eliminar, en la medida de lo posible, todos los obstáculos para el ejercicio de esos derechos. Las autoridades centrales, directamente o por vía de intermediarios, podrán incoar procedimientos o favorecer su incoación con el fin de organizar o proteger dichos derechos y asegurar el cumplimiento de las condiciones a que pudiera estar sujeto el ejercicio de los mismos”*.

<sup>185</sup> O'CALLAHAN MUÑOZ, X. y FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M<sup>a</sup> B.: *La reforma del Derecho de la persona y de la familia: Jurisdicción Voluntaria y protección a la infancia y a la adolescencia*, Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2017, págs. 189 y 190.

podido llegar los progenitores. En todo caso, siempre condicionada por la salvaguarda del interés del menor, que vuelve a aparecer como el principio inspirador y el criterio corrector de decisiones que pudieran resultar perjudiciales para el menor.

En defecto de acuerdo, la Sala establece:

- El sistema llamado normal o habitual: que cada progenitor recoja al menor del domicilio del progenitor custodio, para ejercer el derecho de visita, y el custodio lo retornará a su domicilio.

- Subsidiariamente, cuando a la vista de las circunstancias del caso, el sistema habitual no se corresponda con los principios de interés del menor y distribución equitativa de las cargas: *“las partes o el juez podrán atribuir la obligación de recogida y retorno a uno de los progenitores con la correspondiente compensación económica, en su caso y debiendo motivarse en la resolución judicial”*<sup>186</sup>.

Estas dos soluciones se establecen sin perjuicio de situaciones extraordinarias que supongan un desplazamiento a larga distancia, que exigirá ponderar las circunstancias concurrentes y que deberán conllevar una singularización de las medidas adoptables.

## **II.- LA SENTENCIA QUE ESTABLECE EL DERECHO DE VISITA DEL PROGENITOR NO CUSTODIO**

Muchas de las normas que rigen el Derecho de familia, y más específicamente, de las relaciones paternofiliales, no son dispositivas, por lo tanto, los titulares de la relación no pueden pactar la modificación o la no aplicación del contenido normativo de las mismas.

---

<sup>186</sup> CARBAJO GONZÁLEZ, J.: “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo del 2014”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 97/2015 [BIB 20015\332].

La sentencia que se dicte en un proceso matrimonial, cuando haya hijos menores o con discapacidad, tiene que pronunciarse sobre la guarda y custodia y, en consecuencia, también tiene que tener un pronunciamiento sobre el contenido del régimen de visitas y comunicaciones, del progenitor no guardador, aunque no exista petición de parte al respecto.

De la misma manera, en la sentencia puede acordarse de oficio las comunicaciones entre el progenitor no guardador y los hijos.

El juez puede modificar el régimen de visitas de oficio, aunque no hubiera petición expresa por ninguna de las partes en este sentido, al instar una modificación de las medidas en la que se solicita un cambio de la guarda y custodia.

También puede el juez modificar el régimen acordado de visitas, a pesar de que no hubiera petición por las partes, al solicitar el divorcio después de una sentencia de separación que acordó un régimen de visitas. Si bien esta modificación sólo tendría sentido en el caso de que hayan variado sustancialmente las circunstancias que determinaron el régimen establecido en la sentencia de separación.

La modificación de oficio no puede hacerse en ejecución de sentencia, aunque sea a petición de parte o como consecuencia de los informes del equipo psicosocial, pues admitir la modificación en un procedimiento de ejecución, implicaría que lo resuelto en una resolución judicial carece de eficacia propia.

El régimen de visitas puede ser acordado, modificado o suspendido de oficio, en el caso de que concurren las circunstancias a que se refiere el art. 94 del CC, pero siempre en interés del menor.

Consecuencia de lo anterior, es la no vigencia del principio dispositivo ni siquiera en correlación entre lo pedido y lo resuelto, de modo que, no concurre el requisito de la congruencia en la sentencia.

Por lo tanto, la sentencia puede establecer un régimen de visitas diferente, más amplio o no, respecto del solicitado por una de las partes y admitido por la otra parte. En estos supuestos, no cabe hablar de congruencia en la sentencia de primera instancia y tampoco en la apelación, ya que la Sala podrá pronunciarse aunque el recurso no se refiera al régimen de visitas, incluso aunque ello suponga una verdadera *reformatio in peius*.

La sentencia que establezca el régimen de visitas debe estar motivada, especialmente, cuando se proceda a una modificación de un régimen ya establecido.

La decisión judicial debe limitarse a determinar el régimen de visitas, atendidas las circunstancias concurrentes en el caso concreto, sin realizar otras consideraciones que son ajenas a la función jurisdiccional<sup>187</sup>.

### **III.- SUJETOS DEL DERECHO DE VISITA**

#### **III.1.- Personas implicadas en el derecho de visita**

En el aspecto subjetivo, varios son los titulares que se hallan implicados en el ejercicio efectivo del derecho de visita, en ese tipo de relaciones que el menor o mayor con discapacidad va a mantener con otras personas, las cuales quedan afectadas por las relaciones interpersonales de diferente manera, desempeñando posiciones jurídicas distintas:

Por una parte, están los titulares, cuya posición jurídica les permite exigir el establecimiento de las relaciones y en base a ello, su reclamación está protegida por el Ordenamiento jurídico y por los tribunales. Aunque su titularidad es muy particular y diferenciada de la típica de los derechos subjetivos patrimoniales, se pueden considerar como titulares.

---

<sup>187</sup> MONTERO AROCA, J.: *El derecho de visita en los procesos matrimoniales (La aplicación práctica del artículo 94 del Código Civil)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 64 a 74.

Por otra parte, se encuentran aquellas otras personas bajo cuya patria potestad o guarda jurídica está el menor o mayor con discapacidad, para quienes, el ejercicio del derecho de visita por sus titulares, supone una carga que tienen que soportar, más compleja que la mera actitud pasiva, ya que comporta ciertos deberes, como facilitar el cumplimiento de las visitas y relaciones.

En este tipo de relaciones personales, goza de un protagonismo relevante el menor con quien otras personas van a mantener las visitas. Además de la titularidad que puede tener el menor para reclamarlas frente a quien proceda, no se trata de un mero sujeto pasivo, ya que su interés es el prevalente y va a ser determinante de la concesión, alcance, contenido, modificación, e incluso, supresión de tales relaciones<sup>188</sup>.

### **III.2.- Titulares del derecho de visita**

En cuanto a la titularidad del derecho de visita, cuando se trata de los progenitores, es independiente de la atribución del ejercicio de la patria potestad (así resulta expresamente del art. 160 del CC).

La privación en beneficio del hijo de la patria potestad no implica la pérdida del derecho de visita, si resulta en beneficio del hijo. Ahora bien, la causa que ha motivado la privación de la patria potestad puede aconsejar también la supresión o suspensión del derecho de visita, pero la conveniencia o no del mantenimiento de las relaciones entre el progenitor y su hijo, habrá de ser considerado en el procedimiento de manera independiente<sup>189</sup>.

El “derecho de visita” es un verdadero derecho que pueden reivindicar y ejercitar determinadas personas.

---

<sup>188</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El derecho de visita*, Ed. Bosch, Barcelona, 1997, págs. 79 y 80.

<sup>189</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: “El derecho de visitas en la reciente praxis judicial”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 2/1995 [BIB 1994\92].

Los titulares del derecho de visita son los progenitores respecto de sus hijos, a causa de crisis matrimoniales, o de la pérdida o privación de la patria potestad, los abuelos y otros parientes; estando en el otro lado de la relación jurídica de visita, el menor o el mayor con discapacidad.

### **III.2.A.- Derecho de visita a favor de los progenitores con ocasión de crisis matrimonial**

En situaciones de crisis y separación entre los cónyuges, cuando los hijos quedan con uno de sus progenitores y el otro aspira a conseguir las mejores relaciones posibles en su derecho de visitas, se pueden distinguir dos supuestos:

- Separación provisional de los cónyuges, regulado en el art. 103 del CC que dice:

*“Admitida la demanda, el juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, adoptará, con audiencia de éstos, las medidas siguientes:*

*1. Determinar, en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos (...) y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía”.*

Otros artículos más generales, sobre todo el art. 160.1 del CC, que subsume implícitamente la situación concreta de la separación matrimonial que aquí contemplamos, permiten llegar a la misma solución: el progenitor separado provisionalmente tiene derecho de visitas.

Todo progenitor tiene derecho a ver y comunicar con los hijos cuya guarda no le ha sido asignada, a menos que concurran circunstancias graves y justificadas, en cuyo caso, el juez podrá denegar o restringir las modalidades de ejercicio del derecho de visita.

- Separación y divorcio legal, se regulan en el art. 91 del CC, al decir que:

*“En las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o en ejecución de las mismas, el juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, determinará conforme a lo establecido en los artículos siguientes las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos [...]”.*

Y por su parte, se dispone en el art. 94 del CC:

*“El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores podrá ejercitar su derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía [...]”.*

### **III.2.B.- Derecho de visita cuando hay privación o suspensión de la patria potestad del progenitor**

El art. 160 del CC reconoce derecho de visita a los progenitores *“aunque no ejerzan la patria potestad”*, sin aludir ni hacer distinciones entre las causas de su no ejercicio: luego también cuando el no ejercicio se deba a privación de la patria potestad (total o parcial) habrá lugar a las relaciones a que se refiere aquél.

La patria potestad y el derecho a mantener relaciones personales con los hijos son cosas distintas y este último derecho-deber se halla más vinculado a la relación de filiación que a la patria potestad.

Por tanto, la regla general es que la privación de la patria potestad no impide las relaciones personales con los hijos, no obstante, en los casos en que los motivos que hayan dado lugar a tal privación o suspensión puedan perjudicar a la formación del hijo o a la propia sensibilidad de éste si ha sido víctima de algún elemento pasivo de aquellos hechos, podrá negarse o suspenderse temporalmente el derecho de visita, comunicación y relación<sup>190</sup>.

En principio, las enfermedades mentales, la drogodependencia de los progenitores, la homosexualidad o la convivencia del progenitor con otra persona, hayan contraído o no nuevo matrimonio, no son causas para suprimir el derecho de visita, si bien habrá que valorar las circunstancias de cada supuesto en concreto. En todo caso, lo que el juez tendrá que tener en cuenta en la toma de decisión, es el interés del menor, por lo que el incumplimiento grave y reiterado del ejercicio de visita por el que tenga derecho a

---

<sup>190</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El derecho de visita*, op. cit., págs. 80 - 91.

ejergerlo, puede provocar una modificación cuantitativa o cualitativa, una suspensión temporal o una supresión que sería definitiva pero recuperable del derecho de visita<sup>191</sup>.

### **III.3.- La visita, las estancias y las comunicaciones**

El derecho de visita implica que los progenitores pueden relacionarse con sus hijos durante el tiempo estipulado en el convenio regulador o en la sentencia, estableciéndose tres posibilidades:

- En primer término, la visita, que consiste en que el progenitor no custodio pueda visitar a los hijos durante unas horas uno o más tardes a la semana, normalmente recogiénolos en el colegio y reintegránolos en el domicilio del progenitor custodio.

- En segundo lugar, las estancias, que se establecen a partir de una determinada edad, cada vez más próxima al fin de la lactancia, el progenitor no custodio recoge al menor, normalmente, el viernes por la tarde y lo reintegra el domingo a última hora de la tarde en el domicilio del progenitor custodio. También comprende los períodos vacacionales que, usualmente, se repartirán por mitad entre ambos progenitores

Durante el período en que el progenitor no custodio tiene al menor en su compañía, tiene al hijo bajo su responsabilidad y debe cuidarlo, alimentarlo y prestarle todo el cuidado y atención que precise.

- En último término, las comunicaciones, mediante las que el progenitor no custodio, puede ponerse en contacto con su hijo, por teléfono, internet, etc., las cuales se realizan de forma diaria, incluso, a determinadas horas fijas, siempre que no entorpezcan la vida normal del menor. Hay que tener en cuenta que el custodio debe respetar el derecho del menor al secreto de tales comunicaciones<sup>192</sup>.

---

<sup>191</sup> DÍEZ GARCÍA, H.: "Comentario al art. 160 del CC", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Comentarios al Código Civil, op. cit.*, págs. 1.636 - 1.647.

<sup>192</sup> RODA Y RODA, D.: *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad, el derecho del menor a ser oído*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2014, págs. 86 a 88.



#### IV.- LAS RELACIONES PERSONALES ENTRE EL MENOR Y SUS FAMILIARES Y ALLEGADOS

La Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia<sup>193</sup> ha modificado los arts. 160 y 161 del CC, las reformas introducidas en el ámbito de las relaciones personales entre el menor y su familia y allegados, son las siguientes:

Por primera vez, el CC se refiere a estas relaciones personales como un derecho del menor. Se modifica el primer párr. del art. 160 del CC que dice literalmente: *“los hijos menores tienen derecho a relacionarse con sus progenitores aunque éstos no ejerzan la patria potestad”*.

También por vez primera se abordan las relaciones familiares de los hijos menores con sus progenitores cuando éstos se encuentren privados de libertad, estableciendo las condiciones en que deberá desarrollarse la visita en el centro penitenciario.

Asimismo, como novedad, el legislador se refiere, explícitamente, al derecho del menor a relacionarse con sus hermanos.

*1. Los hijos menores tienen derecho a relacionarse con sus progenitores aunque éstos no ejerzan la patria potestad, salvo que se disponga otra cosa por resolución judicial o por la Entidad Pública en los casos establecidos en el artículo 161. En caso de privación de libertad de los progenitores, y siempre que el interés superior del menor recomiende visitas a aquellos, la Administración deberá facilitar el traslado acompañado del menor al centro penitenciario, ya sea por un familiar designado por la administración competente o por un profesional que velarán por la preparación del menor a dicha visita. Asimismo la visita a un centro penitenciario se deberá realizar fuera de horario escolar y en un entorno adecuado para el menor.*

*Los menores adoptados por otra persona, solo podrán relacionarse con su familia de origen en los términos previstos en el artículo 178.4.*

*2. No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados.*

*En caso de oposición, el juez, a petición del menor, hermanos, abuelos, parientes o allegados, resolverá atendidas las circunstancias. Especialmente deberá asegurar que las medidas que se puedan fijar para favorecer las relaciones entre hermanos, y entre abuelos y nietos, no faculten la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores.*

---

<sup>193</sup> Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE de 29 de julio de 2015, núm. 180).

La redacción del precepto encaja mucho mejor con el art. 9-3º de la *Convención sobre los Derechos del Niño* de 20 de noviembre de 1989, en el que se establece que es un derecho del niño, separado de uno o ambos progenitores, el mantener relaciones personales y contacto directo con éstos de modo regular, salvo si ello fuese contrario a su interés. En el mismo sentido, el art. 14 de la *Carta Europea de los Derechos del Niño* de 21 de septiembre de 1992 afirma que el menor tiene derecho a mantener contacto directo y permanente con ambos progenitores. Y en fin, la *Carta Europea de Derechos Fundamentales* proclama en su art. 24.3 el derecho del menor a mantener relaciones periódicas y contactos directos con su padre y con su madre, salvo que ello sea contrario a sus intereses.

Pese a que el art. 160 del CC se refiere al derecho del menor a relacionarse con sus progenitores, es indiscutible que el derecho se extiende a los demás familiares del menor, e incluso, a personas que, tener lazos de sangre con el niño, mantienen o han mantenido vínculos estrechos con éste. En definitiva, lo que se proclama es el derecho del menor a mantener aquellas relaciones personales que sean necesarias para el desarrollo de su personalidad. Con el derecho de visita se persigue el libre y correcto desarrollo de la personalidad del menor y se responde a la exigencia de proporcionarle un entorno humano imprescindible para un ser social.

El art. 160 del CC configura el de visita como un derecho del menor, pero también constituye un derecho para las personas que se relacionen con él: progenitores, hermanos, abuelos, demás familia y allegados. Así, el apdo. 2º señala que, en caso de oposición, el juez a petición del menor, hermanos, abuelos, parientes y allegados, resolverá atendidas las circunstancias, obviamente atendido el interés del menor. Ni siquiera éste podrá oponerse a las relaciones con sus familiares, salvo que existiera causa para ello; el juez oír al menor si tuviese suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años.

El art. 161 del CC establece que, en el caso de niños acogidos, será la entidad pública a quien esté encomendada la protección de menores, la que regulará las visitas y comunicaciones que correspondan a los progenitores, abuelos, hermanos y demás

parientes y allegados respecto de los menores que se encuentren en situación de desamparo.

*“La Entidad Pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores regulará las visitas y comunicaciones que correspondan a los progenitores, abuelos, hermanos y demás parientes y allegados respecto a los menores en situación de desamparo, pudiendo acordar motivadamente, en interés del menor, la suspensión temporal de las mismas previa audiencia de los afectados y del menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, con inmediata notificación al Ministerio Fiscal. A tal efecto, el Director del centro de acogimiento residencial o la familia acogedora u otros agentes o profesionales implicados informarán a la Entidad Pública de cualquier indicio de los efectos nocivos de estas visitas sobre el menor.*

*El menor, los afectados y el Ministerio Fiscal podrán oponerse a dichas resoluciones administrativas conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil”.*

Por vez primera vez, el CC alude expresamente al derecho del menor a mantener relaciones con sus hermanos. La inclusión específica del derecho de los hermanos a relacionarse entre sí, se produce tanto si el menor se encuentra bajo la patria potestad de sus progenitores, como si se encuentra en situación de acogimiento residencial o familiar.

Es obvio que dentro de las relaciones parentales, la de los hermanos es especialmente significativa, no sólo por la cercanía de su parentesco sino por los lazos afectivos que entre hermanos suelen forjarse, al ser parientes que conviven desde su nacimiento y forman parte del núcleo familiar.

Se intenta destacar, entre todos los parientes del menor, aquéllos con quienes éste tiene, usualmente, una relación más estrecha que debe conservarse y protegerse, sea cual sea la situación en la que aquél se encuentre.

Tras la reforma operada por la Ley 26/2015, se recalca que el objetivo es que los hermanos permanezcan unidos, así el art. 172 *ter* 2 del CC dispone que, en los casos de acogimiento de menores, se procurará que la guarda de los hermanos se confíe a una misma institución o persona.

También tras la reforma, se modifica la *Ley Orgánica de Protección al Menor* para atribuir mayor protagonismo a los hermanos en el derecho de visitas. En relación con los menores en acogimiento residencial, su art. 21.1 señala que las Entidades Públicas y los

servicios y centros donde se encuentren, deberán fomentar la convivencia y la relación entre hermanos, siempre que ello redunde en interés de los menores y procurarán la estabilidad residencial de estos, así como que el acogimiento tenga lugar preferentemente en un centro ubicado en la provincia de origen del menor<sup>194</sup>

## **V.- RÉGIMEN DE VISITAS ENTRE ABUELOS Y NIETOS**

### **V.1.- La Ley 42/2003, de relaciones familiares**

La Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del CC en materia de relaciones familiares<sup>195</sup>, con esta misma denominación, introduce, «*ex novo*», una fórmula de gestión de las relaciones personales entre abuelos y nietos que, hasta ese momento, tenían un tratamiento exiguo en el CC, pues se encontraban englobadas en un criterio general plasmado en el art. 160 del CC, en el que se proscribía todo intento de impedir u obstaculizar las relaciones personales entre los menores y “*otros parientes y allegados*”, en forma genérica y sin establecer un procedimiento específico para el planteamiento judicial de esta pretensión, en un tema tan trascendente como son las relaciones de los nietos con sus abuelos.

Esta norma deriva de lo establecido en el art.1 de la Convención de Nueva York sobre los Derechos del Niño, que dice que: “*los Estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos (...) las relaciones familiares de conformidad con la ley*”.

Este cambio legislativo era necesario en función de las necesidades sociales que se estaban planteando, además de dar cumplimiento a lo previsto en el art. 39 de la CE (Capítulo III), que garantiza el mantenimiento de los vínculos personales y afectivos tras la crisis familiar y contiene un mandato a los poderes públicos para que promuevan las

---

<sup>194</sup> O'CALLAHAN MUÑOZ, X. y FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M<sup>a</sup> B.: *La reforma del Derecho de la persona y de la familia: Jurisdicción Voluntaria y protección a la infancia y a la adolescencia, op. cit.*, págs. 197 - 206.

<sup>195</sup> Ley 42/2003, de 21 de noviembre, *de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos* (BOE de 22 de noviembre de 2003, núm. 280).

necesarias medidas legislativas que propicien una protección integral de la familia, tanto en el ámbito social como en el económico y jurídico. En este sentido, la exposición de motivos de la ley menciona la necesidad de que: *“los poderes públicos tiendan a asegurar un espacio de socialización adecuado que favorezca la estabilidad afectiva y personal del menor”*.

Esto adquiere especial relevancia teniendo en cuenta la inestabilidad y fragilidad de la familia en la época actual, pues, la labor de los abuelos como elementos de cohesión en la familia desestructurada, puede ser fundamental e insustituible cuando surge la crisis matrimonial.

La Ley reguladora de las relaciones entre abuelos y nietos se inspira en el principio del *“favor filii”*, en virtud del cual, todas las medidas que deban adoptarse en relación con los menores habrán de serlo siempre en interés de éstos y priorizando su beneficio frente a cualquier derecho o pretensión por legítima que sea, pero que no coincida con los intereses más dignos de protección, que, indiscutiblemente, han de ser los del menor.

El principio del interés o beneficio del menor sobre el que se apoya toda la legislación de familia se recoge en la LO 1/1996, de 15 de enero, *de Protección Jurídica del Menor*<sup>196</sup>, en cuyo art. 2º se proclama que:

*“En la aplicación de la presente ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”*.

La Ley 42/2003 protege y garantiza los intereses que amparan al menor, en conexión con los derechos igualmente respetables de los abuelos, estableciendo los mecanismos necesarios para salvaguardar las relaciones mutuas de cualquier vicisitud que enturbie, impida o perturbe su pacífico desarrollo. Esto se realiza en beneficio de los menores y la relación que deben mantener con unos parientes de tan cercana referencia como son los abuelos.

---

<sup>196</sup> Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, *de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del CC y de la LECiv* (BOE de 17 de enero de 1996, núm. 15).

Aunque no puede generalizarse, los abuelos, normalmente, permanecen ajenos a la crisis familiar o de pareja, lo que les sitúa en una posición de privilegio para mediar entre los miembros de la familia. Es habitual que los abuelos transmitan una sensación de seguridad y estabilidad durante la crisis familiar que va a tener una importancia decisiva en el desarrollo de los menores.

Existen situaciones en las que los progenitores abandonan sus obligaciones en relación con sus hijos, o mantienen una cierta ausencia en la vida de éstos, siendo los abuelos quienes desempeñan las funciones que los progenitores no van a ejercer y en este sentido, la Ley prioriza la posición de los abuelos frente a otras alternativas. La Ley 42/2003 aborda estas cuestiones mediante la consecución de un doble objetivo: por un lado, *“singularizando desde un aspecto sustantivo de forma más explícita y reforzada, el régimen de relaciones entre abuelos y nietos, tanto en caso de ruptura familiar como en el caso de simple dejación de obligaciones por parte de los progenitores”*, y por otro, *“atribuyendo a los abuelos una función relevante en el caso de abandono de los padres de las obligaciones derivadas de la patria potestad”*.

La Ley 42/2003 introduce un párr. en el art. 90 del CC, de manera que, el convenio regulador de separación o divorcio pueda incluir la correspondiente mención al régimen de visitas, estancias y comunicaciones que los menores o mayores con discapacidad puedan mantener con sus abuelos, teniendo siempre en cuenta el interés de aquéllos. Si el convenio estipula esta referencia a las relaciones abuelos-nietos, el juez podrá aprobarlo y las partes habrán de prestar su consentimiento. Asimismo, reforma el contenido del art. 94 del CC, de manera que permite recoger la posibilidad de que el juez, de ser el caso, se pronuncie en relación con el régimen de visitas entre los menores y sus abuelos, así como la extensión de este derecho y la forma y modo de llevarlo a cabo.

La Ley 42/2003, en el caso de que no sea posible regular el sistema de relaciones entre los abuelos y sus nietos de mutuo acuerdo, establece, mediante la reforma del art. 103 del CC, la posibilidad de que el juez otorgue a los abuelos la tutela de los menores,

siempre de una forma excepcional, si bien con carácter preferente respecto de otros parientes, personas e instituciones.

En último término, la Ley modifica los arts. 160 y 161 del CC, ampliando el ámbito de aplicación del primero de dichos preceptos sin limitarlo a las uniones matrimoniales y estableciendo garantías para que el derecho de los abuelos que se pretende amparar no sea vehículo para la infracción de otras resoluciones judiciales que limiten o suspendan las relaciones del menor con alguno de sus progenitores. En el segundo de dichos preceptos, se prevé el derecho de visitas de los abuelos en casos de acogimiento familiar.

## **V.2.- Supuestos en que se interrumpen las relaciones entre los abuelos y los nietos**

Las situaciones habituales en las que uno o ambos progenitores pretenden interrumpir las relaciones entre los abuelos y los nietos son las siguientes:

- En primer lugar, cuando se produce la ruptura matrimonial de los progenitores de los menores. Una vez consumada la ruptura del matrimonio, puede suceder que uno de los cónyuges se enfrente al otro y culpabilice a los progenitores de éste de su fracaso, tratando, en consecuencia, de impedir que los abuelos se relacionen con los nietos.

Esta situación de ruptura forzada entre los abuelos y los nietos, si va transcurriendo el tiempo, puede provocar un rechazo de los nietos a relacionarse con los abuelos, porque llegan a convertirse para ellos en unos desconocidos y, cuando esto se produce, las relaciones entre los niños y los abuelos alcanzan una situación de difícil o imposible retorno.

En esta estrategia dilatoria de la problemática relacional, quienes obstaculizaban las visitas contaban con la ausencia de una regulación legal específica. La Ley 42/2003 ha venido a resolver de una manera eficaz esta laguna legal, arbitrando las medidas

legislativas y procesales necesarias para dar a este problema una solución rápida y definitiva.

- En segundo lugar, se encuentra la situación de distanciamiento entre los abuelos y sus nietos como consecuencia de haberse producido el fallecimiento de uno de los progenitores de los menores. En este caso, el cónyuge superviviente puede pensar que mantener relación con los abuelos, progenitores de la persona fallecida, además de perpetuar el duelo por la pérdida de quien fue su pareja, puede representar un problema de cara al inicio de una nueva relación sentimental.

En este caso, la relación de los menores con los ascendientes del progenitor fallecido adquiere una mayor importancia, en cuanto que los abuelos encarnan, para los menores, los valores familiares que para ellos representaba la persona fallecida y el vínculo con su familia. La ruptura forzada de la relación familiar entre los nietos y los abuelos, se extiende a suprimir todo contacto con tíos, primos y demás parientes de la rama familiar del progenitor fallecido.

Al amparo de la Ley 42/2003, podrán solicitarse medidas cautelares para restablecer la relación desde que se plantee la acción legal de reclamación del régimen de visitas, lo que impedirá que el progenitor que esté obstaculizando el contacto entre sus hijos y los abuelos de éstos no intente perpetuar esta situación por la vía de los recursos, dilatando el momento en que se restablezcan las relaciones interrumpidas hasta la consecución de una sentencia firme.

En efecto, los abuelos y demás familiares tienen derecho a visitar y mantener contacto mutuo, si bien mucho más digno de protección y garantía es el derecho de los propios nietos que, como consecuencia de su menor edad, carecen de los medios necesarios para hacer frente a la pérdida en su vida de unos familiares que eran figuras de referencia en su trato con ellos.



- En último término, puede producirse una ruptura forzada en las relaciones entre abuelos y nietos por diferencias personales entre los abuelos y los progenitores de los menores con quienes se impide el contacto.

Cuando existe una relación problemática entre los progenitores de uno de los cónyuges y el otro cónyuge, puede producirse una ruptura total de la relación entre progenitores e hijos, que se puede extender a las relaciones de aquéllos con sus nietos, a los que se interrumpe la relación con sus abuelos. Las diferencias entre los progenitores y los hijos pueden deberse a diferentes razones y terminar en una ruptura entre ambos núcleos familiares, lo que conlleva a la pérdida total de la relación entre los abuelos y los nietos con los que tenían un fuerte vínculo.

Esta situación suele finalizar con la interrupción radical de las relaciones entre los abuelos y los nietos, impidiendo cualquier intento de los mayores por restablecer la relación con los niños, incluso la mínima comunicación entre ellos.

Es evidente que debe prevalecer, en interés de los niños, el mantenimiento de los vínculos afectivos y personales con los abuelos y cuanto ellos representan, siendo mayor la pérdida cuanto más estrechas fueron las relaciones mantenidas hasta entonces entre ellos.

En cualquiera de los supuestos anteriores, existirá siempre una iniciativa de los abuelos en favor del mantenimiento o restablecimiento de la relación con los nietos y paralelamente, una negativa de los progenitores que tienen a éstos bajo su custodia, de facilitar dichas relaciones. Ante tal situación y tras agotar los intentos por vía amistosa de restablecer las relaciones mutuas, los abuelos deberán acudir a los medios que les ofrece la Ley 42/2003 para exigir, por vía judicial, el derecho que les ampara y rehabilitar las relaciones interrumpidas a través del correspondiente régimen de visitas, que el juez podrá establecer a favor de los abuelos y que tendrá el carácter de medida ejecutable por vía de apremio.

El juez determinará si procede establecer un régimen de visitas entre los abuelos y los nietos, así como la extensión del derecho y la forma y modo de llevarlo a cabo.

La Ley establece que las relaciones entre abuelos y nietos no podrán impedirse “*sin justa causa*”, por lo que, frente a una reclamación judicial de los abuelos, los progenitores tratarán de probar la existencia de una causa justa que respalde la interrupción de las relaciones, como p. ej. que mantener un contacto regular entre los abuelos y los nietos puede resultar peligroso para el correcto desarrollo de los menores debido a que alguno de los abuelos padezca algún trastorno psicológico, así como que los propios menores no desean mantener contacto con los abuelos.

### **V.3.- Concepto del derecho de visita en la relación entre los abuelos y los nietos**

La Ley 42/2003 permite que el sistema de visitas, comunicaciones y estancias que los abuelos mantengan con sus nietos, se establezca por los cónyuges en el convenio regulador que regirá su separación o divorcio, pudiendo establecer, en su caso, las garantías para la efectividad de este derecho, que siempre requerirá la homologación judicial.

En consecuencia, si alcanzan un mutuo acuerdo, los cónyuges determinarán la forma y modo en que los abuelos y los nietos puedan relacionarse, fijando los días y las horas en los que se concretará el contacto mutuo, así como los períodos de vacaciones que los niños puedan permanecer en compañía de los abuelos.

La Ley prevé la posibilidad de que, en defecto de tal acuerdo, el juez, atendiendo a las circunstancias y al grado de vinculación que los abuelos mantuvieron con los nietos, establezca un concreto régimen de visitas a favor de los abuelos, cuando éstos acudan al procedimiento contencioso correspondiente. Como establece la STS 359/2013 de 24 de mayo de 2013, rige en la materia un criterio de evidente flexibilidad en orden a que el juez pueda emitir un juicio prudente y ponderado, en atención a las particularidades del caso, el cual deberá tener siempre como guía fundamental el interés superior del menor.

En el caso de que continúen existiendo dificultades en el ejercicio del derecho de visitas de los abuelos, tanto se haya establecido en un convenio como que lo haya fijado un juez, será exigible a través de la oportuna ejecución de títulos judiciales, pudiendo el juez compeler al cumplimiento de lo dispuesto en relación con este derecho a quien se esté impidiendo injustamente su ejercicio.

#### **V.4.- Colisión de derechos de los abuelos en el régimen de visitas**

Uno de los supuestos en que pueden existir problemas en la relación de los abuelos con los nietos, surge como consecuencia de la separación o divorcio de los cónyuges y cuando uno de ellos, impide que sus hijos se puedan relacionar con alguno de sus abuelos o con todos ellos.

Si la guarda y custodia de los hijos se le adjudica a un progenitor, el otro tendrá derecho al correspondiente régimen de visitas que, usualmente, comprenderá fines de semana alternos y la mitad de los períodos de vacación escolar en Navidad, Semana Santa y verano.

Lo habitual es que los nietos tengan dos parejas de abuelos, por lo que no sería inviable que todos los abuelos tuvieran problemas en el ejercicio del derecho a relacionarse con sus nietos y exigieran, al amparo de la Ley 42/2003, el establecimiento a su favor del correspondiente régimen de visitas. Incluso, podría suceder que los abuelos estuviesen separados entre sí y cada uno de ellos reclamara su correspondiente derecho. En consecuencia, los menores verían extraordinariamente fraccionado su tiempo de ocio, que tendrían que compartir con su progenitor y con los abuelos.

En casos como estos y como manifiesta la Ley 42/2003, el juez tendrá que actuar “*atendidas las circunstancias*”, adaptando, coordinando y armonizando los intereses de todos y cada uno de quienes reclamen su derecho, considerando siempre el interés de los menores como el bien más necesitado de protección y en consecuencia, fraccionando el derecho de cada interesado en atención al beneficio prioritario de los menores.

En estos supuestos de colisión de derechos, el derecho del progenitor separado o divorciado a visitar a sus hijos y tenerlos en su compañía debe prevalecer sobre el derecho de los abuelos, en atención al grado de cercanía en el parentesco que une a unos y otros, por lo que el régimen de visitas de los abuelos debe ser inferior a la duración que se reconozca al progenitor.

Asimismo, el juez puede establecer un régimen de contactos, con el fin de fortalecer y asegurar el mantenimiento de los lazos afectivos entre los nietos y los abuelos. Para ello tendrá que tener muy en cuenta cuál ha sido el grado de vinculación afectiva y de contacto personal entre los abuelos y los nietos antes de truncarse la relación.

El derecho de los abuelos a visitar y tener consigo a sus nietos, cualquiera que sea la extensión con que el juez la determine, puede incluir pernocta de los menores en el domicilio de sus abuelos, así lo declara la STS 723/2013, de 14 de noviembre de 2013: *“puede autorizarse la pernocta de los menores con los abuelos, en períodos convenientemente ponderados [...] La pernocta no puede acordarse con carácter general pero tampoco puede impedirse indiscriminadamente*<sup>197</sup>.

---

<sup>197</sup> Así también lo establecen las sentencias de SAP de Alicante, Sección 6ª, 31/2015 de 12 febrero de 2015 [JUR 2015\124131]; SAP de Asturias, Sección 5ª, 129/2015 de 11 mayo de 2015 [JUR 2015\142551]; SAP de Islas Baleares, Sección 4ª, 167/2015 de 19 mayo de 2015 [JUR 2015\149498]; SAP de A Coruña, Sección 6ª, 270/2014 de 9 octubre de 2015 [JUR 2015\80165]; SAP de Salamanca, Sección 1ª, 253/2014 de 27 octubre de 2015 [JUR 2015\60673]; SAP de A Coruña, Sección 3ª, 335/2014 de 7 noviembre de 2015 [JUR 2015\46208]; SAP de Ourense, Sección 1ª, 54/2016, de 11 febrero de 2016 [JUR 2016\56730]; SAP de Asturias, Sección 6ª, 67/2016, de 29 febrero de 2016 [JUR 2016\60610]; SAP de A Coruña, Sección 4ª, 127/2016, de 12 abril de 2016 [JUR 2016\117879]; SAP de Pontevedra, Sección 6ª, 34/2017, de 30 enero de 2017 [JUR 2017\62763]; SAP de Badajoz, Sección 3ª, 32/2017, de 7 febrero de 2017 [JUR 2017\57729]; SAP de Granada, Sección 5ª, 67/2017, de 24 febrero de 2017 [JUR 2017\164742]; SAP de Valencia, Sección 10ª, 300/2017, de 3 abril de 2017 [JUR 2017\165477]; SAP de Almería, Sección 1ª, 141/2017, de 4 abril de 2018 [JUR 2018\285709]; SAP de Almería, Sección 1ª, 144/2018, de 6 marzo de 2018 [JUR 2018\244534]; SAP de A Coruña, Sección 5ª, 143/2018, de 10 mayo de 2018 [JUR 2018\248861]; SAP de A Coruña, Sección 5ª, 225/2018, de 5 julio de 2018 [JUR 2018\260217]; SAP de Zamora, Sección 1ª, 303/2018, de 15 noviembre de 2019 [JUR 2019\10329]; SAP de A Coruña, Sección 4ª, 392/2018, de 29 noviembre de 2019 [JUR 2019\37033]; SAP de Teruel, Sección 1ª, 7/2019, de 17 enero de 2019 [JUR 2019\208376]; SAP de Asturias, Sección 1ª, 215/2019, de 21 marzo de 2019 [JUR 2019\150993]; SAP de Madrid, Sección 22ª, 506/2019, de 4 junio de 2019 [JUR 2019\227099]; SAP de Valladolid, Sección 1ª, 311/2019, de 17 julio de 2019 [JUR 2019\293255]; SAP de A Coruña, Sección 5ª, 311/2019, de 25 septiembre de 2019 [JUR 2019\305844]; SAP de A Coruña, Sección 5ª, 389/2019, de 27 noviembre de 2020 [JUR 2020\79609]; SAP de Barcelona, Sección 12ª, 32/2020, de 17 enero de 2020 [JUR 2020\48385]; SAP de Vizcaya, Sección 4ª, 108/2020, de 24 enero de 2020 [JUR 2020\173696]; SAP de Córdoba, Sección 1ª, 329/2020, de 23 abril de 2020 [JUR 2020\227069]; SAP de Valencia, Sección 10ª, 201/2020, de 30 abril de 2020 [JUR 2020\224230]; SAP de Cádiz, Sección 5ª, 527/2020, de 26 mayo de 2020 [JUR 2020\225900]; SAP de Palencia, Sección 1ª, 175/2020, de 27 mayo de 2020 [JUR 2020\224546]; y SAP de Madrid, Sección 22ª, 466/2020, de 29 mayo de 2021 [JUR 2021\21355].

En el supuesto de reclamación de visitas por parte de los abuelos cuando se ha producido el óbito de uno de los progenitores, la extensión puede ser la misma que correspondería a un progenitor separado o divorciado<sup>198</sup>.

En principio, al menos en los supuestos de fallecimiento de un progenitor, el derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos constituye un auténtico régimen de visitas, que puede tener un contenido relativamente amplio<sup>199</sup>.

#### **V.5.- La audiencia del menor en la solicitud judicial de visitas por parte de los abuelos**

Los conflictos que puedan surgir en el derecho de visitas, serán resueltos por el juez, conforme preceptúa el art. 160.III del CC.

El menor, los abuelos, el pariente o el allegado interesado en mantener una relación entre ambas partes, puede acudir en presencia judicial para solicitar que se establezca un régimen de visitas. El juez oír a las partes implicadas, resolviendo lo que considere más acorde con los intereses del menor, así como la no infracción de los pronunciamientos sobre las relaciones del menor con alguno de sus progenitores<sup>200</sup>

La STS 18/2018, de 15 de enero de 2018 [RJ 2018/28] trata del derecho de los menores a ser oídos en un supuesto de reclamación de régimen de visitas y comunicación entre abuelos y nietos.

Los abuelos tienen un derecho legítimo a tener un estrecho contacto con sus nietos, así que en principio, no cabe reducir la relación personal de los nietos con los abuelos a un

---

<sup>198</sup> ACEVEDO BERMEJO, A.: *Las relaciones abuelos – nietos. Régimen de visitas. Reclamación judicial*, Ed. Tecnos, Madrid, 2006, págs. 21 - 30.

<sup>199</sup> LÓPEZ DE LA PEÑA SALDÍAS, J. F.: “Relaciones entre nietos y abuelos: régimen de visitas”, *Repertorio de Jurisprudencia*, núm. 19/2004 [BIB 2004\1637].

<sup>200</sup> DÍEZ GARCÍA, H.: “Comentario al art. 161 del CC”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Comentarios al Código Civil, op. cit.*, págs. 1.648 - 1.656.

mero contacto durante un breve tiempo, aunque hay que considerar cada supuesto con las circunstancias que lo rodean.

En los procedimientos judiciales, las audiencias del menor tienen carácter preferente, informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento, por lo tanto, las resoluciones deben contener el resultado de la audiencia al menor y su valoración. Sin embargo, No debe equipararse la opinión y deseos del menor con su interés, ya que, en todo caso, debe prevalecer su beneficio en orden a su formación e integración social y familiar.

Si se deniega la audiencia del menor, la resolución tendrá que motivar que lo que se ha decidido es conforme al interés superior del menor.

En este sentido, la referida STS 18/2018, de 15 de enero de 2018 [RJ 2018/28] acuerda la nulidad de la sentencia recurrida y retrotrae las actuaciones al momento anterior a dictar sentencia, para que se oiga al nieto menor antes de resolver sobre el objeto del debate: *“Se trata de que a raíz de un enfriamiento de las relaciones entre el padre del menor con la abuela materna de éste (la madre falleció) ambos se encuentran enfrentados en la extensión que deben tener los contactos y estancias entre abuela y nieto. De ahí, que antes de cosificar esa relación, y sin que se ponga en tela de juicio las valoraciones jurídicas que contiene la sentencia recurrida, será precisa la exploración del menor, preservando su intimidad y sin crearle conflictos de lealtades, para decidir sobre si, en interés del menor, cabe reducir o no la relación personal entre abuela y nieto respecto a la que venían manteniendo. Por tanto, la motivación que contiene la sentencia recurrida para denegar tal exploración no es suficiente ni adecuada”*.

Es jurisprudencia del TS que, en principio, es decir, salvo circunstancias específicas que aconsejen lo contrario, el derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos se traduce en un auténtico régimen de visitas y que, bajo sanción de nulidad, debe

adoptarse, siempre que su edad lo permita, con audiencia de los menores, sin que ello interfiera o perturbe el ejercicio de la patria potestad, con el que debe compatibilizarse<sup>201</sup>.

La STS 532/2018, de 27 de septiembre de 2018, establece la necesidad de que se produzcan contactos entre abuelos y nietos y lo hace en los siguientes términos: *“La Ley establece el otorgamiento del derecho de relación entre abuelos y nietos a fin de garantizarla por la fuerza del vínculo familiar ya que enriquece a los menores y es bueno para fomentar su nivel madurativo y favorecer su crecimiento y formación.*

*Su papel es importante para la estabilidad del menor ya que disponen de una autoridad moral que puede ayudar a los nietos a racionalizar situaciones de conflicto familiar; favoreciendo en este sentido su estabilidad y su desarrollo, o contrarrestar situaciones de hostilidad o enfrentamiento entre los progenitores y dotar al menor de referentes necesarios y seguros en su entorno.*

*No cabe imponer un régimen de visitas que produzca el efecto contrario, esto es, que sean los propios abuelos quienes originen la inestabilidad y el desfavorecimiento del menor. El art.160.2 del CC a contrario sensu, permite denegar las relaciones del nieto con sus abuelos cuando concurra justa causa.*

*El juez puede emitir un juicio prudente y ponderado, en atención a las particularidades del caso, teniendo siempre como guía fundamental el interés superior del menor.*

*La complejidad de las relaciones entre familiares, como dice la sentencia 689/2011, de 20 de octubre de 2011, que citan la 359/2013, de 24 de mayo de 2013 y la 167/2015, de 18 de marzo de 2015, se evidencia en los asuntos referidos a las relaciones entre parientes más alejados que los progenitores, que pueden verse impedidos de una normal relación con sus descendientes o ascendientes.*

---

<sup>201</sup> PÉREZ CONESA, C.: “Derecho de los menores a ser oídos. Régimen de visitas entre abuelos y nietos (STS de 15 de enero de 2018)”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 4/2018 [BIB 2018\7483].

*Esta Sala en su jurisprudencia ha tenido que manifestarse a favor de estas relaciones en la que se pone de relieve la necesidad de que se produzca este tipo de contactos partiendo de la regla de que no es posible impedir el derecho de los nietos al contacto con sus abuelos, únicamente por la falta de entendimiento de éstos con los progenitores [...].*

*Esta es la línea que preside la resolución de los casos planteados en las SSTS 576/2009, de 27 de julio de 2009; 632/2004, de 28 de junio de 2004; 904/2005, de 11 de noviembre de 2005, y 858/2002 de 20 de septiembre de 2002, y especialmente la sentencia 723/2013, de 14 de noviembre 2013, con especial referencia a la Exposición de Motivos de la Ley 42/2013, de 21 de noviembre, por la que se modifica el art. 160 del CC”.*

#### **V.6.- La denegación del régimen de visitas de los abuelos cuando producen inestabilidad en el menor**

Según lo que establece la STS 689/2011, de 20 de octubre de 2011, el art. 160.2 del CC, a *sensu contrario*, permite denegar las relaciones del nieto con sus abuelos cuando concurra justa causa, que no define y que debe examinarse en cada uno de los casos que se deban enjuiciar.

Se considera justa causa que fundamente la denegación del derecho de los abuelos a visitar a sus nietos, la existencia de un perjuicio para el menor ya sea por poner en peligro su salud, su seguridad, sus valores, o bien, por el peligro de que el contacto con los abuelos impida la recuperación psicológica del nieto. Para suspender este derecho ha de probarse que las visitas perjudicarían el desarrollo y equilibrio emocional de los menores.

La STS 723/2013 de 14 de noviembre de 2013 señala que: *“de los propios antecedentes de la norma se establece que aun cuando la relación prioritaria sea la paterno filial, debe prestarse una especial atención a la relación abuelos-nietos, en interés del propio menor”.*



En relación a la causa por la que se puede restringir o suspender el régimen de relación entre abuelos y nietos la sentencia refiere en relación al caso concreto que: *“la justa causa no se establece de una forma simplemente especulativa sino fundada en beneficio e interés de las menores, a las que se coloca en una situación de riesgo de mantenerse las comunicaciones con los abuelos paternos”* y estima *“la justa causa para negar las comunicaciones, visitas y estancias de las nietas con sus abuelos no solo por unas reiteradas denuncias, condenas, alejamientos, etc., sino por la absoluta desvinculación familiar durante un periodo considerable de tiempo”*.

La SAP de Barcelona, Sección 18ª, 574/2019, de 18 de septiembre de 2019, tanto en primera instancia como en apelación, desaconseja la fijación de un régimen de relación con la nieta estimando que el interés de la menor es el que se debe salvaguardar. Existe un conflicto entre los padres y la abuela, cada uno de ellos con su percepción diferente del problema. Al mantenerse la conflictividad entre los padres y la abuela ha influido negativamente en los menores causándoles, incluso, una sintomatología.

La sentencia pone de relieve como, para la aprobación o denegación del derecho de relaciones personales con el menor, son relevantes los informes del EATAF (Equipo de Asesoramiento Técnico de familia), que son los servicios técnicos que se han creado en los juzgados para el asesoramiento necesario de jueces y magistrados, y que señalan en sus informes cuales son las medidas que se aconsejan en cada supuesto concreto teniendo en cuenta también la necesaria audiencia del menor.

El juez, antes de la adopción de cualquier medida en el caso concreto, va a apoyarse en el asesoramiento de estos servicios técnicos para resolver en consecuencia, según la situación real familiar y lo conveniente en cada caso para el menor.

Resulta muy interesante la apreciación que realiza la SAP de Barcelona de 18 de septiembre de 2019 al señalar que: *“se aprecian habilidades en la abuela para relacionarse con sus nietos pero no para restaurar la relación materno filial para lo cual no ha habido ni siquiera un intento. La abuela se limita a demandar visitas con sus nietos*

*por la vía judicial sin identificar responsabilidad alguna en la inexistencia de relación con su hija y esta, madre de los menores, tiene una percepción de haber sido víctima de maltrato por parte de su madre mostrando un temor insuperable, sin terapia adecuada, hacia dicha figura. Sin restauración de dicha relación se coloca a los menores en una situación de vulnerabilidad importante pues se les sitúa en medio de un conflicto grave lo que afecta de forma clara a su desarrollo como personas pues carecen de herramientas para gestionar dicha situación [...]. Entendemos que no se trata de simples desavenencias entre los adultos sino de una situación de conflicto estructural que ha afectado a todo el grupo familiar y que debe restaurarse mínimamente entre los adultos antes de involucrar a los menores”.*

La sentencia manifiesta que el conflicto es estructural y que son los adultos quienes deben poner remedio. La abuela solicita el derecho de relación con los nietos y tiene habilidades para ello, pero se le niegan porque no puede restaurar la relación con su hija, madre de la menor<sup>202</sup>.

## **VI.- LAS DISTINTAS RESPUESTAS AL DERECHO DE VISITA EN EL DERECHO CIVIL PROPIO DE LAS CCAA**

### **VI.1.- La Ley 25/2010, de 29 de junio, que aprueba el Libro II del CC de Cataluña, relativo a la persona y a la familia<sup>203</sup>**

El CCCat apenas hace referencia al régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor con el que no residan, prima en todo caso, el plan de parentalidad y por lo tanto, el acuerdo que adopten los cónyuges.

---

<sup>202</sup> DE LA IGLESIA MONJE, M<sup>a</sup> I.: “El derecho de visita de los abuelos: su denegación por favorecer la inestabilidad y el desarrollo del menor”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 779/2020 [ISSN 0210-0444], págs. 1729 - 1744.

<sup>203</sup> La Ley 25/2010, de 29 de junio, que aprueba el Libro II del CC de Cataluña, relativo a la persona y a la familia (BOE de 21 de agosto de 2010, núm. 203).

En consecuencia, son los tribunales catalanes los que fijan un régimen de relaciones basándose, fundamentalmente, en los criterios siguientes:

- La situación personal del menor y de la persona o personas que desean relacionarse con él.
- La intensidad de las relaciones anteriores (grado de vinculación afectiva entre ellos), de tal manera que, si ha habido convivencia o relación positiva, el interés del menor aconseja conservarla y potenciarla.
- El respeto de las relaciones del menor con el titular de la patria potestad y ejerciente de las funciones de guarda.
- Aquellas circunstancias que sean relevantes y ayuden, debidamente ponderadas, a conformar el interés del menor.

En el CCCat se reconoce el derecho de los abuelos de visitar a sus nietos (art. 236-4, 2.º del CCCat), existiendo además una jurisprudencia relevante en esta línea (SSAP de Barcelona de 2 de diciembre de 2015, de 3 de julio de 2018, de 27 de febrero de 2019, y de 2 de julio de 2019).

No constituye por sí misma una causa justa para impedir la relación entre abuelos y nietos, la actitud obstaculizadora de uno o ambos progenitores para mantener las relaciones con los abuelos, amparado en la negativa de los menores a asistir a las visitas.

Al aplicar el derecho catalán (arts. 236-4.2 y 236-5.1 del CCCat) el régimen relacional con los abuelos se puede restringir cuando existe justa causa, lo cual no difiere en nada al establecido en el art.160 del CC. A tal efecto, se considera que es justa causa que origina la denegación de las visitas a los abuelos:

- Si los menores muestran inquietud o ansiedad ante el temor de recordar determinados aspectos negativos de la relación entre las familias y que no debe persistir.
- Si se acredita la inexistencia de relación personal entre el progenitor y los abuelos, así como que los menores no conocen a los abuelos, ni los identifican como tal, sino a otras personas que ejercieron ese rol.
- Si con la manera de actuar entre el progenitor y los abuelos, sitúan a los menores en un conflicto de lealtades<sup>204</sup>.

**VI.2.- El Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el Título del “Código del Derecho Foral de Aragón”, el *Texto refundido de las Leyes Civiles Aragonesas*<sup>205</sup>**

La custodia individual, en cuanto implica la convivencia exclusiva con un único progenitor, exige, conforme al art. 80.1.3 del CDFA, la fijación de un régimen de comunicación, estancias o visitas de los hijos con el progenitor no custodio que le garantice el ejercicio de las funciones propias de la autoridad familiar y, en especial, del derecho-deber a relacionarse con aquellos.

A partir de ahí, el régimen de visitas a favor del progenitor no custodio dependerá del acuerdo de los progenitores y en su defecto, se fijará por el juez, salvo que, excepcionalmente, el interés del menor lo desaconseje ex art. 60.3 del CDFA. El régimen

---

<sup>204</sup> DE LA IGLESIA MONJE, M<sup>a</sup> I.: “El derecho de visita de los abuelos: su denegación por favorecer la inestabilidad y el desarrollo del menor”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 779/2020 [ISSN 0210-0444], págs. 1729 - 1744.

<sup>205</sup> El Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el Título del “Código del Derecho Foral de Aragón”, el *Texto refundido de las Leyes Civiles Aragonesas* (BA de 29 de marzo de 2011, núm. 67).

de visitas podrá ser más o menos amplio, pero cuando las visitas sean muy extensas no hay un criterio claro para distinguir entre custodia compartida e individual<sup>206</sup>.

### **VI.3.- La Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil<sup>207</sup> y la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores del País Vasco<sup>208</sup>**

La Exposición de Motivos de la LRF establece que los menores tienen derecho a “*relacionarse de forma regular con el progenitor no custodio*”, lo cual forma parte del contenido obligatorio del convenio regulador (art. 5.2.a.3º de la LRF).

Si no se alcanza un acuerdo entre los cónyuges, será el juez quien determine “*el tiempo, modo y lugar*” (art. 11.2 de la LRF) del ejercicio de este derecho, en el que se incluyen tanto las estancias más o menos prolongadas del menor con el progenitor no custodio, como la comunicación telefónica, electrónica o postal, cuando están separados.

En el supuesto de que se produzcan circunstancias graves, o si el progenitor incumple grave o reiteradamente la resolución judicial, el régimen puede ser limitado o suspendido. Entre las circunstancias graves, la propia Ley establece que serán cuando el progenitor haya sido condenado por sentencia firme por delitos cometidos contra los hijos o contra el otro progenitor, hasta la extinción de la responsabilidad penal<sup>209</sup> (art. 11.3 de la LRF).

La Ley utiliza distintas terminologías para referirse al régimen de visitas, lo cual genera imprecisión e inseguridad jurídica. Así, alude al “*régimen de comunicación, estancia o visitas*”; a “*las formas de comunicación con el progenitor no custodio*”; “*comunicación y estancia*”; se habla del “*derecho a visitarles, comunicar con ellos y*

<sup>206</sup> CHAPARRO MATAMOROS, P y MUÑOZ RODRIGO, G: *Las crisis familiares*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, págs. 467 - 503.

<sup>207</sup> La Ley 5/2015, de 25 de junio, de *Derecho Civil Vasco* (BOE de 24 de julio de 2015, núm. 176).

<sup>208</sup> Ley 7/2015, de 30 de junio, de *relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores* (BOE de 24 de julio de 2015, núm. 176).

<sup>209</sup> GIL RODRÍGUEZ, J. G.: *Manual de Derecho civil Vasco*, Ed. Atelier, Barcelona, 2016, pág. 110.

*tenerlos en su compañía” y “régimen de estancia, relación y comunicación con el no conviviente”.*

El régimen de visitas será un derecho “*con carácter general*”, siendo las limitaciones una excepción.

En la custodia compartida, salvo que los progenitores pacten que no existan visitas cuando estén en su compañía con el otro, lo cual suele obedecer a períodos de estancia muy cortos, lo normal, es que se fijen visitas, para señalarlas, se tendrá en cuenta la edad de los menores y el tiempo de estancia en la custodia.

Si los menores no son de muy corta edad, la custodia compartida suele fijarse por semanas alternas y no fijar régimen de visitas, salvo los períodos vacacionales.

En todo caso, si el régimen de visitas es pactado entre ambos cónyuges, habrá que mirar el interés del menor y elaborar el régimen de visitas adecuado a cada familia, evitando las que están típicamente estipuladas<sup>210</sup>.

#### **VI.4.- La Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de la *Compilación Foral de Navarra o Fuero Nuevo*<sup>211</sup>**

El régimen de visitas se menciona en la Ley 71 en su apdo. 9 que establece: “*cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia*”.

En aquellos casos en que haya acuerdo entre las partes, se establecerá lo que los cónyuges consideren. Cuando no sea posible alcanzar un acuerdo, el juez intentará conciliar todos los intereses, considerando como prioritarios los de los hijos menores o cuya capacidad haya sido judicialmente modificada, asegurando la igualdad de los

---

<sup>210</sup> AYERRA MICHELENA, K.: *Derecho Civil Vasco de Familia, Comentario crítico a la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2016, págs. 296 - 299.

<sup>211</sup> La Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de *modificación y actualización de la Compilación Foral de Navarra o Fuero Nuevo* (BOE de 8 de junio de 2019, núm. 137).

progenitores en sus relaciones con los hijos en todo lo que sea beneficioso para estos y fomentando la corresponsabilidad.

Si opta por establecer la custodia compartida, el juez fijará un régimen de convivencia de cada uno de los progenitores con los hijos, adaptado a las circunstancias de la situación familiar, que garantice a ambos progenitores el ejercicio de sus derechos y obligaciones en situación de equidad.

Si decide establecer la custodia individual, el juez fijará un régimen de comunicación y estancias con el otro progenitor que, atendiendo a las específicas circunstancias que le afecten, le garantice el ejercicio de las facultades y deberes propios de la responsabilidad parental que tenga atribuidos conforme a las leyes de esta Compilación.

Salvo circunstancias que lo justifiquen específicamente, no se adoptarán soluciones que supongan la separación de los hermanos.

En la misma resolución en la que se acuerden las medidas sobre la responsabilidad parental, el juez podrá, a petición de cualquiera de los progenitores o del Ministerio Fiscal, establecer el sistema de comunicación, visitas y contactos de los menores con otros familiares y allegados y, en particular, con los hermanos y abuelos, cuando ello sea beneficioso para ellos, y previa audiencia de dichas personas<sup>212</sup>.

---

<sup>212</sup> FAUS PUJOL, M.: “Efectos respecto a los hijos de la crisis matrimonial o de pareja en Navarra”, *Práctico Derecho de familia*, *VLex*, Agosto 2021.

## **VII.- EL RÉGIMEN DE VISITAS EN EL DERECHO COMPARADO DE LOS PAÍSES DE NUESTRO ENTORNO JURÍDICO-CULTURAL: FRANCIA, ITALIA Y PORTUGAL**

### **VII.1.- El régimen de visitas en Francia**

Los progenitores podrán establecer regular como se establecerán las visitas a sus hijos por medio de una propuesta de convenio regulador que será homologada por el juez, siempre que no perjudique los intereses de los hijos<sup>213</sup>.

En caso de desacuerdo entre los cónyuges, será el juez quien determinará el régimen de visitas<sup>214</sup>.

El derecho de visita sólo será objeto de suspensión o modificación en casos graves de riesgo para la integridad del menor, si bien el progenitor sigue teniendo derecho a resultar informado de las decisiones importantes que atañen a sus hijos<sup>215</sup>.

### **VII.2.- El régimen de visitas en Italia**

El progenitor al que no se le otorgue la custodia de sus hijos tiene derecho a un régimen de visitas y de comunicaciones.

El Decreto Ley de 28 de diciembre de 2013, núm. 154, ha introducido una protección a los abuelos, otorgándoles el derecho de reclamar personalmente a seguir asistiendo a sus nietos.

---

<sup>213</sup> *Code Civil* francés que incluye las reformas siguientes: Loi 70-459 de 4 de junio de 1970; Loi 2002-305 de 4 de marzo de 2002; Loi 2004-439 de 26 de mayo de 2004; Loi 2016-1547 de 18 de noviembre de 2016; Loi 20149-1480 de 28 de diciembre de 2019; y Loi 2020-936 de 30 de julio de 2020.

<sup>214</sup> MALLEVAEY, B.: “Audition et discernement de l'enfant devant le juge aux affaires familiales. Remise du rapport à la mission de recherche Droit et justice”, *AJ famille*, núm. 3/2019.

<sup>215</sup> Dalloz, Lefebvre Dalloz: “Le droit de famille”; “Les cas de divorce”, 2021; “Le jugement de divorce”; “Le divorce et ses effets (personnels et patrimoniaux)”, 2021; “L’ autorité parentale”, 2021.



La nueva legislación prevé expresamente el derecho de los ascendientes a tener relaciones significativas con sus nietos, incluso en el caso de la separación de los progenitores del menor. Si este derecho les fuera impedido, pueden recurrir directamente al Tribunal de Menores de jurisdicción, ante el juez de la residencia habitual del niño, para que adopte las medidas más adecuadas al interés del menor<sup>216</sup>.

### **VII.3- El régimen de visitas en Portugal**

El tribunal determinará la residencia del hijo y el derecho de visita, de acuerdo con el interés del menor, teniendo en cuenta las circunstancias relevantes y, eventualmente, el acuerdo de los progenitores y la disponibilidad manifestada por cada uno de ellos para promover la relación con los hijos<sup>217</sup> (art. 1906.5 del CCP<sup>218</sup>).

## **VIII.- LA INCIDENCIA DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL RÉGIMEN DE VISITAS**

La Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio de 2021, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia<sup>219</sup> modifica el art. 92 del CC para reforzar el interés superior del menor en los procesos de separación y divorcio, así como para asegurar que existan las cautelas necesarias para el cumplimiento de los regímenes de guarda y custodia.

Se modifica el art. 158 del CC, con el fin de que el juez pueda acordar la suspensión cautelar del régimen de visitas y comunicaciones establecidos en resolución

---

<sup>216</sup> SALTARELLI, F.: “Crisi familiare: come incide il “bene casa” sul Diritto all’assegno post divorzio”, *Archivio delle locazioni e del condominio*, núm. 4/2017, págs. 401 y 402.

<sup>217</sup> MARTINS LEITAO, H.: *Da acção de divórcio e da separação judicial de pessoas e bens*, Elcla Editora, Porto, 2007, págs. 33 a 56.

<sup>218</sup> Código Civil, DL 47344, aprobado por Decreto- Ley 47 344, de 25 de noviembre de 1966 que incluye las reformas siguientes: Decreto-Lei 496/77, de 25 de noviembre de 1977; Ley 84/1995, de 31 de agosto de 1995; Ley 61/2008, de 31 de octubre de 2008; Ley 122/2015, de 1 de septiembre de 2015; Ley 43/2017, de 14 de junio de 2017; Lei 65/2020, de 4 de noviembre de 2020.

<sup>219</sup> Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, *de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia* (BOE del 5 de junio de 2021, núm. 134).

judicial o convenio judicialmente aprobado, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas, con la garantía de la audiencia de la persona menor de edad.

De acuerdo con el art. 66 de la *Ley Orgánica de Violencia de Género*<sup>220</sup>: “el juez podrá ordenar la suspensión de visitas del inculpado por violencia de género a sus descendientes”.

La finalidad es la de proteger a los menores<sup>221</sup>, e implica, además, que el varón durante el tiempo fijado judicialmente no pueda ver a sus hijos ni llevárselos consigo de fin de semana o de vacaciones.

La suspensión del derecho de visitas debe quedar reservada a casos cuya gravedad o especial naturaleza así lo aconseje, ya que el legislador ha querido arbitrar una medida cautelar dirigida a la protección de los menores, no una medida sancionadora, debiéndose analizar todas las circunstancias concurrentes, procurando un régimen singularizado y adaptado a las necesidades de cada caso.

El carácter excepcional y las circunstancias exigidas para privar o suspender a un progenitor del derecho de visita se centra, especialmente, a los casos de violencia doméstica, la cual no admite concesiones<sup>222</sup>.

La denuncia de una situación de violencia de género no debe determinar, sin más y automáticamente, el no establecimiento o la suspensión del régimen de visitas al progenitor inculpado, sino que habrán de analizarse todas las circunstancias concurrentes y en particular, el peligro generado para el menor. Ha de procurarse fijar un régimen singularizado y adaptado a las necesidades del caso concreto en interés del menor, que

---

<sup>220</sup> Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género (BOE de 29 de diciembre de 2004, núm. 313).

<sup>221</sup> GÓMEZ COLOMER, J. L.: *Violencia de Género y Proceso*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 230.

<sup>222</sup> GARCÍA ABURUZA, M. P: “La violencia doméstica desde el ámbito civil”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11/2010 [BIB 2009\2237].

puede ir desde la suspensión temporal de las visitas o comunicaciones hasta su ejercicio a través de mecanismos de mediación, como la presencia de terceras personas o realizarlas en el Punto de Encuentro Familiar (PEF).

Para que las medidas establecidas resulten eficaces son necesarios los equipos periciales en materia psicosocial en sede judicial, que informen al juez sobre la incidencia de la violencia enjuiciada en las medidas protectoras que se pudieran acordar<sup>223</sup>.

La pena de restricción o limitación del derecho de visita está recogida, con carácter general, como una pena privativa de derechos en los arts. 46 y 48.2 del CP.

Los malos tratos, las amenazas y las coacciones conllevan una tutela penal, y supone en un incumplimiento de los deberes familiares de tal gravedad que pueden limitar o suspender el régimen de visitas<sup>224</sup>.

La STS 36/2015, de 26 de noviembre de 2015 [2015/5624], fijó como doctrina jurisprudencial, antes de la entrada en vigor de la nueva redacción del art. 65 LOPIVG, que el juez o tribunal podrá suspender el régimen de visitas del menor con el progenitor condenado por delito de maltrato a su cónyuge, al menor o a alguno de sus hermanos, valorando los factores de riesgo existentes. Pero, quizá lo más interesante de esta sentencia no sea la doctrina que fija, sino la lógica argumentativa que expone.

El TS evoca un principio de cautela que debe inspirar a los órganos judiciales a la hora de establecer el régimen de relaciones, en este caso de contactos, entre el progenitor condenado por malos tratos (a otro de los hijos y a la madre) y los menores a su cargo. Ese principio debe actuar a la hora de valorar el riesgo para la integridad de un menor “*con escasas posibilidades de defensa*”.

---

<sup>223</sup> TASENDE CALVO, J.: “Aspectos civiles de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 664/2005 [BIB\2005\742].

<sup>224</sup> CASADO CASADO, B.: “El derecho de visitas del menor. Incumplimiento por el progenitor no custodio y consecuencias al incumplimiento: la limitación, restricción o suspensión de las visitas desde el ámbito civil y penal”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 62/2014 [BIB 2014\1395].

El TS reprocha a las resoluciones de instancia, la falta de consideración del interés del menor, al “*no concretarse los aspectos que debe contener el programa terapéutico que establece, ni ante quién lo debe desarrollar, ni quién homologará los resultados obtenidos*”. Es decir, afea al órgano judicial, sin decirlo expresamente pues no era aplicable al caso la nueva redacción del art. 65 LOPIVG, el que no hubiera previsto adecuadamente “*las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación*” de la menor respecto de la que se suspende el régimen de visitas<sup>225</sup>.

Se establece como doctrina jurisprudencial por el TS que el juez o tribunal podrán suspender el régimen de visitas del menor con el progenitor condenado por delito de maltrato con su cónyuge o pareja y/o por delito de maltrato con el menor o con otro de los hijos, valorando los factores de riesgo existentes. Y siguiendo esta línea, la mayor parte de las resoluciones estudiadas en las que se da por probada la existencia de violencia de género, introducen medidas de restricción de las visitas y estancias con el progenitor contra el que se sigue causa por violencia de género o violencia familiar, sobre todo a través de la intervención de los PEF, fundamentándolo en el interés de los menores, la existencia de hechos de violencia, o a las conclusiones de los informes periciales. En líneas generales, la suspensión del régimen de visitas debe reservarse para estos casos específicos:

- Supuestos en que la orden de alejamiento, o prohibición de aproximación, se hubiere acordado respecto de los propios menores.
- Supuestos en que la especial gravedad o naturaleza de los hechos así lo aconsejen para la protección de los menores que puedan ser víctimas potenciales de la violencia del agresor.
- Supuestos en que se haya probado que el padre instrumentaliza a los hijos para seguir maltratando psicológicamente a la mujer, lo que puede suceder cuando el padre aprovecha el régimen de comunicaciones para dirigir y trasladar a la mujer, a través de los hijos, todo tipo de insultos, expresiones injuriosas u ofensivas, o amenazas.

---

<sup>225</sup> GÓMEZ FERNÁNDEZ, I.: “Hijas e hijos víctimas de la violencia de género”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8/2018 [BIB 2018\11763].

- Supuestos de condena penal del progenitor no custodio por delitos cometidos sobre los propios hijos menores.

En aquellos casos en que se hubiere impuesto al agresor, sea como pena o como medida cautelar, la prohibición de aproximarse a la víctima, a su domicilio y a su lugar de trabajo a menos de una determinada distancia, y no se hubiere acordado la suspensión del régimen de visitas del agresor con los hijos comunes de ambos, es preciso compatibilizar el normal desarrollo del régimen de visitas y estancias establecido, con el cumplimiento de la pena o medida cautelar de alejamiento, que exige precisamente la evitación de encuentros o contactos directos y personales entre los progenitores para eliminar la posibilidad u ocasión para la perpetración de nuevas agresiones.

No pudiendo el agresor aproximarse a la víctima o a su domicilio a menos distancia de la determinada en la resolución judicial, no es posible que las recogidas y entregas de los menores para el cumplimiento del régimen de visitas se realicen por el padre y en el domicilio materno, de modo que, en dicha coyuntura, cabe adoptar una de estas soluciones:

- Que las recogidas y entregas de los menores para llevar a cabo las comunicaciones y estancias se realicen en el domicilio materno, pero por otra persona distinta del agresor, autorizada por el juez. Tal posibilidad será viable en aquellos supuestos en que existan personas mayores de edad, de la confianza de ambos progenitores, que conozcan a los menores y que estén dispuestas a asumir voluntariamente dicha tarea. Pueden llevar a cabo satisfactoriamente esta misión, por delegación del padre agresor, un pariente de los menores (abuelos o tíos paternos, un hermano mayor de edad, etc.) o un amigo o conocido. Pero es necesario que las relaciones de la víctima con esta persona designada al efecto, sean buenas.

- Que las recogidas y entregas de los menores para el desarrollo del régimen de visitas establecido se realicen en el domicilio del padre agresor, pero por una persona

distinta de la víctima. Iguales consideraciones a las del supuesto anterior cabe efectuar para éste.

- Que las recogidas y entregas de los menores se verifiquen en un lugar público, determinado por las partes, realizando la entrega y recogida familiares de los progenitores. En este caso, puede elegirse como lugar para los intercambios uno próximo al domicilio de los menores y de la víctima, al no intervenir el agresor.

- Que las recogidas y entregas de los menores se verifiquen por el agresor en un lugar público, determinado por las partes, situado del domicilio materno a distancia no inferior a la de la orden de alejamiento, efectuando la entrega y recogida familiares o personas de confianza de la madre.

- Que las entregas y recogidas de los menores se lleven a efecto por familiares del padre, en un lugar público, que puede estar situado a cualquier distancia del domicilio materno, siendo la madre la encargada de trasladarlos hasta el lugar de intercambio y recogerlos al regreso. También es preciso, para aplicar esta modalidad de intercambio, que existan unas relaciones aceptables entre la madre y los parientes paternos autorizados para la realización de los intercambios.

- Que las recogidas y entregas de los menores se lleven a cabo por el padre, en el domicilio de los abuelos o tíos maternos, si, por razón de la distancia, ello no supone infracción de la prohibición de aproximación a la víctima, o que, bajo igual condicionante, la madre entregue y recoja a los menores en el domicilio de los abuelos u otros parientes paternos. Será preciso, para el empleo de esta modalidad, que no existan relaciones hostiles entre el progenitor que participe en los intercambios y la familia extensa del otro.

- Que las recogidas y entregas de los menores se lleven a cabo por el padre en el colegio al que asisten los menores, siempre que el centro escolar correspondiente esté ubicado a mayor distancia del domicilio de la víctima que la establecida en la prohibición de aproximación. Esta modalidad tiene la gran ventaja de permitir que sea el propio

agresor, y no terceras personas, quienes recojan y entreguen a los menores, pero presenta el grave inconveniente de que no es viable en los periodos vacacionales.

- Que la recogida y entrega de los menores se lleve a cabo en un PEF. En los supuestos en que no sea posible aplicar ninguna de las soluciones anteriores por existir relaciones muy conflictivas entre los parientes o familiares de la víctima y del agresor, o porque ninguno de ellos disponga del apoyo o ayuda de un tercero que pueda colaborar para la realización de los intercambios de los menores, y para llevar a efecto los mismos en los periodos vacacionales en los casos en que se haya establecido que las recogidas y entregas se efectúen en el colegio a que asisten los menores, se hace necesario acordar, con este fin, la intervención de un PEF.

- Que la recogida y entrega de los menores se lleve a cabo en otro lugar como la casa-cuartel de la guardia civil o la comisaría de policía nacional o local, en aquellas localidades en que aún no funcionare un PEF<sup>226</sup>.

Los jueces y tribunales que han de resolver sobre las medidas civiles, intentan compatibilizar las prohibiciones de aproximación y/o comunicación con la madre en el ámbito penal, con la continuidad en el desarrollo del derecho de visitas, restringiéndolo o “modalizándolo” para evitar la incidencia negativa de las diferentes situaciones. La suspensión o supresión del derecho de visita se restringe a los casos en que los menores fuesen víctimas de violencia y se hubiere adoptado alguna medida cautelar en el procedimiento penal con respecto a ellos.

La Sala Civil del TS considera la violencia de género como una incidencia negativa en los menores y generadora de una posible situación de riesgo para ellos, pero la entidad de los intereses en conflicto, los derechos fundamentales concernidos, y sobre todo, la siempre idea rectora de que cualquier decisión ha de venir encaminada a preservar el “*interés superior del menor*” impone al juzgador la tarea de ponderar, en cada caso, los informes de los profesionales técnicos especializados, la de establecer un adecuado

---

<sup>226</sup> GONZÁLEZ DEL POZO, J. P: “Incidencias de la violencia de género en el derecho de familia: especial tratamiento del régimen de visitas”, *Diario La Ley*, núm. 6998/2008 [LA LEY 38862/2008].

sistema de control y seguimiento de cualquier incidencia, valorando los posibles factores de riesgo y, en su caso, la instrumentalización que el agresor pudiera llevar a cabo con tales visitas como medio para continuar victimizando a la madre.

En primer lugar, en la STS 598/2015, de 27 de octubre de 2015 [RJ 2015/5043], desestima el recurso de casación de la madre, víctima de violencia de género que determinó la adopción de medidas de protección por el JVM, discrepando del régimen de visitas restringido establecido establecido a favor del padre, con entregas en el punto de encuentro. Tanto el Ministerio Fiscal como la AP rechazaron los argumentos de la mujer, que ahora en casación reitera, argumentando que el interés del menor es el principio al que debe atenderse a la hora de establecer medidas de protección y cuidado, y que la LO 1/2004 autoriza la suspensión y restricción al derecho de visitas, cuando el superior interés del menor así lo aconseje. El art. 94 del CC permite al juez limitar o suspender el derecho de visita, pero consta en autos el progreso en las visitas a través del PEF y la conveniencia del contacto con el padre, aunque restringido al principio. La sentencia recurrida valoró de forma pormenorizada las pruebas, teniendo en cuenta el interés de los menores, fruto de lo cual, fue la aprobación de un sistema de visitas restringido que luego fue ampliado en beneficio de los menores. De los informes del PEF resulta una normalización de las relaciones de las hijas con el padre que no aconsejan restringir las visitas en la forma solicitada por la recurrente y por el Ministerio Fiscal. Además, una vez terminado el sistema restrictivo más de año y medio antes, no constan conflictos o incidencias posteriores.

En la STS 680/2015, de 26 de noviembre de 2015 [RJ 2015/5624] se fija como doctrina que el juez o tribunal podrá suspender el régimen de visitas del menor con el progenitor condenado por delito de maltrato con su cónyuge o pareja y/o por delito de maltrato con el menor o con otro de los hijos, valorando los factores de riesgo existentes. El padre, que había sido condenado por sentencia por un delito de malos tratos habituales contra la demandada, dos delitos de malos tratos respecto de su hija mayor, y un delito de amenazas a las penas de dos años y ocho meses, seis meses y seis meses de prisión y accesorias, presenta demanda solicitando la adopción de medidas paterno-filiales respecto



de una hija de tres años de edad, interesando que quede bajo la guarda y custodia de la madre, ambos progenitores ostenten la patria potestad, así como la fijación de un régimen de visitas. Al momento de interponerse la demanda existe una orden de alejamiento provisional respecto de la demandada y la hija mayor. No existe ninguna limitación de comunicación o visitas impuestas judicialmente respecto de la hija menor. La sentencia del juzgado estimó parcialmente la demanda y acordó atribuir la guarda y custodia de la menor a la madre, con ejercicio conjunto de la patria potestad por ambos progenitores, optando por el establecimiento de un régimen de visitas restrictivo a desarrollar en un PEF, aun cuando reconoce que existe una desvinculación total entre el padre y la hija para así ir fomentando la relación paterno-filial. Añade que ninguna condena existe entre el padre y dicha menor, que el régimen de visitas establecido se iniciará cuando se produzca la excarcelación del actor, quedando condicionado a que este justifique que se ha sometido a un programa terapéutico en el que se le trate su carácter violento y que le habría llevado a cometer los hechos por los que había sido condenado.

La STS 36/2016, de 04 de febrero de 2016 [RJ 2016/260] estimaba el recurso de casación contra la sentencia de apelación, que acordó la guarda y custodia compartida, lo que combatía en casación la madre, considerando que, con posterioridad a su determinación, el padre había sido condenado de conformidad por un delito de violencia de género al amenazar a su ex-mujer. Es de destacar el argumento siguiente: *“Debe darse repuesta a hechos indiscutidos de violencia en el ámbito familiar, con evidente repercusión en los hijos, que viven en un entorno de violencia, del que son también víctimas, directa o indirectamente, y a quienes el sistema de guarda compartida propuesto por el progenitor paterno y acordado en la sentencia les colocaría en una situación de riesgo por extensión al que sufre su madre, directamente amenazada. La lógica conflictividad entre los progenitores como consecuencia de la ruptura no tiene que ver con que sus relaciones se vean afectadas por una injustificable condena por un delito de violencia de género que aparta al padre del entorno familiar y de la comunicación con la madre, lo que van a imposibilitar el ejercicio compartido de la función parental adecuado al interés de los hijos menores”*.

Finalmente, la STS 319/2016, de 13 de mayo de 2016 [RJ 2016/3675], desestima el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la madre de los menores, al considerar que no cabe apreciar error en la valoración de la prueba. Asimismo desestima el recurso de casación interpuesto por dicha recurrente porque la sentencia recurrida no infringe la doctrina jurisprudencial relativa al interés del menor, pues se limita a mantener un reducido contacto del padre con los hijos en el centro penitenciario, acompañados de tercera persona, sin perjuicio de que cuando salga en libertad se adopten las medidas, ajustadas a derecho, que interesen las partes, dado que el tribunal de apelación carecía de elementos de juicio suficientes para resolver, sobre el derecho de visita, tras la puesta en libertad del demandado. El recurso de casación interpuesto por el padre de los menores se estima parcialmente. De una parte, considera que concurre base jurídica sólida para suspender el ejercicio de la patria potestad, sin perjuicio de lo cual, en interés de los menores mantiene el derecho de visitas, si bien restringido. Por otra parte, estima parcialmente el recurso y permite que el recurrente pueda instar la modificación del régimen de visitas y comunicaciones desde que consiga el tercer grado y/o libertad condicional y asimismo mantiene la suspensión del ejercicio de la patria potestad, solo hasta que obtenga la libertad condicional de la totalidad de las condenas<sup>227</sup>.

---

<sup>227</sup> TARDÓN OLMOS, M.: “El régimen de visitas en supuestos de violencia de género”, *Revista La Ley Derecho de Familia*, núm. 12/2016.

## CAPÍTULO V

### LA CONTRIBUCIÓN A “LAS CARGAS DEL MATRIMONIO”

#### A| LAS PENSIONES ALIMENTICIAS DE LOS HIJOS HABIDOS DEL MATRIMONIO Y DEL OTRO CÓNYUGE

#### B| INSTRUMENTOS PARA SU ACTUALIZACIÓN

### **I.- EL CONCEPTO DE CONTRIBUCIÓN A LAS “CARGAS DEL MATRIMONIO”**

El matrimonio y la familia determinan, inevitablemente, la existencia de unas necesidades de todos los miembros de ésta que han de atenderse con medios personales y patrimoniales por ambos cónyuges y eventualmente, por los hijos.

El CC no conoce el concepto de carga familiar, sino de “*carga del matrimonio*”, ello se debe a que suelen ser los cónyuges quienes sostienen a la familia.

La STS 564/2006, de 31 de mayo de 2006, determina qué debe entenderse por cargas del matrimonio, las cuales deben identificarse con el sostenimiento de la familia, debiendo ser atendidas por ambos cónyuges en cuanto abarcan todas las obligaciones y gastos que exija la conservación y adecuado sostenimiento de los bienes del matrimonio y los contraídos en beneficio de la unidad familiar, considerándose también como contribución, el trabajo dedicado por uno de los cónyuges para la atención de los hijos comunes.

Por la contra, no se pueden considerar cargas del matrimonio, los gastos generados por ciertos bienes que, aun siendo de carácter común, no son bienes del matrimonio, ya que el régimen económico vigente durante la convivencia matrimonial ha sido el de separación de bienes que excluye cualquier idea de patrimonio común familiar. Así se reitera en la STS 516/2016 de TS de 21 de julio de 2016 que dice que si el matrimonio

está sujeto al régimen de separación de bienes, el pago del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar, y por extensión de otros préstamos de análoga naturaleza, no puede englobarse dentro del concepto cargas del matrimonio. Por lo tanto, la normativa aplicable a tal bien será la propia del régimen general de la copropiedad que es el art. 393 del CC, a tenor del cual el concurso de los partícipes en las cargas será proporcional a sus respectivas cuotas, que se presumen, *iuris tantum*, iguales.

Para LACRUZ BERDEJO<sup>228</sup>, con arreglo al art. 1.362.1º del CC, las cargas del matrimonio se han de acomodar a los usos y a las circunstancias de cada caso, las atenciones de previsión, el nivel de alojamiento, vestido, alimentación, educación, esparcimiento, vacaciones y, en general, la vida familiar. En principio, son los cónyuges quienes se hacen cargo de todo esto, pues los hijos menores pocas veces tienen bienes propios y sólo cuando se acercan a la mayoría de edad pueden obtener ingresos personales si se dedican a una ocupación lucrativa.

En consecuencia, cuando un hijo obtiene ganancias, con independencia de su edad, mientras se encuentre conviviendo en el hogar familiar, ha de contribuir equitativamente, según sus posibilidades, al levantamiento de las cargas familiares (art. 155 del CC), cesando esta obligación cuando deja de vivir en casa de sus progenitores.

El concepto de “*carga del matrimonio*” es mucho más amplio que el de “*deuda doméstica*” a que se refiere el art. 1.319 del CC al hablar de necesidades ordinarias de la familia, pues el primero comprende todas las deudas en cuanto sean realmente domésticas y también las atenciones personales de cada uno de los cónyuges que entren dentro del concepto de “*sostenimiento de la familia*” del art. 1.362 CC.

El art. 1318 del CC, situado entre las disposiciones generales aplicables al matrimonio cualquiera que sea el régimen económico matrimonial, aborda el problema por la vía de la responsabilidad de los patrimonios conyugales, al disponer que “*los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio*”. Por su

---

<sup>228</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil. Tomo IV. Familia*, Ed. Dykinson, Madrid, 2017, págs. 34 - 38.

parte, el art. 1438 del CC, en sede de regulación del régimen de separación de bienes, no se limita a gravar los patrimonios conyugales con una obligación, sino que impone un deber personal a cada uno de los cónyuges, en proporción a sus respectivos recursos.

A continuación expondremos cómo se establecen las cargas del matrimonio en función del régimen económico matrimonial que, constante el matrimonio, regulaba las relaciones patrimoniales entre los cónyuges.

### **I.1.- En el régimen de gananciales**

En el régimen de gananciales, la STS 672/2017, de 15 de diciembre de 2017, considera que lo más correcto es decir que son deudas “*a cargo*” de la sociedad de gananciales, ya que deben ser soportadas por su patrimonio.

La obligación de levantar las cargas familiares no se establece, expresamente, para el régimen de comunidad de gananciales, para el cual no se repite un precepto como el art. 1438 del CC para los bienes privativos. El art. 1.362 del CC se limita a establecer a cargo de la sociedad de gananciales, el sostenimiento de la familia, la alimentación y educación de los hijos comunes y las atenciones de previsión, es decir, habiendo bienes gananciales serán los que contribuirán, en primer término, a tales gastos.

Por una parte, están las obligaciones contraídas por uno solo de los cónyuges, en las que rige el principio de considerar que esa deuda tiene carácter privativo, pues en el CC no hay una presunción de ganancialidad de las deudas contraídas durante la sociedad de gananciales. Sólo se entenderá que una deuda es ganancial cuando así lo declare una sentencia.

No obstante, el patrimonio ganancial responderá frente a terceros (responsabilidad directa) en los siguientes casos:

- Si la deuda ha sido contraída en el ejercicio de la potestad doméstica o de la disposición o gestión de gananciales, que por ley le corresponda (art. 1365 del CC).

En el supuesto en que uno de los cónyuges efectúe pagos con una tarjeta de crédito, establece la STS 10/2016, de 1 de febrero de 2016, que si el dinero adeudado se destinó a una cuenta común de ambos cónyuges para satisfacer gastos familiares, es irrelevante si el endeudamiento se hizo con el consentimiento o la autorización del otro cónyuge.

En aquellos casos en que las deudas han sido contraídas en el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio o en la administración ordinaria de los propios bienes (art. 1365.2 del CC), si uno de los cónyuges es comerciante, los arts. 6 y 7 del CCom establecen que, para que los bienes comunes de los cónyuges queden obligados, es necesario el consentimiento de ambos cónyuges, el cual se presume cuando el comercio se ejerza con conocimiento y sin oposición del otro, o cuando al contraer matrimonio se hallare uno de los cónyuges ejerciendo el comercio y lo continuase sin oposición del otro.

A este respecto, la STS 203/2020, de 28 de mayo de 2020, aclara que la remisión a dichos artículos del CCom debe entenderse que lo es únicamente a la esfera externa (la responsabilidad frente a terceros), debiendo acudir al CC para todas las cuestiones relacionadas con la responsabilidad interna y a la responsabilidad subsidiaria con los bienes gananciales.

- También responderá el patrimonio ganancial frente a terceros, cuando las obligaciones extracontractuales de un cónyuge sean consecuencia de su actuación en beneficio de la sociedad conyugal o en el ámbito de la administración de sus bienes, salvo que fuesen debidas a dolo o culpa grave del cónyuge deudor (art. 1366 del CC).

En este sentido, la STS 262/2004, de 31 de marzo de 2004 [RJ 2004/2024], sienta doctrina y establece que frente al tercero responderá el patrimonio ganancial, y la

obligación será pasivo de la misma, a excepción de que fuesen debidas a dolo o culpa grave del cónyuge deudor.

Sobre la misma cuestión, la STS 762/2005, de 25 de octubre de 2005 [RJ 2005/7210], aclara que la norma del art. 1366 del CC no permite disminuir las garantías del acreedor, sino que frente al tercero funcionará la responsabilidad de la sociedad de gananciales, con independencia de las acciones que los cónyuges tengan entre ellos para el reembolso de lo pagado que no debiera ir a cargo de la sociedad.

- Asimismo, responderá frente a terceros el patrimonio ganancial, en aquellas obligaciones contraídas por uno solo de los cónyuges, en caso de separación de hecho, para el sostenimiento, atención y educación de los hijos (art. 1368 del CC).

Según la doctrina mayoritaria, durante la separación de hecho, las deudas que se contraigan tendrán carácter privativo, teniendo tan solo la consideración de gananciales cuando se acredite que se actuó en interés de la familia.

Por otro lado, se encuentran las obligaciones contraídas por ambos cónyuges que, conforme al art. 1367 del CC, responderán los bienes comunes en los supuestos siguientes:

- Mediante la realización conjunta del acto o negocio jurídico por ambos cónyuges, independientemente de que se trate de actos de administración o disposición, pues lo decisivo para vincular a la sociedad es la conducta de ambos al llevar a cabo de mutuo acuerdo, y en conjunto, un acto que genera un débito.

- Mediante la realización de negocios jurídicos por uno de los cónyuges, con el consentimiento expreso del otro, en cuyo caso, compromete también los bienes comunes, cualquiera que sea la naturaleza del negocio realizado. En este sentido, la jurisprudencia tiene declarado que el consentimiento no tiene prescrita forma determinada, pudiendo ser expreso o tácito y prestarse con anterioridad, simultáneamente o con posterioridad a la

celebración del negocio jurídico, lo que implica que también el consentimiento tácito o presunto puede comprometer y responsabilizar los bienes comunes.

## **I.2.- La contribución con trabajo personal**

No hay ningún precepto en el CC que imponga a los cónyuges la obligación de contribuir, con su cooperación personal, a la vida familiar. Si bien este deber de intervención personal, se deduce de la obligación de mutua ayuda y mutuo socorro; de “*actuar siempre en interés de la familia*” del art. 67 del CC; y de la obligación de “*velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos y educarlos*”, que impone a los progenitores el art. 154 del CC y que requiere la colaboración y el trabajo de ambos. En aras a evitar cualquier tipo de desigualdad, el inciso 2º del art. 68 del CC, establece que el deber de trabajo doméstico afecta a ambos cónyuges.

Por su parte, los cónyuges habrán de acudir con prestaciones personales, en la forma que resulte más adecuada y viable para cada uno, a las necesidades familiares. Pues si un cónyuge puede cooperar y no lo hace, tampoco puede exigirle al otro que atienda a la familia y al hogar.

En estos supuestos, el art. 158 del CC faculta al propio descendiente necesitado, a cualquier pariente y al Ministerio Fiscal, para acudir al juez y solicitar medidas cautelares para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades de los hijos, las cuales consisten en el cumplimiento de los deberes establecidos en el art. 154 del CC, que constituyen, a su vez, una “*carga del matrimonio*”<sup>229</sup> en virtud del art. 1.362.1º del CC.

---

<sup>229</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil. Tomo IV. Familia, op. cit.*, págs. 34 - 38.



### I.3.- En el régimen de separación de bienes

Por aplicación del art. 1438 CC, los bienes privativos de los cónyuges habrán de contribuir al sostenimiento de las cargas del matrimonio que, a falta de acuerdo, señala el citado art. se hará proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos:

*“Los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos. El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación”.*

Para ÁLVAREZ OLALLA<sup>230</sup> este deber no deriva del régimen económico matrimonial, sino del principio de colaboración, solidaridad y ayuda entre ambos cónyuges, de tal manera que el régimen económico solo fija el modo en que el deber ha de cumplirse. En todo caso, se trata de una norma de distribución entre los cónyuges de los gastos que origina atender a las cargas del matrimonio.

El propio precepto fija dos criterios para el cumplimiento del deber de contribuir a las cargas del matrimonio: el pactado por los cónyuges y subsidiariamente, el deber de contribución proporcional a los recursos económicos, aplicando así el criterio legal de la proporcionalidad. Ambos operan en la esfera interna al especificar la forma en que los cónyuges han de contribuir al pago de los gastos que tienen la consideración de cargas del matrimonio, por lo que no es oponible frente a terceros.

Lo importante, como precisa LACRUZ BERDEJO<sup>231</sup>, no es quién se obliga y quién responde, sino en cuanto y en cómo se contribuye. Por tanto, en la esfera externa es donde se determina la responsabilidad de los cónyuges frente a terceros, así, cuando se trata de un gasto necesario extraordinario que es una carga del matrimonio, frente a terceros responde el cónyuge deudor, quien luego podrá exigir el reembolso al otro

---

<sup>230</sup> ÁLVAREZ OLALLA, P.: “Comentario al art. 1438 del CC”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Comentarios al Código Civil*, Ed. Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2009, pág. 1.672.

<sup>231</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil. Tomo IV. Familia, op. cit.*, pág. 261.

cónyuge de las cantidades abonadas que excedan de lo que les corresponde, proporcionalmente, a sus recursos económicos.

En este sentido, la doctrina admite los acuerdos de los cónyuges en la contribución a las cargas familiares, considerando la regulación del CC como de Derecho dispositivo y no de *ius cogens*. Los acuerdos alcanzados deben respetar los límites generales del art. 1328 del CC, siendo válidos en las relaciones *inter partes*, e inoponibles frente a terceros en lo referente a las cargas del matrimonio que tengan la consideración de deuda doméstica al tener el art. 1319 del CC naturaleza imperativa.

La doctrina mayoritaria entiende que los cónyuges van a poder determinar cómo se van a repartir las cargas, qué cantidad tienen que aportar cada uno y de qué manera se va a ejecutar la obligación de contribuir. Asimismo, considera que no es necesario que dichos pactos o convenios reguladores consten en capitulaciones matrimoniales. Como rige el principio de libertad de forma, no es necesario que los pactos consten en documento público distinto de las capitulaciones matrimoniales, ni siquiera en documento privado, incluso puede no constar de forma expresa, ser tácitos, al deducirse del comportamiento cotidiano de los cónyuges.

Por lo tanto, ambos cónyuges tienen la obligación *ad extra* de afrontar las cargas del matrimonio con independencia de cuál sea el régimen económico y lo pactado entre ellos en capitulaciones. Si se trata de carga matrimonial que no tenga la consideración de deuda doméstica responde el patrimonio del cónyuge deudor (art. 1318 del CC); si, por el contrario, la carga tiene la consideración de deuda doméstica responde el patrimonio del cónyuge deudor y subsidiariamente el del cónyuge no deudor (art. 1319 del CC).

En el caso de que aquellos pactos que contribuyen a una desigualdad entre cónyuges, deben ser considerados nulos por ilícitos<sup>232</sup>.

---

<sup>232</sup> BERROCAL LANZAROT, A. I.: “Efectos patrimoniales en el régimen de separación de bienes”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 763/2017, págs. 2606 - 2645.

## II. CONCEPTO DE ALIMENTOS

Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación, siempre que el alimentista ya mayor de edad dedique esfuerzo a sus estudios y obtenga resultados aceptables. No entrarían en el concepto de alimentos actividades complementarias ni estudios universitarios si el alimentante tiene poca capacidad económica<sup>233</sup>.

DÍAZ MARTÍNEZ<sup>234</sup> considera que entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo.

La deuda de alimentos con los hijos menores de edad tiene su fundamento en la filiación, estableciendo el art. 110 CC la obligación de los progenitores de prestarles alimentos, aunque no ostenten la patria potestad.

El alcance cuantitativo de tal deber viene determinado legalmente por criterios de equidistancia entre las necesidades del acreedor del derecho y los medios o fortuna del alimentante, con distribución de dicha carga, en el supuesto de ser dos o más los obligados, en proporción a su caudal respectivo, a tenor de lo que disponen los arts. 93, 145 y 146 del CC.

Por su parte, el art. 93.1º del CC señala de modo imperativo al juzgador de instancia la obligación de determinar la contribución de los progenitores a los alimentos de sus hijos menores de edad, así como las medidas necesarias y convenientes para asegurar su efectividad:

---

<sup>233</sup> La STS de 23 de febrero de 2000 [RJ 2000/1169], define la deuda alimenticia como la obligación del alimentante de prestar al alimentista lo indispensable para cubrir todas sus necesidades perentorias, es decir, las necesidades mínimas para subsistir, precisándose un nexo de parentesco entre ambos sujetos (art.143 CC), así como una situación socio-económica suficiente en el primero y deficiente en el segundo (art. 146 CC).

<sup>234</sup> DÍAZ MARTÍNEZ, A.: *“Comentario al art. 93 del CC”*, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Comentarios al Código Civil*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 955 - 974.

*“El juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento”.*

Por último, hay que tener presente que los alimentos de los hijos menores de edad, tienen preferencia sobre los alimentos al resto de parientes, tal como establece el art. 145.3º del CC:

*“Cuando dos o más alimentistas reclamaren a la vez alimentos de una misma persona obligada legalmente a darlos y ésta no tuviere fortuna bastante para atender a todos, se guardará el orden establecido en el artículo anterior, a no ser que los alimentistas concurrentes fuesen el cónyuge y un hijo sujeto a la patria potestad, en cuyo caso éste será preferido a aquél”.*

## **II.1.- La obligación alimenticia**

La obligación de satisfacer alimentos a los hijos menores de edad, es una consecuencia de la filiación, según dispone el art. 39.3 de la CE y el art. 154.1º del CC, que subsiste aún en los supuestos de privación de la patria potestad, de acuerdo con los arts. 110 y 111 del CC.

La obligación alimenticia de los hijos se enmarca entre los derechos privados con enlace en el Derecho natural y político, siendo necesario para que se cumpla el derecho a la vida, así como, también a la integridad física; igualmente ha de entenderse como aquella obligación impuesta a una o varias personas, y supone la conjunción de dos partes:

- Una la acreedora (alimentista), que tiene el derecho a exigir y recibir los alimentos.
- Y otra la deudora (alimentante), que tiene el deber moral y legal de prestarlos.

Debiendo reunir el acreedor la condición de necesitado y el deudor poseer bienes y medios idóneos para atender su deuda<sup>235</sup>.

---

<sup>235</sup> SÁNCHEZ PEDRERO, A.: *La obligación alimenticia en los pleitos matrimoniales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 22.

La normativa reguladora de la cuantía de los alimentos no plantea ningún problema teórico de interpretación, apareciendo como una mera cuestión de hecho la fijación de la proporcionalidad que ha de establecerse para concretar dicha cuantía. La fijación de la cuantía no es recurrible en casación y la proporcionalidad entre las necesidades del alimentista y las posibilidades del alimentante la establece el juez, siempre y cuando no incurra en incongruencia.

El *quantum* de la pensión de alimentos se establece por la fortuna del deudor, de la que habrá que descontar lo necesario para el propio alimentante y su familia (art. 152.2º del CC) y que se compone, además de por sus bienes y capitales, por sus frutos, rentas, los rendimientos de sus actividades, e incluso, su derecho a alimentos frente a otro obligado.

El alimentista menor de edad, cuando no son sus progenitores los deudores, carece del derecho de alimentos si cuenta con medios suficientes para atender a sus necesidades<sup>236</sup>. Y la percepción de alimentos por los hijos menores de sus progenitores puede suspenderse cuando el menor tiene ingresos propios de entidad suficiente para subvenir completamente a sus necesidades de alimentación, vestido, alojamiento y educación<sup>237</sup>.

Respecto a la obligación de alimentos, la STS 742/2013, de 27 de noviembre de 2013, dice que se trata de suministrar el sustento básico en orden a salvaguardar la vida del alimentista frente a una asistencia mucho más amplia cuando hay hijos menores, que se extiende, estén o no en situación de necesidad, a los gastos que ocasione el desarrollo de la personalidad del menor (art. 10 de la CE y art. 154.2 del CC).

La doctrina y la jurisprudencia menor afirman que los alimentos que los progenitores deben prestar a los hijos menores consisten en una obligación de “mantenimiento integral”, cuyo fundamento se encuentra en la obligación de carácter imperativo derivada de la potestad parental. Esta obligación es mucho más amplia que la

---

<sup>236</sup> DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Comentario al art. 93 del CC”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Comentarios al Código Civil, op. cit.*, págs. 955 - 974.

<sup>237</sup> Conforme falla la STS de 24 de octubre de 2008 [RJ 2008/5794].

de los alimentos en sentido estricto, pues abarca todo lo necesario para satisfacer cualquier exigencia vital.

Por la contra, la deuda de alimentos a los hijos mayores de edad se supedita a una situación de necesidad. Así, el párr. 2º del art. 93 del CC en relación con el art. 142 del CC establecen un criterio más restringido, ya que con la mayoría de edad, los hijos alcanzan plenitud de derechos así como obligaciones, y los progenitores ya no se encuentran obligados a una prestación incondicional con el parámetro del nivel de vida, sino que cumplen con lo indispensable para la subsistencia<sup>238</sup>.

## **II.2.- El pago de la pensión**

Los progenitores no sólo tienen el deber de alimentar a los hijos menores, esto es, de procurarles sustento en el sentido material, sino también de instruirlos, preocupándose de que en el futuro se desenvuelvan por sí mismos y provean con suficiencia sus necesidades y las de la familia que funden, garantizando el desarrollo de la persona y su futura inserción social.

El alimentante cumple mediante la entrega de cosa fungible, así que la deuda alimenticia se satisface, usualmente, abonando prestaciones dinerarias mensualmente, con la peculiaridad de que es una deuda de valor, pues ha de ser satisfecha la cantidad que baste en cada momento para cubrir las necesidades del alimentista. Nos encontramos ante una prestación de tracto sucesivo, que se prolonga en el tiempo hasta que se dé una de las causas previstas legalmente para que proceda su extinción.

El alimentante tiene que pagar sumas de vencimiento sucesivo que variarán de acuerdo a los índices correctores que se introducen para mantener su poder adquisitivo<sup>239</sup>. La forma de hacer efectivo el abono de las pensiones de alimentos es por meses

---

<sup>238</sup> ORDÁS ALONSO, M.: *La cuantificación de las prestaciones económicas en las rupturas de pareja. Alimentos, pensión compensatoria, compensación por trabajo doméstico de las parejas de hecho*, Ed. Bosch, Barcelona, 2017, págs. 82 - 86.

<sup>239</sup> CABEZUELO ARENAS, A. L. y CASTILLA BAREA, M.: *Tratado de Derecho de la Familia* (Volumen I), Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pág. 6.

anticipados, durante los primeros días de cada mes, normalmente del uno al cinco y en la cuenta o depósito designado para realizar el ingreso.

Sin embargo, en algunos casos poco habituales, para cuantificar la pensión de alimentos se establece un porcentaje de las cantidades que perciba el progenitor obligado al pago. Esta fórmula plantea muchos inconvenientes, ya que puede dejar su determinación en manos del alimentante y puede llegar a ser tan baja que no cumpla la finalidad para la que se estableció, si bien esto puede paliarse señalando una cantidad mínima.

Esta forma de fijar la pensión en un porcentaje va en contra de la naturaleza y finalidad jurídica de los alimentos, generando incertidumbre en la cantidad que va a recibir mensualmente el alimentista; además, invierte la carga de la prueba, pues quien la percibe tendrá que intentar acreditar que los ingresos del alimentante son superiores, cuestión que resultará difícil o imposible de probar.

Por la contra, esta fórmula porcentual plantea algunas ventajas en aquellos supuestos de carencia o insuficiencia de ingresos del progenitor alimentante; y también en los casos en que los rendimientos del obligado a prestar alimentos son estables, ya que el porcentaje permite una adaptación a los ingresos percibidos. En base a ello, habrá que estar al caso concreto para valorar si puede ser más acertado establecer un porcentaje que una cantidad líquida.

Aunque como estamos refiriendo, lo habitual es abonar la pensión de alimentos en una cantidad pecuniaria, cabría la posibilidad de fijar alimentos en especie o incluso, una fórmula mixta en la que con la pensión de alimentos se prevea el abono directo de determinados gastos.

Siguiendo con las formas de pago más frecuentes, se suele establecer la pensión en doce mensualidades, siendo muy pocos los pronunciamientos que admiten la supresión de la obligación en los períodos vacacionales en que el menor se encuentra con el progenitor

no custodio. Ello se debe a que la pensión se fija en base a los ingresos anuales del obligado a prestar alimentos y teniendo en cuenta el cómputo de los gastos ordinarios mensuales del menor, incluyendo otros gastos puntuales o de inicio de curso que se abonan anualmente.

ORDÁS ALONSO<sup>240</sup> considera que, para fijar la cuantía de la pensión de alimentos, se debe tener en cuenta la amplitud de las visitas, pues habrá gastos que correrán a cargo del progenitor no custodio, que suelen ser alimentos en sentido estricto, y que se deben computar en aquellos casos en que los regímenes de visitas son muy amplios.

Un problema particular se plantea cuando el progenitor alimentante se encuentra en paradero desconocido y no se le puede comunicar la obligación del pago de la pensión de alimentos, ni conocer si percibe ingresos y si los tiene, en qué cuantía.

A este respecto, la STS 481/2015, de 22 de julio de 2015, se ha pronunciado diciendo que el progenitor debe afrontar su responsabilidad respecto de los hijos, no siendo de recibo que su mera ilocalización le exonere de la obligación de prestar alimentos, ni que a los tribunales les esté proscrita la posibilidad de determinar un mínimo por el hecho de que el progenitor haya abandonado su lugar de residencia. En base a ello, se fija una pensión de alimentos del 10% de los ingresos que se acrediten como percibidos por el progenitor del que se desconoce el trabajo que pudiera desempeñar.

Es necesario mencionar aquellos casos en que se fijan pensiones de alimentos cuantitativamente diferentes para hijos de matrimonios distintos. Al respecto la STS 903/2005, de 21 de noviembre de 2005, ha declarado que el principio de igualdad entre los hijos no impide apreciar situaciones diferenciadoras que autorizan a fijar los alimentos de que se trata en diversa cuantía a los establecidos para una situación precedente y a a

---

<sup>240</sup> ORDÁS ALONSO, M.: *La cuantificación de las prestaciones económicas en las rupturas de pareja. Alimentos, pensión compensatoria, compensación por trabajo doméstico de las parejas de hecho*, op. cit., pág. 215.



favor de otros hijos del obligado nacidos de un matrimonio anterior, debiendo atenderse, en cada caso, a las circunstancias concurrentes<sup>241</sup>.

Por último, respecto a la compensación de la pensión de alimentos, la STS 381/2021, de 7 de junio de 2021, determina el sentido que tiene la exclusión legal de la compensación respecto de las deudas de alimentos. El objeto es cubrir las necesidades de quien tiene derecho de alimentos, por lo que se trata de impedir que el alimentante se niegue a prestarlos mediante el mecanismo de la compensación. Es evidente que a las pensiones no vencidas no podría oponérsele la compensación por faltar el requisito de la exigibilidad (art. 1196 del CC) y parece razonable que el deudor de alimentos no pueda oponer la compensación de lo que deba en concepto de alimentos con otro crédito que ostente contra el alimentista. Si bien, frente a la reclamación por el alimentante frente al alimentista de cantidades debidas por este último al primero, el alimentista sí puede negarse a pagar oponiendo la compensación de lo que a su vez le deba el alimentante por alimentos.

Es decir, el alimentante no puede oponer la compensación (art. 1200.2º del CC), pero el acreedor de alimentos sí puede compensar las pensiones atrasadas con la deuda que él tenga frente a su deudor. En consecuencia lógica, quien puede renunciar o transmitir las pensiones alimenticias atrasadas, o el derecho a reclamarlas, puede también oponerlas en compensación (art. 151 del CC).

### **III.- LA DETERMINACIÓN DE LA CUANTÍA DE LA PRESTACIÓN DE ALIMENTOS**

#### **III.1.- La imposibilidad de fijar pensiones simbólicas ni cantidades globales**

Teniendo en cuenta el carácter de *ius cogens* que tiene la obligación de prestar alimentos a los hijos menores, el juez no puede establecer una pensión simbólica o de

---

<sup>241</sup> ORDÁS ALONSO, M.: *La cuantificación de las prestaciones económicas en las rupturas de pareja. Alimentos, pensión compensatoria, compensación por trabajo doméstico de las parejas de hecho, op. cit.*, págs. 184 - 189 y 213 - 224.

cuantía irrisoria, con la que el progenitor no cumpliría ni siquiera mínimamente a sufragar las necesidades de los hijos (art. 39.3 de la CE).

Por su parte, la sentencia de separación o divorcio debe individualizar a qué concepto obedece cada una de las sumas fijadas si consisten en pretensiones diferentes, ya que tendrán distintos presupuestos para su concesión, novación y extinción. Por lo tanto, la sentencia no puede fijar cantidades globales que agrupen las prestaciones económicas si se trata de conceptos jurídicos diversos como alimentos para los hijos menores, alimentos para los hijos mayores de edad, pensión compensatoria, etc. Mucho menos pueden establecerse cantidades en concepto de “*cargas del matrimonio*” en un procedimiento de divorcio, pues no pueden existir cargas de un matrimonio inexistente<sup>242</sup>.

### **III.2.- El principio de proporcionalidad**

Para el cálculo de la pensión alimenticia o contribución económica, deberá atenderse no sólo a sus ingresos ordinarios, sino también al capital o patrimonio, siendo admitido por nuestros tribunales, que el alimentante debe comprometer hasta su propio patrimonio para pagar los alimentos, caso de no ser suficiente con los ingresos periódicos.

El principio de proporcionalidad está recogido en el art. 146 del CC:

*“La cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe”.*

De dicho texto se desprende que hay que analizar la situación económica del alimentante y las necesidades del alimentista.

El alimentante es el deudor de la obligación de alimentos. Este criterio de proporcionalidad actúa en el sentido de no imponer al alimentante una carga superior de la que pueda soportar en relación a sus medios económicos.

---

<sup>242</sup> ORDÁS ALONSO, M.: *La cuantificación de las prestaciones económicas en las rupturas de pareja. Alimentos, pensión compensatoria, compensación por trabajo doméstico de las parejas de hecho*, op. cit., págs. 131 - 132.

El alimentista es el acreedor de la obligación de alimentos y hay que tener presente sus propias necesidades.

El art. 146 del CC establece este principio referido al caudal de quien paga los alimentos y las necesidades de quien los recibe.

El reparto de ese deber de alimentos de los progenitores para con sus hijos, ha de ser de una forma equitativa en relación a las posibilidades de cada uno<sup>243</sup>.

La STS 33/2017, de 19 de enero de 2017, dispone que: *“corresponde a los tribunales que resuelven las instancias y no debe entrar en él el TS a no ser que se haya vulnerado claramente el mismo o no se haya razonado lógicamente con arreglo a la regla del art. 146 del CC”*, de modo que, la fijación de la entidad económica de la pensión y la integración de los gastos que se incluyen en la misma, *“entra de lleno en el espacio de los pronunciamientos discrecionales, facultativos o de equidad, que constituye materia reservada al tribunal de instancia, y por consiguiente, no puede ser objeto del recurso de casación”*<sup>244</sup>.

### **III.3.- El caudal del progenitor alimentante**

La obligación de prestar alimentos es de ambos progenitores aunque no ostenten la patria potestad (arts. 110 y 111 CC), pues aunque en uno de los progenitores recaiga privación o suspensión de la patria potestad, ello no le exime de la deuda alimenticia con los hijos.

Esta obligación es de carácter mancomunado y es aquella que es exigible a dos o más personas deudoras, o por dos o más acreedores, en su parte correspondiente a cada una de ellas. Así, en el primer párr. del art. 145 del CC, se constata que la obligación de prestar alimentos es mancomunada y divisible:

---

<sup>243</sup> SÁNCHEZ PEDRERO, A.: *La obligación alimenticia en los pleitos matrimoniales*, op. cit., págs. 24 a 26.

<sup>244</sup> Así lo establecen la STS 604/2016, de 6 de octubre de 2016; la STS 636/2016, de 25 de octubre de 2016; y la STS 33/2017, de 19 de enero de 2017.

*“Cuando recaiga sobre dos o más personas la obligación de dar alimentos, se repartirá entre ellas el pago de la pensión en cantidad proporcional a su caudal respectivo”.*

Es decir, no será un reparto a partes iguales, sino en cantidad proporcional a sus caudales respectivos. Por lo que no queda justificado, sin más, la división por mitad de la cuantía reclamada en concepto de alimentos y habrá que tener en cuenta las posibilidades de cada alimentante (o deudor) de esta obligación<sup>245</sup>.

La obligación de alimentos es de ambos progenitores, si bien la aportación del progenitor custodio se realiza a través del cuidado y atención del hijo, máxime en los casos en que trabaja fuera de casa y realiza esta aportación personal.

Uno de los parámetros a los que alude el art. 146 del CC es el caudal del progenitor alimentante, para ello no se computa, exclusivamente, los ingresos ordinarios del obligado al pago, sino todo su capital, hasta el punto de que debe comprometer su propio patrimonio para abonar los alimentos si no son suficientes sus ingresos periódicos.

Por lo que respecta a los ingresos, hay que tomar en consideración el sueldo neto del alimentante al fijar la pensión de alimentos. En concreto, las Tablas elaboradas a instancia del Consejo General del Poder Judicial parten del sueldo neto para fijar las pensiones. En los ingresos se incluyen las pagas extraordinarias recibidas por el progenitor, ya que se incluyen en los rendimientos netos anuales. Así, habitualmente, los ingresos se calculan con la suma de los ingresos netos anuales y se dividen entre doce.

Por lo que se refiere a las dietas relativas a gastos de viaje, alojamiento o comida, existen discrepancias en la jurisprudencia menor, pues hay sentencias que consideraron que las dietas deben excluirse de los ingresos del progenitor para fijar la cuantía de la pensión de alimentos, ya que no constituyen retribución por trabajo, sino indemnización por gastos, y existen otras sentencias que opinan todo lo contrario. Este asunto ha sido llevado ante el TS, que ha dictado sentencia 298/2013, de 6 de junio de 2013, pero al

---

<sup>245</sup> SÁNCHEZ PEDRERO, A.: *La obligación alimenticia en los pleitos matrimoniales*, op. cit., págs. 22 y 23.

desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal, no ha manifestado su opinión sobre el fondo del asunto.

Sobre esta cuestión se ha pronunciado GONZÁLEZ SÁNCHEZ, quien considera que no pueden tener la misma consideración ni recibir el mismo tratamiento las cantidades que, en concepto de dietas, sean abonadas en compensación a gastos de viaje o de alojamiento que las percibidas para resarcir los gastos de manutención. En principio, las cantidades abonadas en concepto de gastos de manutención, deberían tenerse en cuenta al computar los ingresos, pues pueden ser un ahorro. En cambio, si con las dietas se retribuyen los gastos de viaje y alojamiento, no deben computarse, pero habrá de acreditar que ese ha sido el destino de la inversión recibida.

ORDÁS ALONSO<sup>246</sup> opina al respecto que debe haber una equivalencia entre el gasto y la dieta percibida por el progenitor, ya que lo recibido en exceso supone un incremento de los ingresos que deben computarse al determinar su capacidad económica, si bien no le parece imprescindible tener que comprobar que las cantidades efectivamente se hayan invertido en gastos de viaje y alojamiento cuando su importe sea equiparable al gasto normal que se corresponda por los referidos conceptos.

En otro orden de cosas, la fijación de la pensión de alimentos tiene que hacerse siguiendo el parámetro del deber máximo de diligencia que tienen los progenitores de satisfacer las necesidades de sus hijos. Así, la pasividad laboral, la pérdida injustificada de empleo, la reducción del sueldo, no aprovechar las oportunidades para mejorar los ingresos, etc., son circunstancias que no pueden beneficiar al progenitor negligente y perjudicar al hijo que necesita los alimentos. En consecuencia, el derecho de los hijos a los alimentos no se mide tanto en función de lo que gana el progenitor, sino de lo que puede ganar actuando con la máxima diligencia.

En este sentido, según el art. 770.2 de la LECiv, si se solicitaran medidas de carácter patrimonial, es importante aportar todos los documentos que permitan evaluar la

---

<sup>246</sup> ORDÁS ALONSO, M.: *La cuantificación de las prestaciones económicas en las rupturas de pareja. Alimentos, pensión compensatoria, compensación por trabajo doméstico de las parejas de hecho*, op. cit., pág 146.

situación económica de los cónyuges y, en su caso, de los hijos, tales como declaraciones tributarias, nóminas, certificaciones bancarias, títulos de propiedad o certificaciones registrales.

En la práctica, la prueba de estos ingresos, es uno de los mayores problemas, sobre todo en los supuestos en que un progenitor pretende ocultar sus ingresos reales para abonar menor cuantía de alimentos. En efecto, si los ingresos de un progenitor figuran en nómina, será sencillo acreditar la realidad de lo que percibe por el desarrollo de su trabajo. Por el contrario, cuando el progenitor se niega a aportar sus declaraciones del IRPF, su actitud denota un indicio de que pueda tener otros ingresos económicos, lo cual se valorará con el resto de las circunstancias concurrentes. Si bien, en algunos supuestos, las declaraciones del IRPF de uno o varios años anteriores a la ruptura no acreditan los verdaderos ingresos del progenitor obligado a prestar alimentos, ya que determinadas actividades no se declararon en esas fechas.

Especialmente complicado resultan aquellos casos en los que el alimentante ejerce una profesión liberal, participa en sociedades, percibe comisiones complementarias del salario fijo, etc., la STS 577/2014, de 21 de octubre de 2014, refiere que habrá que tener una mayor exigencia probatoria derivada de la mayor facilidad y disponibilidad de quien es perceptor de tales ingresos.

En todos estos casos en los que la prueba es complicada, los indicios son muy útiles para valorar la capacidad económica del alimentante, valorando y ponderando todos los datos de los que ha quedado constancia, y que llevan a los tribunales a deducir el verdadero nivel de vida del obligado a prestar alimentos y que, en muchos casos, no se corresponde con los ingresos y gastos que presenta<sup>247</sup>.

---

<sup>247</sup> ORDÁS ALONSO, M.: *La cuantificación de las prestaciones económicas en las rupturas de pareja. Alimentos, pensión compensatoria, compensación por trabajo doméstico de las parejas de hecho*, op. cit., págs. 137 - 155.

### **III.4.- Carencia de ingresos del progenitor obligado al pago de alimentos**

En los últimos años, se han incrementado los casos en que el progenitor obligado a prestar alimentos carece de ingresos, pues a causa de la crisis económica, ha perdido su empleo en el momento de la ruptura matrimonial, o con posterioridad.

Si en un procedimiento se reclaman alimentos para los hijos menores y una pensión compensatoria a favor de uno de los cónyuges y la capacidad económica del obligado al abono de los mismos, no alcanza para cubrir ambas prestaciones, tienen preferencia los alimentos de los menores y no cabrá conceder la prestación compensatoria.

Cuando la carencia de ingresos sucede una vez establecida la pensión alimenticia, se suele instar una modificación de medidas en la que se solicita el cese del pago de alimentos, pero también se puede solicitar la suspensión temporal del pago hasta que el progenitor tenga ingresos suficientes para atender sus propias necesidades. Por si no se admite ninguna de estas solicitudes, se acostumbra a solicitar una reducción de la cuantía de los alimentos con carácter subsidiario<sup>248</sup>.

#### **III.4.A.- Progenitor ingresado en prisión**

Cuando el progenitor obligado al pago de alimentos se encuentra en prisión, no tiene ningún tipo de ingreso y no dispone de un patrimonio con el que puede hacer frente a la pensión alimenticia, se mantiene teóricamente la obligación mientras subsista su situación. Si en el centro penitenciario percibe alguna remuneración por el desempeño de determinadas actividades, sí tendría que abonar una pensión de alimentos en la medida de sus posibilidades y en función de la cantidad recibida.

La jurisprudencia menor, mantenía al respecto dos corrientes contradictorias sobre la concesión de la suspensión de alimentos por el ingreso en prisión del progenitor alimentante; a saber: algunas sentencias concedían la suspensión de la obligación de

---

<sup>248</sup> ORDÁS ALONSO, M.: *La cuantificación de las prestaciones económicas en las rupturas de pareja. Alimentos, pensión compensatoria, compensación por trabajo doméstico de las parejas de hecho*, op. cit., págs. 155 - 169.

alimentar a los hijos menores<sup>249</sup>, durante el tiempo de la reclusión, considerando que existía un cambio de las circunstancias tenidas en cuenta en el momento de fijación de la medida, ya que el ingreso en prisión supone la pérdida del empleo que se venía desarrollando con la consiguiente pérdida del salario que se venía percibiendo. En el momento de la excarcelación resurgiría la obligación de abonar las pensiones alimenticias con las correspondientes actualizaciones. Por el contrario otras sentencias consideraban que la pensión de alimentos se debía de abonar aunque el progenitor se encontrase en prisión<sup>250</sup>

La STS 564/2014, de 14 de octubre de 2014 [RJ 2014/4754], pone fin a la confusión generada a este respecto y sienta jurisprudencia en materia de suspensión de la obligación de pago de alimentos reconocidos a favor de hijos menores cuando el progenitor alimentante ingresa en un establecimiento penitenciario.

El TS afirma que la obligación de dar alimentos “*es una de las de mayor contenido ético del Ordenamiento jurídico*” al amparo del art. 39 de la CE, pues, la obligación de pagar alimentos a los hijos menores es la materialización del deber de mantenimiento que pesa sobre ambos progenitores, por lo que esa obligación no debe cesar a causa de que el progenitor ingrese en prisión. El principio del interés del menor prevalece sobre el de sus progenitores.

El ingreso en prisión del progenitor obligado a prestar alimentos supone una falta de liquidez dineraria inmediata para detraer de la misma la prestación de alimentos. Pero, como señala acertadamente el TS, existiendo un patrimonio personal, es posible su realización, aplicando su producto hasta donde alcance para el pago de la prestación de alimentos, con el límite del art. 152. 2 del CC.

---

<sup>249</sup> Las sentencias que establecen la suspensión de la pensión de alimentos cuando el progenitor se encuentra en prisión, son entre otras, las siguientes: SAP de Cádiz, Sección 5ª, 83/2015, de 12 febrero de 2015 [JUR 2015\101629]; SAP de Zaragoza, Sección 2ª, 289/2015, de 9 junio de 2015 [JUR 2015\166474]; y SAP de Madrid, Sección 22ª, 213/2016, de 4 marzo de 2016 [JUR 2016\98678].

<sup>250</sup> Las sentencias que consideran que aunque el progenitor se encuentre en prisión, tiene que abonar una pensión de alimentos, aquel sea inferior, son: SAP de Valencia, Sección 10ª, 561/2014 de 16 julio de 2014 [JUR 2014\252578]; SAP de Málaga, Sección 6ª, 1/2016, de 12 enero de 2016 [AC 2016\1079]; SAP de Cádiz, Sección 5ª, 23/2020, de 14 enero de 2020 [JUR 2020\116252]; y SAP de Cantabria, Sección 2ª, 291/2020, de 20 mayo de 2020 [JUR 2020\231888].



Para fijar la cuantía de la pensión de alimentos, el juez debe tener en cuenta “*las circunstancias económicas*” (art. 93.I del CC), y el “*caudal o medios de quien los da*” (art. 146 del CC), lo que implica tener en cuenta el salario y el patrimonio globalmente considerado del alimentante, es decir, sus bienes, frutos o rentas de los mismos, los rendimientos de empresas, etc. El ingreso en prisión reduce la capacidad de pago del alimentante mientras dura la reclusión, ya que dificulta realizar un trabajo remunerado (aunque no sea un impedimento absoluto según la legislación penitenciaria), si bien no es suficiente para suspender las prestaciones alimenticias a los hijos menores.

Habrá que valorar las circunstancias económicas que tiene el progenitor, como p. ej., la obtención de ingresos durante la estancia en prisión, la custodia de fondos para atender al pago de las pensiones, la realización de bienes, los frutos de los bienes, o los rendimientos de empresas de las que pueda ser titular, etc., que no tienen por qué resultar afectados por el ingreso en prisión y a los que habrá que recurrir antes que suspender las prestaciones alimenticias.

No se trata de mantener las pensiones a ultranza, pero que el progenitor no custodio ingrese en prisión no supone, sin más, causa de suspensión de la obligación alimenticia<sup>251</sup>.

#### **III.4.B.- Progenitor que no tiene ningún tipo de ingresos**

En otros supuestos, el progenitor obligado al pago de alimentos carece de ingresos, o son muy exigüos, o bien está próxima a finalizar la prestación por desempleo que viene percibiendo, solicitando que se le exima del pago de la pensión de alimentos en favor de los hijos.

Hay que aclarar que, la falta de ingresos en el progenitor, no puede equipararse con aquellas situaciones en las que, aún faltando los ingresos por el trabajo personal del

---

<sup>251</sup> COSTAS RODAL, L.: “Novedades jurisprudenciales en materia de suspensión de la obligación de pagar alimentos a los hijos menores por ingreso en prisión del progenitor alimentante”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 9/2015 [BIB 2014\4432].

alimentante, éste cuenta con un patrimonio suficiente que le permite atender el pago de la pensión alimenticia.

En estos supuestos de carencia de ingresos hay que distinguir:

- Si el hijo es menor de edad, la obligación de alimentos es incondicional, resultando indiferente para el nacimiento de la obligación que el progenitor obtenga o no algún tipo de ingresos. Esta carencia será un problema de ejecución de sentencia, en el que se responde de toda deuda con los bienes presentes, pasados y futuros, pero no un motivo para no fijar una pensión alimenticia, aunque sea mínima, para el alimentante. No se admite fijar la pensión alimenticia cuando el obligado a abonarla consiga un empleo o perciba una prestación por desempleo, ya que por ser una condición y por contener una condena de futuro, hace prácticamente inviable su cumplimiento, dejando en desamparo el interés del menor, que debe ser especialmente protegido. Por tanto, si el alimentante no tiene ingresos suficientes, habrá que fijar lo mínimo para atender los auxilios necesarios de la vida (art. 143 del CC), frente a los alimentos propiamente dichos, más amplios, del art. 142 del CC.

- Si los hijos son mayores de edad y el progenitor no percibe ingresos, no podrá nacer el derecho a alimentos de estos hijos, ya que su cuantía debe ser proporcional al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe, en virtud del art. 146 del CC. No obstante, algunas resoluciones judiciales optan por la suspensión provisional o temporal de la contribución económica hasta que el obligado reanude la percepción de cualquier ingreso, que tiene el efecto de impedir que se vaya acumulando deuda.

Ante esta situación, la jurisprudencia menor se encontraba dividida entre un gran número de sentencias que consideran que no se puede suspender el pago de la pensión de alimentos, fijando una cuantía en concepto de mínimo vital, la cual no puede rebajarse ni

suprimirse, al ser una obligación ineludible para los progenitores, aunque les suponga un gran esfuerzo económico<sup>252</sup>.

En base a estas sentencias, el mínimo vital se define como el mínimo imprescindible para el desarrollo de la existencia del menor en condiciones de suficiencia y dignidad a los efectos de garantizar, en la medida de lo posible, un mínimo desarrollo físico, intelectual y emocional al que deben coadyuvar sus progenitores por las obligaciones asumidas por su condición de tales. El mínimo vital representa una cuantía indispensable para el sustento del menor en sus manifestaciones más básicas.

Otras resoluciones judiciales adoptan una postura intermedia fijando la prestación de alimentos en forma de índice porcentual<sup>253</sup>. Y por último, otras sentencias optan por suspender la prestación alimenticia<sup>254</sup>.

Frente a criterios tan diversos, la STS 55/2015, de 12 de febrero de 2015 [RJ 2015/338] contempla la posibilidad de suspender la obligación de alimentos a los hijos menores, incluso por lo que se refiere al mínimo vital. Ahora bien, reserva semejante solución para los casos más graves, indicando que es una medida excepcional que debe adoptarse con carácter restrictivo y por supuesto, siempre con carácter temporal. Ante la más mínima presunción de ingresos, cualquiera que fuera su origen y circunstancias, habría que recuperar la pensión, aunque sólo fuera con respecto al mínimo vital y aunque

---

<sup>252</sup> Las resoluciones judiciales en este sentido son, p. ej., SAP de Murcia, Sección 4ª, 604/2009, de 12 de noviembre de 2009; SAP de La Rioja, Sección 1ª, 365/2009, de 23 de noviembre de 2009; SAP de las Islas Baleares, Sección 4ª, 483/2012, de 5 de noviembre de 2012; SAP de Barcelona, Sección 12ª, 344/2014, de 22 de mayo de 2014; SAP de Albacete, Sección 1ª, 254/2014 de 12 diciembre de 2014 [JUR 2015\46560]; SAP de Girona, Sección 2ª, 204/2015, de 22 de julio de 2015; SAP de Girona, Sección 1ª, 301/2015, de 7 de diciembre de 2015; SAP de Girona, Sección 1ª, 37/2016, de 12 de febrero de 2016; SAP de Girona, Sección 2ª, 94/2016, de 10 de marzo de 2016; SAP de Cádiz, Sección 5ª, 100/2020, de 5 febrero de 2020 [JUR 2020\118949].

<sup>253</sup> Las sentencias que, ante la carencia de ingresos del progenitor no custodio establecen un porcentaje son, entre otras, SAP de Valladolid, Sección 1ª, 73/2013, de 22 de febrero de 2013; SAP de Cuenca, Sección Única, 134/2000, de 17 de mayo de 2000.

En este sentido, la SAP de Cádiz, Sección 5ª, 5/2016, de 14 de enero de 2016, llama la atención sobre el hecho de que: *“en los momentos en que los ingresos disminuyen o se está en desempleo, percibiendo el subsidio, permite tener la seguridad de que al menos una parte de lo que perciba podrá destinarlo al interesado a la satisfacción de sus propias necesidades sin que se llegue al absurdo de que haya meses en que o no se pueda mantener a sí mismo o se deba de abonar una cantidad mayor de la que realmente se perciba”*.

<sup>254</sup> En esta línea se encuentran la SAP de Asturias, Sección 1ª, 331/2013, de 11 de noviembre de 2013; SAP de Pontevedra, Sección 6ª, 317/2015, de 30 de junio de 2015; SAP de A Coruña, Sección 3ª, 7/2016, de 15 de enero de 2016; SAP de Soria, Sección 1ª, 79/2015, de 18 de septiembre de 2015; SAP de Jaén, Sección 1ª, 699/2016, de 14 de octubre.

ello supusiera un gran sacrificio para el progenitor alimentante. En esta sentencia, el TS mantiene la pensión por lo que se refiere al mínimo vital ya que el progenitor no custodio percibe un subsidio por desempleo, que, a pesar de ser escaso, no supone una carencia total de ingresos.

Posteriormente, la STS 111/2015, de 2 de marzo de 2015 [RJ 2015/601] trata nuevamente, el alcance de la obligación de alimentos cuando en el progenitor no custodio concurren ciertas causas que son de tal entidad que deben ocasionar la suspensión de la prestación alimenticia previamente reconocida a favor de los hijos menores de edad en la sentencia de separación o divorcio *ex art. 93 del CC*, cuestión sobre la que el TS ha tenido ocasión de pronunciarse en varias sentencias<sup>255</sup>. El TS trata de delimitar la obligación de alimentar a los hijos menores de edad, de la que puede afirmarse que es una de las de mayor contenido ético del Ordenamiento jurídico y cuyo fundamento se encuentra en el deber constitucional recogido en el art. 39.3 de la CE (STS 55/2015, de 12 de febrero de 2015 [RJ 2015/338]).

El fundamento del derecho al mínimo vital se encuentra en la necesidad de garantizar a los menores de edad las condiciones materiales básicas e indispensables necesarias para que puedan llevar una existencia digna. En ese sentido, puede decirse que queda comprometida la propia supervivencia de la persona cuando se suspende el derecho al mínimo vital.

Parece que hay un cierto consenso en mantener el derecho al mínimo vital de los menores en aquellos casos en que el progenitor se encuentra en una situación económica precaria, a causa de la falta de trabajo, cuando éste cobra el subsidio de desempleo o algún tipo de ayuda social y aunque estas ayudas suelen ser muy bajas, permiten conservar la prestación alimenticia con la que cubrir el mínimo vital al que el menor tiene derecho.

El reconocimiento a favor de los menores de un derecho al mínimo vital resulta incuestionable, pero el problema se plantea cuando la persona obligada por la ley a cubrir

---

<sup>255</sup> Entre ella se encuentran, *v.gr.*, las STS 564/2014, de 14 de octubre de 2014 [RJ 2015/4754]; STS 579/2014, de 15 de octubre de 2014 [J 2014/811]; y STS 55/2015, de 12 de febrero de 2015 [RJ 2015/338].

ese mínimo vital de los menores, se encuentra en una situación de grave penuria económica, de falta de ingresos y de patrimonio, que no puede atender a sus propias necesidades elementales y en consecuencia, es imposible que abone las prestaciones alimenticias reconocidas a favor de sus hijos menores.

La susodicha STS 111/2015, de 2 de marzo de 2015 [2015/601], trata de la situación de extrema pobreza que acucia al progenitor alimentante, quien carece de ingresos que ni siquiera puede cubrir sus propias necesidades. Se encuentra en situación de desempleo, no buscada de propósito, y no percibe prestación o subsidio alguno. Sus necesidades más elementales están siendo atendidas por sus familiares o amigos, como lo evidencia que carece de domicilio independiente y que vive en casa de sus progenitores, quienes eran los que se venían haciendo cargo de la pensión alimenticia de los menores.

Atendiendo a esa situación de absoluta precariedad de ingresos acreditada por el progenitor, el TS opta por la suspensión de la prestación alimenticia reconocida a favor de los hijos menores, incluso por lo que se refiere al mínimo vital. El TS se refiere al interés superior del menor, afirmando que es materialmente imposible su cumplimiento en casos como el presente en el que el titular de la patria potestad no puede prestar alimentos por carecer absolutamente de recursos económicos.

El TS suspendiendo, incluso, el mínimo vital, quiere evitar al progenitor alimentante, que se encuentra en una situación de pobreza absoluta, las consecuencias negativas que se derivarían del incumplimiento de esa obligación, consecuencias muy graves, tanto en el orden civil (privación de la patria potestad *ex art. 170 del CC*), como penal (arts. 227 y 618 del CP).

El TS apoya su decisión en el art. 152.2 del CC, según el cual, la obligación de alimentos cesa “*cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia*”. El alimentante se encuentra en situación de “*pobreza extrema*”, que implica que

la persona carece de ingresos y de patrimonio con el que poder afrontar el pago de la pensión<sup>256</sup>.

Después de que el TS se pronunciase sobre esta cuestión, la jurisprudencia menor ha dictado resoluciones diferentes, dado que el TS obligaba a estudiar caso por caso. En tal sentido, son muchas las sentencias en las que se considera que hay obligación de abonar un mínimo vital en concepto de alimentos a los hijos menores; mientras que otras sentencias reducen la pensión de alimentos mientras se encuentre en una situación tan precaria.

La STS 120/2016, de 2 de marzo de 2016, admite que, en escenarios de pobreza absoluta y consecuente suspensión de la obligación de alimentos, si dicha carencia de medios afecta a ambos progenitores, se puede acudir a los arts. 142 y ss. del CC, teniendo derecho a pedirlos quien se encuentra en un estado de necesidad y debiendo prestarlos quien tenga posibilidades económicas, por el orden de prelación establecido en el art. 144 del CC cuando sean dos o más los obligados a satisfacer los alimentos. En este caso, se trataba del derecho de una menor, por insolvencia de uno de sus progenitores y ante la falta de recursos del otro, a percibir alimentos de sus cuatro abuelos, y el TS considera que los abuelos tienen la obligación de afrontar los gastos que generen sus nietos con respeto al principio de proporcionalidad.

La STS 484/2017, de 20 de julio de 2017 [RJ 2017\3385], vuelve a tratar la debatida cuestión de la absoluta falta de ingresos del progenitor no custodio obligado al pago de la prestación alimenticia de hijos menores de edad. En este caso, es la madre la deudora de los alimentos de la hija menor y la que se encuentra en una situación de pobreza absoluta.

El TS, con aplicación de la doctrina jurisprudencial contenida en sentencias anteriores sobre los alimentos de los hijos menores en casos de pobreza absoluta del

---

<sup>256</sup> COSTAS RODAL, L.: “El mínimo vital a examen. ¿Debe suspenderse en caso de pobreza extrema del progenitor alimentante? Comentario a la STS de 2 de marzo de 2015”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 4/2015 [BIB 2015\1670].

progenitor alimentante, decide con acertado criterio acordar la suspensión de la obligación de la recurrente de prestar alimentos a su hija, hasta que tenga unas condiciones económicas que le permitan hacer efectiva la obligación de atender los gastos más imprescindibles de la menor.

En el presente supuesto, no se trata de un progenitor con aptitud para la obtención de ingresos y capacidad para el trabajo, que son circunstancias que, en ocasiones, han utilizado las AP para justificar el mantenimiento del mínimo vital para los hijos menores de edad pese a la situación de desempleo sin subsidio del progenitor. La progenitora carece de la más elemental formación, tiene gran dificultad para expresarse en español, con ausencia de lazos familiares, encontrándose en una situación de absoluto desarraigo económico y social; lo que dificulta sus posibilidades de acceso al empleo.

Por tanto, se trata de un caso claro de aplicación de la doctrina jurisprudencial ya consolidada favorable a la suspensión del mínimo vital en caso de pobreza extrema del progenitor alimentante, doctrina que viene siendo aplicada por el TS siempre que quede acreditado que el progenitor se encuentra en situación de desempleo y no cobra subsidio alguno con independencia de su capacidad para el trabajo.

En aplicación de esa doctrina jurisprudencial señala el TS que, atendiendo a los hechos probados: *“cualquier obligación exigible en la actualidad será ilusoria por la pobreza absoluta de la recurrente. Tal circunstancia, por respeto al orden público y al interés del menor no puede suponer la supresión de la obligación de la madre de prestar alimentos a la hija menor, pero sí su suspensión hasta que se encuentre en condiciones de prestarla para los gastos más imprescindibles de aquella”*.

La resolución del TS es acertada pues la carencia de ingresos y de patrimonio de la progenitora convierte la prestación en imposible. El requisito de que la suspensión de la prestación alimenticia de hijos menores de edad, incluso por lo que al mínimo vital se refiere, debe decretarse sólo en los casos de acreditada insolvencia económica y falta

absoluta de recursos, como se produce en el presente caso, que es de verdadera indigencia de la madre, en orden a no imponer obligaciones de imposible cumplimiento.

Esta solución se ajusta al contenido del art. 146 del CC sobre la proporcionalidad que debe tener la pensión alimenticia entre los ingresos del alimentante y las necesidades del alimentista; y del art. 152.2.º del CC sobre cesación de la obligación de alimentos por devenir a peor fortuna el alimentante, normas que regulan los alimentos entre parientes, pero que se aplican analógicamente a las pensiones alimenticias a hijos menores fijadas en procedimientos de separación y divorcio.

El TS apoya su decisión en pronunciamientos en sentencias dictadas con anterioridad en materia de alimentos a hijos menores en caso de penuria económica del progenitor, como la STS 55/2015, de 12 de febrero de 2015 [RJ 2015\338] y la STS 111/2015, de 2 de marzo de 2015 [RJ 2015\601]<sup>257</sup>.

### **III.5.- Las necesidades del hijo**

Hay una serie de gastos de los menores que se califican de esenciales, como pueden ser la comida y los gastos de educación, junto a ellos, coexisten otras necesidades que están relacionadas con la situación económica y social de cada familia, por lo que la jurisprudencia menor afirma que concretar cuáles son esas necesidades es una cuestión de prueba que debe ser fijada en función de cada niño, por lo que no se pueden establecer parámetros concretos válidos en general, sino que hay que atender a cada caso concreto. Los gastos que una familia con renta media o baja no se pueden plantear, resultan habituales para otras de renta alta, por lo que el entorno social y cultural en que se desarrolla la vida familiar genera unas necesidades ordinarias que, en otro ambiente, serían extraordinarias.

---

<sup>257</sup> COSTAS RODAL, L.: “Nuevo pronunciamiento jurisprudencial en materia de alimentos a menores de edad y pobreza extrema del progenitor no custodio”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 9/2017 [BIB 2017\13182].



De lo que se trata es de mantener al menor el estatus que disfrutaban sus progenitores durante la convivencia, con la consecuente minoración que supone el incremento de gastos que se producen a raíz de toda ruptura matrimonial.

Cuestión aparte es como los jueces y tribunales interpretan las necesidades de cada menor y en base a ello, establecen una pensión de alimentos, para lo cual es necesario equilibrar el principio de necesidad de los hijos con la privación de los progenitores y ponderarlo equilibradamente con el resto de circunstancias concurrentes.

En este sentido, hay sentencias que tienen en cuenta la necesidad del alimentista y que no valoran tanto las posibilidades económicas del alimentante y el patrimonio que realmente tiene.

Lo que no se puede permitir nunca es que la pensión de alimentos suponga una fuente de ingresos personales para el progenitor que ostenta la guarda y custodia. Y si la situación económica que atraviesa el alimentante deviene a peor<sup>258</sup>, es necesario discernir entre lo que es necesario de lo prescindible, como sucedería si los progenitores continuaran casados y se vieran obligados a reducir gastos<sup>259</sup>.

#### **IV.- EL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR COMO VALOR ECONÓMICO A VALORAR EN LA PENSIÓN DE ALIMENTOS**

Conforme establece el art. 142 del CC, se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica y educación. En base a ello, si el uso de la vivienda familiar se atribuye a los hijos queda cubierta la “habitación” que se incluye en los alimentos, y en consecuencia lógica, la cuantía de la pensión alimenticia debe ser inferior a la de aquellas pensiones que se establecen cuando

---

<sup>258</sup> La STS 129/2016, de 3 de marzo de 2016, trata de unos progenitores que antes de producirse la ruptura consensuarlo que la alimentación del hijo fuera con productos ecológicos, pero fijada la capacidad económica del alimentante, distinta tras la ruptura matrimonial, habrá de estarse a las necesidades del alimentista, entre las que no se encuentra consumir necesariamente productos ecológicos.

<sup>259</sup> ORDÁS ALONSO, M.: *La cuantificación de las prestaciones económicas en las rupturas de pareja. Alimentos, pensión compensatoria, compensación por trabajo doméstico de las parejas de hecho*, op. cit., 2017, págs. 169 - 184.

no se disponga de una vivienda. Por lo tanto, si no se atribuye el uso de la vivienda al cónyuge y a los hijos que queden bajo su guarda, la pensión alimenticia debe ser completada económicamente, con el objeto de que puedan acceder a otra residencia con la que tener cubiertas sus necesidades de habitación.

Cuando hay menores, el progenitor obligado al pago de alimentos no puede pretender que, con la cesión del uso de la vivienda a los hijos, queden cubiertas sus necesidades, y será preciso señalar una pensión alimenticia que comprenda lo que sea necesario para el sustento, vestido, asistencia médica y educación del menor.

Sin embargo, en los supuestos en que los destinatarios de la pensión de alimentos sean hijos mayores de edad, cercanos a la treintena de edad y con ingresos esporádicos pero sin independencia económica, algunas resoluciones judiciales de la jurisprudencia menor habían considerado que, con la cesión del uso de la vivienda, el progenitor alimentante quedaba exonerado de abonar cualquier cantidad en metálico.

Sobre el uso de la vivienda cuando los hijos son mayores de edad, se ha pronunciado el TS, así, la STS 636/2016, de 25 de octubre de 2016 [RJ 2016\4982] resuelve sobre la solicitud de la extinción de una pensión alimenticia a la que venía obligado al pago un progenitor, pretendiendo a cambio mantener en su casa a sus dos hijas mayores de edad hasta que adquiriesen independencia económica. Tratándose de hijos mayores de edad, el art. 93.II del CC establece que los alimentos se fijarán por el juez conforme a los arts. 142 y ss. del CC, por lo tanto, no se puede vincular el derecho de uso de la vivienda familiar con la prestación de alimentos del art. 93.II del CC, como tampoco lo hace el art. 96 del CC que regula el uso de la vivienda familiar en los casos de separación o divorcio existiendo hijos mayores de edad.

Por ello, afirma el TS, citando la STS 183/2012, de 30 de marzo de 2012 [RJ 2012\4584], que ningún alimentista mayor de edad, cuyo derecho se regule por los arts. 142 y ss. del CC: *“tiene derecho a obtener parte de los alimentos que precise mediante la atribución del uso de la vivienda familiar con exclusión del progenitor con el que no haya*

*elegido convivir. En dicha tesitura, la atribución del uso de la vivienda familiar ha de hacerse al margen de lo dicho sobre alimentos que reciba el hijo o los hijos mayores”.*

En tal caso, el precepto aplicable será el art. 96, apdo. 3 del CC, el cual no hace ninguna referencia a los hijos mayores de edad para decidir sobre el uso de la vivienda familiar. En este sentido, el apdo. 1º prevé la atribución de dicho derecho de uso a los hijos menores y al cónyuge en cuya compañía queden, y si bien el apdo. 3º parte de la situación en la que no hay hijos, el TS sostiene que: *“la mayoría de edad alcanzada por los hijos a quienes se atribuyó el uso deja en situación de igualdad a marido y mujer ante este derecho, enfrentándose uno y otro a una nueva situación que tiene necesariamente en cuenta, no el derecho preferente que resulta de la medida complementaria de guarda y custodia, sino el interés de superior protección, que a partir de entonces justifiquen, y por un tiempo determinado. Y es que, adquirida la mayoría de edad por los hijos, tal variación objetiva hace cesar el criterio de atribución automática del uso de la vivienda que el art. 96 establece a falta de acuerdo entre los cónyuges, y cabe plantearse de nuevo el tema de su asignación, pudiendo ambos cónyuges instar un régimen distinto del que fue inicialmente fijado por la minoría de edad de los hijos, en concurrencia con otras circunstancias sobrevenidas”*<sup>260</sup>.

Ahora bien, referido lo anterior, el derecho atribuido en virtud del art. 96 del CC tiene un valor de uso, que es un valor económico, del que goza el beneficiario y del que carecerá el otro cónyuge. Aunque no hay una contraprestación directa, ese derecho de uso es evaluable económicamente, en tanto que supone un ahorro económico para el beneficiario, así como un perjuicio económico para el titular de la vivienda, quien tendrá que hacer frente a un gasto económico para acceder a una vivienda pese a ser titular de otra, por lo tanto, el derecho de uso de la vivienda familiar es un derecho patrimonial, a través del cual.

Sin embargo, la atribución del uso no se puede enfocar como una cuestión únicamente patrimonial, ya que converge con el interés de la familia, por lo que el

---

<sup>260</sup> PÉREZ CONESA, C.: “Mayoría de edad, pensión de alimentos y vivienda familiar”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 1/2017 [BIB 2016\85972].

problema que surja se ha de enfocar y resolver velando por la legalidad, por la equidad y por la protección del más débil.

El valor económico del derecho de uso atribuido al beneficiario, se encuentra íntimamente relacionado con el empobrecimiento que sufre el cónyuge privado del uso de la vivienda y con el enriquecimiento que, por la contra, experimenta el beneficiario del uso, que ve cubierta su necesidad habitacional sin coste o con una colaboración patrimonial muy inferior a la que tendría que aportar. Si bien ese valor económico no se tiene en cuenta en forma de compensación directa, si que acabará incidiendo en el resto de partidas del art. 90 del CC, principalmente en la cuantificación de la pensión de alimentos.

Atribuido el uso de la vivienda familiar a los hijos menores y al cónyuge en cuya compañía queden, los recursos con los que cuenta el cónyuge no custodio no son los mismos tras desprenderse del uso de la vivienda familiar y la necesidad alimenticia de los hijos tampoco es la misma, ya que, siendo uno de los componentes de los alimentos la habitación (art. 142 del CC), esa necesidad se encuentra cubierta con la vivienda familiar que ha sido atribuida, por lo que la cuantía que necesitará el menor para cubrir sus necesidades se verá reducida en tanto que no precisará una nueva vivienda<sup>261</sup>.

En opinión de ORDÁS ALONSO<sup>262</sup>, partiendo del indiscutible valor económico del uso de la vivienda familiar y formando parte de la noción legal de alimentos, si el progenitor no custodio proporciona a sus hijos alojamiento, esta prestación *in natura* debe ser computada como contribución alimenticia en especie y por lo tanto, se debe tener en consideración al establecer la pensión de alimentos en una cuantía inferior a la que correspondería si no se hiciera atribución de uso de la vivienda.

La forma habitual de cuantificar el valor del derecho de uso es mediante el método de comparación, por el que se le atribuye el valor del arrendamiento de una residencia de

---

<sup>261</sup> GARCÍA MAYO, M.: *Vivienda familiar y crisis de pareja: régimen jurídico*, Ed. Reus, Madrid, 2019, págs. 149 - 156.

<sup>262</sup> ORDÁS ALONSO, M.: *La cuantificación de las prestaciones económicas en las rupturas de pareja. Alimentos, pensión compensatoria, compensación por trabajo doméstico de las parejas de hecho*, op. cit., pág. 206.

similares características que la vivienda familiar y ubicada en la misma zona, dividiendo dicho importe por el número de ocupantes de la vivienda familiar (teniendo en cuenta si la vivienda es privativa o es de ambos progenitores) y multiplicando el resultado por el número de alimentistas.

Considera la autora que, en aquellos casos en que el progenitor obligado al pago de una pensión de alimentos se encuentre en una situación de extrema precariedad económica, no se pueden compensar los alimentos a los hijos menores con el derecho de uso sobre la vivienda familiar, ya que el CC y en concreto su art. 90 para el convenio regulador, distingue claramente entre la atribución del uso de la vivienda familiar y la contribución a las cargas del matrimonio y alimentos. Lo mismo se deduce de los arts. 91, 92 y especialmente, del art. 93 del CC, en relación a la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos; del art. 96 del CC que regula el derecho de uso de la vivienda familiar independientemente de la prestación de alimentos; y por último, del art. 103 del CC que diferencia entre el uso de la vivienda y la contribución a las cargas del matrimonio<sup>263</sup>.

## **V.- PENSIÓN DE ALIMENTOS Y DISTRIBUCIÓN DE GASTOS EN LA CUSTODIA COMPARTIDA**

Cuando se establece la custodia compartida de los menores, es necesario determinar la forma en que cada uno de los progenitores contribuirá a la manutención de sus hijos.

La STS 55/2016, de 11 de febrero, señala que la custodia compartida no exime a los progenitores del pago de la pensión de alimentos, cuando exista desproporción entre los ingresos de ambos cónyuges, ya que la cuantía de los alimentos será proporcional a las necesidades del que los recibe, pero también al caudal o medios de quien los da.

---

<sup>263</sup> ORDÁS ALONSO, M.: *La cuantificación de las prestaciones económicas en las rupturas de pareja. Alimentos, pensión compensatoria, compensación por trabajo doméstico de las parejas de hecho*, op. cit., págs. 205 - 213.

El CC no establece nada respecto a la cuantía de los alimentos en la custodia compartida, así que la fijarán de mutuo acuerdo los progenitores o el juez si no se alcanza un consenso.

Teniendo en cuenta que el menor convive el mismo o parecido tiempo con ambos progenitores, no se suele establecer una pensión de alimentos a cargo de ninguno de ellos, como obligación autónoma y paralela a la de la custodia, salvo que exista una situación económica diferente entre uno y otro progenitor<sup>264</sup>.

La custodia compartida aconseja que ambos progenitores puedan responder materialmente a este sistema de guarda. De esta forma, el TS ha tenido en consideración la situación laboral y emocional de los progenitores en el momento de adoptar la decisión de atribuir la custodia a uno o a ambos progenitores. Pero, además, si se produce un empeoramiento en la situación laboral de uno de los progenitores, el cual repercute en la estabilidad de los hijos durante el periodo que le corresponda de convivencia, abriría la posibilidad de instar una modificación de medidas solicitando cambiar el sistema de guarda.

En relación a la distribución de los gastos entre los progenitores, mayoritariamente, se establece que cada progenitor abone los gastos ordinarios de mantenimiento del hijo mientras estén a su cargo y los extraordinarios por mitad. Si bien, cada vez es más habitual fijar un fondo común, de acuerdo con sus respectivos caudales económicos, en el que los progenitores ingresen las cantidades mensuales oportunas para cubrir las necesidades periódicas del menor como pago de colegios, actividades extraescolares, gastos médicos extraordinarios y otros<sup>265</sup>.

Las diversas soluciones que pueden adoptarse en los supuestos de custodia compartida, en base a las circunstancias de cada supuesto, son las siguientes:

---

<sup>264</sup> GARCÍA GARNICA, M. C.: *Aspectos actuales de la protección jurídica del menor. Una aproximación interdisciplinar*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2008, págs. 57 - 60.

<sup>265</sup> IVARS RUIZ, J.: *Guarda y custodia compartida. Aspectos procesales y sustantivos. Doctrina y Jurisprudencia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 167 - 171.

- La obligación de que cada progenitor contribuya a los gastos del hijo en el período que permanezca bajo su custodia y compartiendo, proporcionalmente, los gastos extraordinarios. Este sistema sólo sería posible cuando la custodia se establezca por períodos largos y los gastos más elevados coincidan en ambos períodos.

- Si existe una desigualdad de ingresos relevante entre ambos progenitores, cada uno se ocupa de los alimentos del menor cuando esté bajo su guarda, y uno de los progenitores deberá entregar una cantidad al otro para el resto de los gastos.

- Cada progenitor asume el gasto de alimentación del hijo cuando esté bajo su guarda y se establece que uno de los progenitores abone determinados gastos.

- Cuando uno de los progenitores carece de recursos o estos son escasos, el otro progenitor debe abonar una pensión de alimentos o el pago de determinados gastos.

Esto trae a colación la conveniencia o no de abrir una cuenta corriente de titularidad conjunta para abonar los gastos ordinarios, o incluso, domiciliar los gastos extraordinarios, para ello, el juez deberá tener en cuenta la capacidad de gestión conjunta que tengan los progenitores y su capacidad de entendimiento, con el objeto de decidir si opta por este sistema que garantiza las necesidades del hijo pero evitando conflictos<sup>266</sup>.

## **VI.- OBLIGACIÓN ALIMENTICIA RESPECTO A LOS HIJOS MAYORES DE EDAD O EMANCIPADOS**

Dispone el art. 39 de la CE que los progenitores deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

---

<sup>266</sup> ORDÁS ALONSO, M.: *La cuantificación de las prestaciones económicas en las rupturas de pareja. Alimentos, pensión compensatoria, compensación por trabajo doméstico de las parejas de hecho*, op. cit., págs. 189 - 199.

Debido a diversos factores como la crisis económica, la dificultad de acceso al mercado laboral y la tardanza habitual que se produce en terminar unos estudios superiores, los hijos no acostumbran a marcharse del domicilio familiar cuando alcanzan la mayoría de edad<sup>267</sup>, sino que permanecen con sus progenitores en lo que se denomina “el síndrome del nido lleno”. Por las mismas o parecidas razones, también se está produciendo un retorno al domicilio familiar de aquellos hijos que ya se habían marchado del mismo y se han visto en la necesidad de retornar en lo que se ha denominado “*el efecto boomerang o vuelta al nido*”.

Según la doctrina, estas situaciones provocan una desconexión entre la mayoría de edad civil y aquella en que los hijos obtienen una “mayoría económica”.

Cuando se produce la crisis matrimonial, el problema se plantea con estos hijos mayores de edad que mantienen la necesidad de alimentos.

Señala el art. 93.2º del CC:

*“Si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes de este Código”.*

En base al referido artículo, siempre que se den determinados requisitos, el juez puede establecer una prestación de alimentos a favor de los hijos mayores de edad que conviven con uno de los progenitores en el procedimiento de separación o divorcio.

Esto se debe al principio de economía procesal, así, en el proceso matrimonial se pueden fijar los alimentos a los hijos mayores de edad, pues de lo contrario, el legitimado debería reclamar en otro proceso los alimentos a que tiene derecho (arts. 142 y ss. del CC). La tesis que se sigue al respecto es la sustitutoria, en base a la cual, el titular del derecho de alimentos del art. 93.2º del CC es el hijo mayor de edad y el progenitor con

---

<sup>267</sup> Cuando se habla de hijos mayores de edad, en las mismas circunstancias se encuentran los emancipados.



quien convive está legitimado activamente para reclamar los alimentos, protegiendo sus intereses legítimos, sin que el hijo mayor de edad pueda intervenir en ese proceso<sup>268</sup>. Además, cuando el otro cónyuge inste una modificación de medidas para suprimir o reducir la cuantía de su contribución de alimentos, no existe litisconsorcio pasivo necesario entre el progenitor conviviente y el hijo mayor de edad, siendo el cónyuge conviviente el único demandado.

Con todo, el hijo mayor de edad siempre podrá acudir al procedimiento verbal correspondiente (art. 250.1.8º de la LECiv) para solicitar los alimentos a que tiene derecho, cuando por cualquier motivo no se establezcan en un procedimiento de separación o divorcio<sup>269</sup> (arts. 142 y ss. del CC).

Del art. 93.2º del CC emerge un indudable interés del cónyuge con quien conviven los hijos mayores de edad necesitados de alimentos a que, en la sentencia que pone fin al proceso matrimonial, se establezca la contribución del otro progenitor a la satisfacción de esas necesidades alimenticias de los hijos. A consecuencia de la ruptura matrimonial, el núcleo familiar se escinde, surgiendo dos familias compuestas por cada progenitor y los hijos que con él quedan conviviendo, sean o no mayores de edad. En esas familias monoparentales, las funciones de dirección y organización de la vida familiar en todos sus aspectos corresponden al progenitor, que ha de contribuir a satisfacer los alimentos de los hijos mayores de edad que con él conviven, y que tiene un interés legítimo, jurídicamente digno de protección, a demandar del otro progenitor su contribución a esos alimentos de los hijos mayores<sup>270</sup>.

No se puede olvidar que, según establece el art. 93.2 del CC, en la sentencia que recaiga en los procedimientos matrimoniales de separación o divorcio, se pueden adoptar medidas atinentes a los alimentos de los hijos mayores de edad, en base a la situación de

---

<sup>268</sup> Es doctrina del TS que el cónyuge con el cual conviven los hijos mayores de edad que se encuentran en situación de necesidad a que se refiere el art. 93 párr. 2º del CC, es el legitimado para demandar del otro progenitor su contribución a los alimentos de estos hijos, según establece la STS 156/2017 de 7 de marzo de 2017.

<sup>269</sup> DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Comentario al art. 93 del CC”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Comentarios al Código Civil, op. cit.*, págs. 955 - 974.

<sup>270</sup> Así, la STS 291/2020, de 12 de junio de 2020 [2020/2284], reconoce a la madre legitimación activa para reclamar la pensión de alimentos, a pesar de que la hija vive con la abuela por motivo de estudios.

convivencia en que se hallan respecto a uno de los progenitores<sup>271</sup>. Para ello, el referido artículo, exige la concurrencia de tres requisitos: que haya hijos mayores de edad o emancipados, que convivan en el domicilio familiar en el momento de formular la reclamación, y que carezcan de ingresos propios.

ORDÁS ALONSO<sup>272</sup> considera que no es necesario que la convivencia del hijo mayor se produzca en el último domicilio familiar que existía antes de producirse la ruptura matrimonial, ya que lo realmente trascendente es que se produzca la convivencia con el progenitor con quien permanezca el hijo, pues se presume que éste es el que lo atiende y subsana sus gastos, lo que le otorga la legitimación activa necesaria para reclamarle al otro cónyuge una prestación de alimentos en el procedimiento matrimonial que corresponda. Tampoco es necesario que la convivencia sea plena, pues en aquellos casos en que el hijo curse estudios en otra ciudad, se sigue el mismo criterio y se entiende que sigue perteneciendo a la misma unidad familiar.

El segundo de los requisitos exigidos por el párr. 2º del art. 93 del CC es que el hijo mayor de edad carezca de ingresos propios ya que, para que surja la obligación, es necesario acreditar las condiciones de vida del hijo mayor de edad y si concurren las circunstancias de auténtica necesidad que exijan cubrir su subsistencia y su formación.

En consecuencia, quien reclama los alimentos debe probar la carencia de ingresos del hijo mayor de edad, pues no rige la presunción de necesidad de los hijos menores y en este sentido, las razones para permanecer en el domicilio familiar pueden ser diversas, sin que sea exclusivamente por motivos económicos. A *contrario sensu*, si se reconocen alimentos al hijo mayor de edad se extinguen cuando tenga ingresos propios.

---

<sup>271</sup> MONJE BALMASEDA, O. y PÉREZ GALLARDO, L. B.: *Estudio sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de julio de Modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia*, Ed. Dykinson, Madrid, 2018, págs. 103 - 105.

<sup>272</sup> ORDÁS ALONSO, M.: *La cuantificación de las prestaciones económicas en las rupturas de pareja. Alimentos, pensión compensatoria, compensación por trabajo doméstico de las parejas de hecho*, op. cit., pág. 36.

De todos modos, la carencia de ingresos exigida no se asimila a la situación de necesidad de los arts. 142 y ss. del CC, en base a que el hijo mayor de edad convive con uno de los progenitores, quien le cubre sus necesidades al proporcionarle techo y sustento.

La mayoría de la doctrina entiende el párr. 2º del art. 93 del CC como la carencia de medios económicos bastantes para la autosuficiencia del hijo mayor de edad, descartando que los ingresos que perciba tengan que asimilarse al nivel de vida que se mantiene en el hogar familiar.

La obligación de los progenitores de mantener las necesidades de alimentación de los hijos debe provenir de una causa inimputable al alimentista, bien por haber sido buscada de propósito, bien por pasividad de los hijos, asimilando la falta de diligencia laboral a la desidia en la dedicación a los estudios.

El TS y la jurisprudencia menor admiten que, para que cese la obligación de alimentos, es necesario que el ejercicio de una profesión, oficio o industria sea una posibilidad concreta y eficaz, no una mera capacidad subjetiva.

Por lo que, si el hijo mayor de edad tiene oportunidad de trabajar y declina el empleo ofertado, se extinguirá la prestación económica establecida a su favor. Lo que ocurrirá aunque se trate de un trabajo para el que se encuentra sobrecualificado, ya que, actualmente, es complicado encontrar un trabajo para el que se ha preparado, especialmente, en algunas materias o carreras que tienen escasas salidas.

La postura mayoritaria interpreta el art. 142 del CC de manera amplia, considerando que los estudios no obligatorios forman parte de los alimentos, ya que son necesarios para completar la formación del mayor de edad.

En aquellos casos en que el hijo mayor de edad se encuentre preparando oposiciones, la jurisprudencia menor fundamenta sus decisiones en la capacidad económica de los progenitores. Así, si los ingresos del progenitor permiten mantener la

situación de estudiante del hijo mayor de edad, los tribunales mantienen la prestación; por el contrario, si la capacidad del progenitor es escasa y el hijo ha podido optar entre incorporarse al mercado laboral o seguir estudiando, o incluso, compatibilizar ambas opciones, los jueces optan por no cargar al progenitor con el sacrificio de esa decisión por parte del hijo.

En cualquier caso, la obligación de prestar alimentos de los progenitores no puede prolongarse indefinidamente por los deseos del hijo de ampliar su formación, y como quiera que el aprovechamiento admite grados, habrá que tener en cuenta las circunstancias concretas del caso<sup>273</sup>.

## **VI.1.- Causas de extinción de la obligación de alimentos al hijo mayor de edad**

Los arts. 150 y 152 del CC enumeran diversas causas de extinción de la obligación de alimentos, por lo que se refiere a la pensión de alimentos del hijo mayor de edad, que son las siguientes:

### **VI.1.A.- El fallecimiento del alimentante y el fallecimiento del alimentista**

La extinción de la obligación por el fallecimiento al obligado a prestar los alimentos se fundamenta en el carácter personal e intransmisible de la obligación alimenticia, por lo que, fallecido el alimentante, el alimentista no puede exigir la obligación a sus sucesores, y tendrá que dirigirse frente a los restantes obligados a prestar alimentos.

La naturaleza tanto de la obligación de proporcionar los alimentos como el derecho a reclamarlos es personal, ya que va unida al progenitor como acreedor y al hijo como deudor alimentario. En el caso de que ambos progenitores sean los deudores alimenticios, el art. 145.1 del CC ordena el reparto del pago de la pensión entre los obligados, mancomunadamente, en proporción a su respectivo caudal.

---

<sup>273</sup> ORDÁS ALONSO, M.: *La cuantificación de las prestaciones económicas en las rupturas de pareja. Alimentos, pensión compensatoria, compensación por trabajo doméstico de las parejas de hecho*, op. cit., págs. 31 - 67.

Sin embargo, este carácter mancomunado de la obligación de alimentos de ambos progenitores, se transforma en obligación solidaria, cuando el juez establece que un alimentista debe abonar alimentos provisionalmente “*en caso de urgente necesidad y por circunstancias especiales*” (apdo. 2º del art. 145 del CC), sin perjuicio de que pueda reclamar al otro obligado el reembolso de la parte que le corresponda.

Hay que tener en cuenta que, la parte del fallecido deberá suplirse por el otro progenitor, conforme a su capacidad económica y en proporción a la misma.

La extinción de la obligación por el fallecimiento del alimentista, tiene el mismo fundamento que la causa anterior. El derecho a recibir alimentos se extingue con la muerte de su titular, de manera que, no forman parte de su herencia, y no puede transmitirlo a sus herederos (art. 659 del CC). El derecho que tiene el acreedor a reclamar alimentos es para satisfacer sus propias y personales necesidades, y se calcula en función de estas, de los medios que dispone el alimentante y del vínculo de parentesco. Con el fallecimiento del acreedor, sus necesidades desaparecen y también su relación de parentesco, quedando el alimentante liberado, sin que subsista la obligación de alimentos

Por otra parte, el fallecimiento del alimentista determina la extinción del derecho a reclamar alimentos futuros, pero no las pensiones devengadas y no pagadas, por lo que serán exigibles por los herederos. Y respecto a las pensiones pagadas y recibidas anticipadamente, el art.148.2 del CC dispone que, los herederos no están obligados a devolverlas

#### **VI.1.B.- Cuando la fortuna del obligado a prestar alimentos se hubiera reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia**

Esta situación puede producirse en casos de pérdida de empleo, cesación de subsidio, etc., y para que de lugar a la extinción de la prestación de alimentos se ha de acreditar y no puede ser imputada al obligado al pago de la pensión; exigiéndose que la

reducción sea de tal entidad, que haga imposible la satisfacción de los alimentos en la cuantía precisa para superar el estado de necesidad del alimentante.

En cuanto a los hijos mayores de edad la falta de capacidad económica del alimentante, bien en forma de pobreza absoluta o de una imposibilidad total de cubrir sus propias necesidades o las de su familia, determina que la prestación de alimentos del hijo mayor de edad se enfrenta a la situación de penuria económica del alimentante, lo que conlleva, en la mayoría de los supuestos, a la extinción de la pensión. Si se trata de una reducción de ingresos que no supone la imposibilidad de atender sus propias necesidades, tal situación puede determinar la reducción de la cuantía de la pensión<sup>274</sup>.

### **VI.1.C.- Que el hijo esté en disposición de ejercer un oficio, profesión o industria**

Del art. 142 del CC se deduce que, los alimentos del hijo mayor de edad, se extenderán hasta que éste haya completado su formación<sup>275</sup>, por lo que para que cese la obligación de prestar alimentos, es preciso que el ejercicio de una profesión, oficio o industria sea una posibilidad concreta y eficaz según las circunstancias, no una mera capacidad subjetiva. Hoy en día, son difíciles las posibilidades de incorporarse al mercado laboral<sup>276</sup>, por lo que no basta con tener un título que habilite para el ejercicio de una profesión, sino que será necesario contar con una oportunidad para el desempeño de la misma y una cierta solución de continuidad laboral.

---

<sup>274</sup> BERROCAL LANZAROT, A. I.: “La extinción de la prestación de alimentos de los hijos mayores de edad”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 777/2020, págs. 479 - 529.

<sup>275</sup> La STS 603/2015, de 28 de octubre de 2015, declara que, conforme al art. 142 del CC, han de abonarse alimentos a los hijos mayores de edad mientras dure su formación y su prolongación no pueda serles imputables por desidia o falta de aprovechamiento.

<sup>276</sup> En la STS 558/2016, de 21 de septiembre de 2016, consta acreditado que el hijo cuenta con formación suficiente para acceder al mercado laboral, que es independiente y si bien, actualmente, se encuentra desempleado, con anterioridad, ha trabajado en ocasiones y cuenta con formación suficiente para incorporarse al mercado laboral. En ocasiones, según afirma en el acto del juicio, ha ayudado a su madre en la inmobiliaria, sin embargo, no trabaja allí puesto que ello conllevaría otro sueldo más que habría que pagar. Esta última circunstancia entiende la Sala que es relevante para estimar el motivo del recurso de casación, pues no se puede olvidar que quien postula alimentos para el hijo es la madre, al amparo del art. 93 del CC, y carece de sentido y no es razonable que aduzca la dificultad del mismo para acceder a un empleo cuando precisamente ella tenía en su mano facilitárselo. Lo que determina que no pueda accederse al derecho de alimentos solicitado por la madre del hijo.

La conducta del hijo mayor de edad es determinante para que se extinga la pensión, en este sentido, la STS 95/2019, de 14 de febrero de 2019, fija un límite temporal de un año para la continuidad en la percepción de alimentos, entendiendo que es un plazo razonable para que el hijo se adapte a su nueva situación económica, teniendo en cuenta su nulo rendimiento académico.

En el caso de la SAP de A Coruña, Sección 3ª, 226/2014, de 4 de julio de 2014 [AC 2014/1274] el padre pretende la extinción de la pensión de alimentos al entender que su hija mayor de edad, al haber finalizado sus estudios universitarios, está en condiciones de ejercer de forma eficaz una profesión por lo que, a su juicio, se infringirían los arts. 142 y 152.3.º del CC y, de ser condenado, se promocionaría el *parasitismo social* a que hace referencia la STS 184/2001, de 1 de marzo de 2001 [RJ 2001/2562], y se le obligaría, en definitiva, a mantener a su hija a perpetuidad.

Este motivo es rechazado por la AP con el argumento de que no basta una mera capacidad subjetiva del alimentista para decretar el cese de los alimentos, sino que es preciso que éste pueda realmente ejercer una profesión u oficio de forma más o menos permanente, circunstancia que no se da en el caso enjuiciado, ya que la hija había trabajado, en un período de ocho años, el equivalente a dos, sumando el número de días trabajados.

Considera la AP que tampoco existe la posibilidad de fijar anticipadamente la extinción de los alimentos, destacando que, la limitación temporal que prevé el art. 142 del CC, descansa en el concepto de *causa imputable al alimentista*. Y entiende la AP que, la necesidad alegada por la hija no procede de causa que le sea imputable, sino de la imposibilidad de acceder al mercado laboral en unas condiciones mínimas que le permitan atender sus necesidades básicas<sup>277</sup>.

---

<sup>277</sup> ALONSO BEZOS, J. J.: “Mantenimiento de la pensión de alimentos a favor de la hija mayor de treinta años y con estudios finalizados”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7/2014 [BIB 2014\3662]; y ORDÁS ALONSO, M.: *La cuantificación de las prestaciones económicas en las rupturas de pareja. Alimentos, pensión compensatoria, compensación por trabajo doméstico de las parejas de hecho*, op. cit., págs. 61 y 62.

#### **VI.1.D.- Que el hijo haya cometido una falta de las que dan lugar a la desheredación**

Puede suceder que las relaciones entre el progenitor y el hijo mayor de edad sean muy tensas y que no exista contacto entre ellos, situación que no exime al progenitor de su obligación de prestarle alimentos cuando se reúnan los requisitos exigidos en el texto legal.

Señala el art. 152.4º del CC que cesará la obligación de dar alimentos cuando el alimentista, en este caso el hijo, sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a la desheredación (arts. 852 y 853 del CC). Entre estas faltas se encuentra que el alimentista hubiese maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra al alimentante. Se exige que se haya cometido el hecho, no siendo necesario que se formalice legalmente la desheredación (según el art. 849 del CC, la desheredación sólo podrá hacerse en testamento, expresando en él la causa legal en que se funde).

Por su parte, el legislador catalán ha contemplado la ausencia de trato familiar como una de las causas de desheredación y por lo tanto, desencadenante de la extinción de la obligación de alimentos, al amparo del art. 222-10.2-b) y 451-17-2 del CCCat que, en su párr. e) introduce, como causa de desheredación, la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario: *“la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario”*.

Este último artículo introdujo como causa de desheredación la falta de relación familiar propiciada deliberadamente por un legitimario, la cual se sancionaba sin supeditarse a que en este proceso hubiera un maltrato, pues los episodios de violencia física o psicológica ya se hallaban tipificados en su respectiva causa.

El CCCat proporciona una base para defender que, con esa actitud, los hijos podrían ser privados de los alimentos. Esa ausencia de trato, por la remisión del art. 237-12-1-e del CCCat abocaría al cese de los alimentos. Aunque para ello tendrían que



acreditarse una serie de extremos: total falta de comunicación entre progenitor e hijo; que ésta fuera continuada y notoria; y que el progenitor no hubiera intervenido en esa escisión, siendo atribuible sólo al hijo.

La dificultad se plantea a la hora de demostrar la ausencia de relación familiar<sup>278</sup>, ya que puede no existir vínculo afectivo y mantener contacto por razones puramente profesionales o de otra índole. También resulta complicado acreditar que el origen de esta ruptura se debe, exclusivamente, a la voluntad del legitimario, como exige la norma.

#### **VI.1.E.- La desafección entre el hijo mayor de edad y el progenitor**

Ha sido el TS a través de la STS 104/2019, de 19 de febrero de 2019 [RJ 2019/497], quien ha abierto la posibilidad de extinguir los alimentos cuando quedara acreditado en el proceso que, la negativa a relacionarse con el progenitor, era libre y voluntaria de los alimentistas, sin estar mediatizada por terceras personas. El recurso se estima porque el cese de esta obligación se decretó sin que se probara la culpabilidad de los alimentistas en el distanciamiento paterno filial, que igual podía atribuirse a ellos que al alimentante.

La solución a la que llega el TS es coherente con el carácter sancionador de la norma que debe aplicar y donde no cabe analogía ni interpretación extensiva. Únicamente cabe decretar el cese de los alimentos acudiendo a una causa desheredatoria del art. 853.2 del CC, cuando fuera indubitado que los hijos han incurrido en un comportamiento censurable. Por definición, esto sólo tendría lugar si las relaciones paternofiliales se hubieran fragmentado por exclusivo deseo de los descendientes, o lo que es lo mismo, sin intervención alguna del demandante o de terceras personas.

La sentencia del TS sancionó a los hijos aun albergando dudas acerca de que fueran los únicos culpables de la incomunicación denunciada, lo que conllevó a que se

---

<sup>278</sup> Entre estas sentencias se encuentran la SAP de Barcelona de 13 de febrero de 2014 [JUR 2014/85318] y la SAP de Barcelona de 17 de abril de 2018 [JUR 2018/118562].

suprimieran sus derechos, incluso, cuando expresamente se admitía que quizá su responsabilidad fuera nula a los mencionados efectos<sup>279</sup>.

Carece de sentido castigar a un descendiente si la falta de interés en seguir sustentando esa relación es recíproca. Pero, probar el requisito de la imputabilidad supone una dificultad extraordinaria, pues, estando ante un distanciamiento consolidado, será complejo, al cabo de tantos años, depurar responsabilidades en torno al origen de las diferencias que abocaron a que progenitores e hijos tomaran caminos separados. En cualquier caso, la extinción de la prestación de alimentos no sería factible cuando ambas partes fueran partícipes en el conflicto que abocó al distanciamiento<sup>280</sup>.

En este sentido, la STS de 19 de febrero de 2019 [RJ 2019/ 497], distingue entre los alimentos debidos a los hijos mayores de edad y los que han de ser reconocidos a los que están bajo la potestad paterna, y confirma que, el cese de la obligación alimenticia, no se produce sin más por el transcurso de un período de tiempo prolongado sin que progenitores e hijos mantengan relación, requerirá además la intencionalidad del alimentista de apartarse de quien le viene auxiliando y sosteniendo económicamente: *“se ha de predicar un tratamiento diferente 'según sean los hijos menores de edad, o no, pues al ser menores más que una obligación propiamente alimenticia lo que existen son deberes insoslayables inherentes a la filiación, que resultan incondicionales de inicio con*

---

<sup>279</sup> En la SAP de Valencia, de 1 de septiembre de 2017 [AC 2018/1285] y en la SAP Barcelona, de 22 de abril de 2014 [JUR 2014/135884], se manifiesta el significado que ha de conferirse al art. 152.4 del CC: *“la causa de desheredación alegada como causa de extinción de alimentos o, en este caso, como causa que impediría el establecimiento de una pensión, ha de estar cumplidamente acreditada, en atención asimismo a su propio fundamento, que no es otro que el de evitar que una persona se vea obligada legalmente a prestar alimentos a otra que ha tenido respecto a ella un comportamiento o conducta socialmente reprochable y cuyo reproche recoge la ley como sanción al sujeto que en principio tiene el derecho privándole del mismo, evitando el mantenimiento de una carga u obligación que ha perdido su fundamento o razón. La obligación de prestar alimentos se basa en el principio de solidaridad familiar, tiene su fundamento en el derecho a la vida configurado como un derecho de la personalidad, a cuya conservación tiende esta figura que tutela un interés privado e individual y fundamento constitucional en el art. 39.1 de la CE (STS de 23 de febrero de 2000 [RJ 2000/1169] y 1 de marzo de 2001 [RJ 2001/2562]). La solidaridad familiar quiebra cuando concurre alguna de las causas contempladas en la ley como causas de desheredación, que se configura como una excepción al deber de legítima, y por lo que hace a los alimentos como una excepción a la obligación legal que los impone, constituyendo un castigo o sanción a la persona que ha manifestado una conducta que dentro del seno familiar se considera atentatoria de la dignidad, reprochable y que merece censura jurídica”*.

<sup>280</sup> En esta línea se encuentra la doctrina sentada por las SSTJ Cat 2/2018, de 8 de enero de 2018 [RJ 2018/1503] y 49/2018 de 31 de mayo de 2018 [RJ 2018/3912] una pretensión de esta índole no podría abrirse camino cuando se interrumpiera el contacto tras una crisis conyugal con hijos que aún fueran menores. Se arguye que estarán sometidos a los dictados de sus progenitores, que ocupan una posición de predominio sobre ellos, con lo que difícilmente se concibe que gocen de un margen de libertad que les permita provocar esos distanciamientos. Por lo que se impondría esperar a su emancipación para estudiar sus reacciones. Instante a partir del cual se valorará, como indica la STSJ de Cataluña de 19 de enero de 2019 [RJ 2019/779] *“la razonabilidad de la conducta de los hijos (...) ante una eventual propuesta de reencuentro familiar por parte del progenitor”*.

*independencia de la mayor o menor dificultad que se tenga para darle cumplimiento o del grado de reprochabilidad en su falta de atención'. Tal distinción es tenida en cuenta en la STS 603/2015, de 28 octubre de 2015 [RJ 2015/4785]".*

Como se puede observar, el TS ha deslindado la obligación que compete a los titulares de la potestad de mantener a sus hijos menores del régimen general de los alimentos entre parientes regulado en los arts. 142 y ss. del CC, cuyas limitaciones no han de afectar a los primeros<sup>281</sup>.

#### **VI.1.F.- Que la necesidad del hijo no provenga de mala conducta o de falta de aplicación al trabajo, mientras subsista esta causa**

Entiende la jurisprudencia que la falta de diligencia laboral es asimilable a la desidia en la dedicación a los estudios necesarios para acceder al mundo laboral cualificado. La condición de estudiante del hijo no puede dilatarse indefinidamente, y cuando ha cumplido cierta edad en la que podía haber puesto fin a su formación, se debe averiguar si este retraso en la terminación de los estudios se debe a su falta de aplicación. El hecho de estar repitiendo injustificadamente los cursos escolares, los cambios de carrera universitaria, etc., no son compatibles con la obligación alimenticia que no está prevista para cubrir las necesidades del vago. Por ello, en estas situaciones, lo procedente será entender que la formación ha finalizado y que, por la falta de aplicación del hijo a los estudios, deberá incorporarse a un puesto de trabajo no cualificado, de más fácil acceso, extinguiéndose la pensión alimenticia, o en su caso, no dando lugar a su nacimiento.

Siguiendo esta línea, la STS 395/2017, de 22 de junio de 2017 [RJ 2017\3040], recuerda que, una vez que los hijos alcanzan la mayoría de edad, la obligación alimenticia se mantiene, si bien condicionada a unas determinadas circunstancias de convivencia y falta de recursos y con un contenido económico distinto. Sigue diciendo que es de aplicación lo previsto en cuanto a la extinción de la pensión de alimentos, al ser el alimentista quien está generando la necesidad alimenticia por su mala conducta y falta de

---

<sup>281</sup> AZAUSTRE GARRIDO, M. D.: "La salida de la vivienda familiar y sus consecuencias en el posterior proceso: análisis jurisprudencial", *Revista de Derecho de Familia*, núm. 72/2016 [BIB 2016/4404].

aplicación al trabajo, pues la falta de culminación de los estudios, lo es por causa imputable a la actitud del hijo<sup>282</sup>. De manera que no estamos ante una crisis coyuntural académica derivada del divorcio de sus progenitores, sino ante un escaso aprovechamiento educativo manifestado de forma continuada<sup>283</sup>.

## VII.- PETICIÓN DE PRESTAR ALIMENTOS EN CASA DEL ALIMENTANTE

Respecto a prestar alimentos en casa del alimentante, el art. 149 del CC establece que:

*“El obligado a prestar alimentos podrá, a su elección, satisfacerlos, o pagando la pensión que se fije, o recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos.  
Esta elección no será posible en cuanto contradiga la situación de convivencia determinada para el alimentista por las normas aplicables o por resolución judicial. También podrá ser rechazada cuando concurra justa causa o perjudique el interés del alimentista menor de edad”.*

Este artículo introduce la posibilidad de establecer un modo de prestación distinta a la pecuniaria, consistente en que el deudor reciba y mantenga en su propia casa a quien tiene derecho a alimentos. Así, el alimentante podrá elegir entre satisfacer los alimentos abonando una pensión, o mantener en su casa al alimentista.

La concesión al alimentante de la facultad de elección resulta de la aplicación del principio *favor debitoris*, ya que siempre resulta menos onerosa la prestación de alimentos conviviendo en un mismo hogar. Si bien, esta elección no puede contradecir a la ley imperativa ni limitar la obligación del deudor, debiendo comprobar el juez que estos extremos se cumplen.

El párr. 2º del art. 149 del CC pone los límites al derecho concedido al alimentante para elegir la prestación. En primer lugar, la facultad de elección decae cuando la

---

<sup>282</sup> En este sentido están la STS 700/2014, de 21 noviembre de 2015 [RJ 2015\6567]; y la STS 558/2015, de 21 septiembre de 2016 [RJ 2016\4443].

<sup>283</sup> SÁNCHEZ CASTRILLO, G.: “Extinción de la pensión alimenticia a hijo mayor de edad por su escasa disposición para el estudio y formación STS de 22 junio 2017 [RJ 2017/3040]”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9/2017 [BIB 2017\13153].

convivencia entre el alimentante y el alimentista contradice la situación de convivencia que, la ley o una sentencia, establece para el alimentista.

El 2º inciso de este párr. recoge otras dos restricciones a la facultad de elección, en este caso formuladas de una forma mucho más amplia y general:

- La concurrencia de una justa causa, que tendrá que alegar el alimentista para privar al alimentante de su derecho de elección, siendo el juez quien resuelva si concurre justa causa o no. En estos casos, la prestación *in natura* se hace imposible por alterar las prioridades en la vida del alimentista.

- El perjuicio que la elección pueda suponer para el interés del menor de edad, en este caso, aunque la norma establece que el perjuicio sea el del menor de edad, su aplicación se extiende al hijo mayor edad, si bien, el perjuicio debe ser alegado<sup>284</sup>, mientras que, cuando se trata de menores, puede ser apreciado de oficio en aplicación del art. 158 del CC.

Como norma general, el derecho de opción no es posible cuando se trata de hijos menores, en cambio, si se puede optar cuando se trata de hijos mayores de edad.

El problema se puede plantear cuando los dos progenitores quieren hacer uso de esta facultad de elección. El CC no establece nada al respecto, sin embargo, el CCCat prevé, para estos casos, que el juez debe decidir cuál de los progenitores acoge al hijo en

---

<sup>284</sup> En lo que concierne a los hijos mayores de edad, la STS 624/2011, de Pleno, de 5 de septiembre de 2011 [RJ 2011/5677], ha supuesto un avance, poniendo coto a exigencias de estos últimos. Alcanzada la mayoría de edad, los únicos intereses a considerar para decidir acerca del uso de la que fuera vivienda familiar serán los del cónyuge no titular, y no los del hijo que, en su caso, opte por permanecer con él en el inmueble. Por lo que su decisión en tal sentido carecerá de relevancia a los efectos de inclinar la balanza a favor de uno u otro progenitor. Se señala así que: *“ningún alimentista mayor de edad, cuyo derecho se regule conforme a lo dispuesto en los arts. 142 y ss. del CC, tiene derecho a obtener parte de los alimentos que precise mediante la atribución del uso de la vivienda familiar con exclusión del progenitor con el que no haya elegido convivir. En dicha tesitura, la atribución del uso de la vivienda familiar ha de hacerse al margen de lo dicho sobre los alimentos que reciba el hijo o los hijos mayores, y por tanto, única y exclusivamente a tenor, no del párr. 1º sino del párr. 3º del art. 96 CC, según el cual: «no habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponde al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección»”.*

su casa, después de oír a todas las partes implicadas, teniendo preferencia la voluntad del alimentista<sup>285</sup>.

### VIII.- EL MOMENTO DEL DEVENGO DE LA PENSIÓN

La obligación de alimentos de los progenitores surge desde el nacimiento de sus hijos pero, una vez producida la crisis matrimonial, hay que determinar el *dies a quo*, a partir del cual, surge la obligación jurídica de abonar la pensión, para lo que es necesario acudir al párr. 1º del art. 148 del CC que dice lo siguiente:

*“La obligación de dar alimentos será exigible desde que los necesitare, para subsistir, la persona que tenga derecho a percibirlos, pero no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda”.*

El precepto hace referencia a que esa obligación de pagar los alimentos será exigible, jurídicamente, desde que se efectúa dicha reclamación en los procedimientos matrimoniales de separación o divorcio<sup>286</sup>.

El TS ha establecido como doctrina jurisprudencial que los alimentos deben prestarse por el progenitor obligado al pago desde el momento de interposición de la demanda, salvo que el progenitor haya hecho frente a las cargas que comporta el matrimonio, incluidos los alimentos, hasta un determinado tiempo distinto, puesto que, de otra forma, se estarían pagando dos veces.

La STS 86/2020, de 6 de febrero de 2020, mantiene la doctrina en relación con la retroactividad de la pensión alimenticia, entendiendo que, cuando se plantea un procedimiento de modificación de medidas, la pensión que en él se fije (si es diferente a la de primera instancia), opera desde el dictado de la sentencia fallada en el procedimiento de modificación. Sin embargo, cuando la pensión se fija en la primera instancia, la

---

<sup>285</sup> ORDÁS ALONSO, M.: *La cuantificación de las prestaciones económicas en las rupturas de pareja. Alimentos, pensión compensatoria, compensación por trabajo doméstico de las parejas de hecho*, op. cit., págs. 226 - 229.

<sup>286</sup> SÁNCHEZ PEDRERO, A.: *La obligación alimenticia en los pleitos matrimoniales*, op. cit., págs. 61 - 65.

pensión se ha de abonar desde la fecha de interposición de la demanda (art. 148 del CC)<sup>287</sup>.

En aquellos casos en que la cuantía de la pensión de alimentos sea diferente en la segunda instancia o se revise su cuantía en un procedimiento de modificación de medidas, el TS ha dictado doctrina jurisprudencial, estimando que es de aplicación el art. 106 del CC que dice que: *“los efectos y medidas previstos en este capítulo terminan, en todo caso, cuando sean sustituidos por los de la sentencia o se ponga fin al procedimiento de otro modo”*; siendo también aplicable el art. 774.5 de la LECiv que establece que *“los recursos que conforme a la Ley se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieran adoptado en ésta”*. En base a ello, cada resolución desplegará su eficacia desde la fecha en que se dicte y será la primera resolución que establezca la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de presentación de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación, y las restantes resoluciones que modifiquen su cuantía, serán eficaces desde que se dictan, momento en que sustituyen a las dictadas anteriormente<sup>288</sup>.

Por lo tanto, la única pensión de alimentos de los hijos menores que puede retrotraerse a la presentación de la demanda es la establecida por el Juzgado de Primera Instancia, nunca la fijada en una sentencia de apelación o de modificación de medidas, que tienen eficacia desde el momento en que se dictó la sentencia<sup>289</sup>.

---

<sup>287</sup> Esta doctrina se ha plasmado en diferentes sentencias entre otras la STS 351/2015, de 15 de junio de 2015; la STS 389/2015, de 23 de junio de 2015; la STS 487/2016, de 14 de julio de 2016; la STS 573/2016, de 29 de septiembre de 2016; la STS 600/2016, de 6 de octubre de 2016; y STS 371/2018, de 19 de junio de 2018.

<sup>288</sup> Así lo establecen, entre otras, la STS 351/2015, de 15 de junio de 2015; la STS 389/2015, de 23 de junio de 2015; y la STS 600/2016, de 6 de octubre de 2016.

<sup>289</sup> ORDÁS ALONSO, M.: *La cuantificación de las prestaciones económicas en las rupturas de pareja. Alimentos, pensión compensatoria, compensación por trabajo doméstico de las parejas de hecho*, op. cit., págs. 230 - 240.

## IX.- MECANISMOS EMPLEADOS PARA LA ACTUALIZACIÓN DE LAS PENSIONES

La pensión de alimentos de los hijos menores ha de actualizarse anualmente aunque el convenio regulador o la sentencia no lo contemple, pues se trata materia de orden público o de derecho necesario, y por ello, los jueces deben pronunciarse de oficio, aunque no haya sido solicitado por las partes o si se ha omitido establecer una cláusula de actualización de la prestación fijada.

Respecto a la actualización, el art. 93 del CC establece que:

*“El juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento”.*

A mayor abundamiento, el art. 148 CC *in fine* faculta al juez, a petición del alimentista o del Ministerio Fiscal, a adoptar las medidas oportunas, ya no sólo para asegurar los anticipos que se requieran en el presente, sino también *“para garantizar las necesidades futuras”*, para ello es necesario que sobre la pensión fijada por el juez se aplique el correspondiente índice corrector<sup>290</sup>.

El parámetro más usual de actualización es la aplicación del IPC (Índice General de Precios al Consumo), publicado por el Instituto Nacional de Estadística (INE) u organismo que lo sustituya. La aplicación del IPC a una pensión alimenticia de los hijos tiende a ponderar los efectos negativos de la depreciación monetaria, utilizándose como índice de referencia para la revisión de la deuda alimenticia a fin de compensar la pérdida del valor adquisitivo del dinero. Tiene la ventaja de la sencillez, por ser un dato objetivo, oficial, notorio y público. Sin embargo, si se acude, exclusivamente, como parámetro de actualización al IPC, prescindiendo de toda referencia a los ingresos del obligado, se puede vulnerar el criterio de proporcionalidad, que es esencial en la determinación cuantitativa de la pensión.

---

<sup>290</sup> CABEZUELO ARENAS, A. L. y CASTILLA BAREA, M.: *Tratado de Derecho de la Familia* (Volumen I), *op. cit.*, pág. 38.



Así, en el caso de que el salario del alimentante se haya congelado, para ponderar todos los intereses concurrentes, se tendría que establecer la actualización dependiendo del incremento del IPC y también, del progenitor que tiene que pagar la pensión. Se podría incrementar anualmente la pensión conforme a los índices del IPC siempre y cuando dicho aumento no sea superior al que tengan los ingresos del progenitor, en cuyo caso, se estará a la variación experimentada por los ingresos.

ORDÁS ALONSO<sup>291</sup> no es partidaria de las prácticas que establecen actualizaciones, únicamente, al alza ya que, en su opinión, una actualización para ser tal, debe ajustarse a las variaciones, al alza o a la baja, del índice de actualización.

Si sólo se establecen actualizaciones al alza, se puede ir contra el principio de proporcionalidad. Del mismo modo, una actualización de la pensión de alimentos que no discurra paralelamente a las fluctuaciones de los ingresos del obligado al pago, puede llegar al extremo de que no pueda ser abonada.

Por último, aducir que las revisiones operan ex nunc, es decir, mientras no se reclamen y acuerden las cantidades adeudadas y no pagadas voluntariamente por el obligado, no se incrementan.

## **X.- LOS GASTOS EXTRAORDINARIOS**

Muchos de los gastos extraordinarios que tienen los menores en formación y sanidad solo se pagan ciertos meses (las cuotas del colegio, uniformes y el material escolar) o años (tratamientos médicos, etc.), o pueden tener importantes subidas económicas (paso de ciclo en los colegios privados...), que no cubre el IPC. Resulta indudable que algunos gastos son ordinarios y que otros son necesarios, pero respecto a la naturaleza de algunos otros gastos, se producen desacuerdos entre las partes, por lo que

---

<sup>291</sup> ORDÁS ALONSO, M.: *La cuantificación de las prestaciones económicas en las rupturas de pareja. Alimentos, pensión compensatoria, compensación por trabajo doméstico de las parejas de hecho*, op. cit., págs. 240 - 251.

los progenitores deben llegar a un acuerdo y, si no es posible, será el juez quien determine si son gastos ordinarios o no.

Por lo que se refiere a los gastos de vivienda donde residen los menores y los de alimentación, ropa y ocio, dependen del tipo de custodia y su pago afecta al nivel de ingresos de cada progenitor, por lo que es donde hay mayor discrepancia y discrecionalidad<sup>292</sup>.

Los gastos extraordinarios pueden surgir o no, pues son imprevisibles, por lo tanto, no pueden calcularse *a priori* y han de ser consensuados una vez que se produzcan, salvo en casos urgentes, en los que se ha de informar al otro progenitor después.

En la jurisprudencia menor existen contradicciones, mientras que algunas resoluciones consideran que determinados gastos son extraordinarios y han de ser consensuados por ambos progenitores, otras, ese mismo concepto lo reputan adecuado al nivel de la familia y al entorno social. Por lo tanto, dependerá del juzgado o tribunal en cuestión que un mismo gasto sea calificado como ordinario o extraordinario<sup>293</sup>.

En los casos que se establezca el pago de todos los gastos que se reclamen como extraordinarios, el progenitor será un mero pagador, pues ni siquiera será consultado en algo que no presenta urgencia en su materialización y que podría haber sido sometido, caso de discrepancia, al criterio del juez.

---

<sup>292</sup> ZARRALUQUI NAVARRO, L.: "A vueltas con la pensión de alimentos", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 968/2020 [BIB 2020\37381].

<sup>293</sup> Respecto a los gastos extraordinarios, dice la SAP de Barcelona, Sección 18ª, 772/2013, de 13 de diciembre de 2013, que: "*Una consolidada doctrina de las Secciones especializadas de esta Audiencia considera los gastos extraordinarios como los "necesarios e imprevistos", los que excedan de la naturaleza de gasto ordinario (porque salen de lo natural o común), que no sean habituales sino imprevisibles, no periódicos, siempre que sean necesarios o consensuados y que deben ser comunicados al otro progenitor (SAP, Civil sección 18 del 04 de Julio del 2013 [ROJ: SAP B 8737/2013].*

Hemos sostenido en la sentencia dictada en el rollo de apelación núm. 816/2012 que para hablar de "gastos extraordinarios" han de concurrir las notas de imprevisibilidad y necesidad o "inevitabilidad" (sin perjuicio de los pactos a que puedan llegar las partes), pero que sean urgentes o no en su atención no afecta a su consideración o no como gastos extraordinarios y la periodicidad o no del gasto no es un elemento determinante, aunque si el gasto adquiere vocación de permanencia obligará a una modificación de medidas; y aunque esta sea la regla general, su atención no será siempre al 50% (SAP Civil sección 18 del 12 de Junio del 2013 [ROJ: SAP B 6996/2013] (...))

Los gastos que la madre refiere no son extraordinarios, en el sentido de imprevisibles e inevitables, sino gastos escolares (matrículas, libros, AMPA, cuota escuela y coste pruebas de acceso a la universidad) y de actividades extraescolares (fútbol). Los de fútbol deben presumirse ya incluidos en la pensión porque son del mismo año de la sentencia de la Sala (2009) y ya se refería a todos ellos ésta, aunque sin concretarlos. Los escolares también estaban contemplados y los de la universidad eran previsibles y vienen a sustituir los escolares, a falta de mejor prueba".

Además, aun siendo reputados determinados gastos como extraordinarios, algunas resoluciones, acertadamente, estiman que no todos los gastos que gozan de dicha consideración participan de la misma importancia y cuando la economía familiar no permite hacer frente a todos los gastos extraordinarios, hay que establecer una prelación, pues los habrá ineludibles, mientras que se podrá prescindir de otros.

En base a todo lo referido, no es posible realizar una relación exhaustiva de cuáles son los gastos extraordinarios, por lo que será en cada caso concreto cuando se determine si un determinado gasto es o no extraordinario<sup>294</sup>.

La jurisprudencia caracteriza los gastos extraordinarios como gastos necesarios, imprevisibles (no se sabe si se producirán ni cuando) y que carecen de periodicidad; en ocasiones, se añade que no son ordinarios ni habituales, son futuros y puntuales, son fuera de lo común, y es razonable esperarlos en cada momento atendiendo a lo que demuestra la realidad diaria.

La relevancia de calificar un gasto como ordinario o extraordinario se traduce en la práctica, en la determinación de qué gastos pertenecen a la pensión de alimentos y cuáles deben ser abonados al margen de la misma.

ROMERO COLOMA<sup>295</sup>, entiende que el gasto extraordinario debe estar vinculado a las necesidades que deben cubrirse económicamente de modo ineludible en el cuidado, desarrollo y formación de los hijos, en contraposición con aquello superfluo o secundario, de lo que puede prescindirse. Por lo tanto, un gasto extraordinario debe invertirse en un aspecto del menor que, en principio, pudo no ser necesario, pero que, posteriormente, es necesario.

---

<sup>294</sup> CABEZUELO ARENAS, A. L.: “Pensiones de alimentos de los hijos tras separación y divorcio: ¿necesidades auténticas o creadas?”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5/2009 [BIB 2009\693].

<sup>295</sup> ROMERO COLOMA, A. M<sup>a</sup>: “El concepto de gasto extraordinario de los hijos y su problemática jurídica”, *Diario La Ley*, 2013, pág. 2.

Por su parte, CARPI MARTÍN<sup>296</sup>, opina que hay que valorar en cada supuesto concreto si un determinado gasto encaja en lo que es esencial para ese caso, atendidos los parámetros subjetivos y objetivos que determinan las necesidades del hijo y las posibilidades de los progenitores antes y después de la ruptura, por lo que habrá que mirar cada caso y no generalizar.

Respecto a los gastos extraordinarios, la STS 569/2014, de 14 de octubre, considera que si durante la convivencia, los progenitores habían acordado que determinados gastos formaban parte de la educación integral de sus hijos, siempre que se mantenga el nivel económico que existía antes de la separación o divorcio, deben considerarse los gastos acordados como ordinarios. Así, califica los gastos extraordinarios como “*imprevisibles, no se sabe si se producirán ni cuando lo harán, y en consecuencia, no son periódicos*”. El TS vincula la previsibilidad con la periodicidad, por lo tanto, los gastos ordinarios son aquellos que, de manera simultánea, son previsibles y periódicos.

ORDÁS ALONSO<sup>297</sup> considera que esta afirmación que realiza el TS, debe ser entendida en el sentido de que, calificados como ordinarios los gastos previsibles y periódicos, no quiere decir que los que no tengan estas características no lo sean, sino que los que las poseen sí lo son. La previsibilidad del gasto ordinario es lógica ya que su cuantía se ha tenido en cuenta al fijar la pensión de alimentos, aún tratándose de una necesidad que se podría calificar de extraordinaria. Si no se pudo prever, pero se presenta con la característica de la permanencia, procedería instar una modificación en la cuantía de la pensión de alimentos. Lo mismo cabe aducir de la periodicidad, un gasto periódico es ordinario, si se pudo prever cuando se estableció la pensión o si después se argumenta para modificar su cuantía, pero hay gastos no periódicos que no por ello dejan de ser ordinarios.

---

<sup>296</sup> CARPI MARTÍN, R.: “Los gastos extraordinarios en las pensiones de alimentos a los hijos: un análisis jurisprudencial”, *Diario La Ley*, 2009, págs. 18 y 19.

<sup>297</sup> ORDÁS ALONSO, M.: La cuantificación de las prestaciones económicas en las rupturas de pareja. Alimentos, pensión compensatoria, compensación por trabajo doméstico de las parejas de hecho, *op. cit.*, pág. 98.

En base a lo referido, los gastos extraordinarios se configuran negativamente, como aquellos que no son ordinarios.

En este sentido, la STS 500/2017 de 13 de septiembre de 2017, determina que los gastos causados al comienzo del curso escolar de cada año son gastos ordinarios en cuanto son gastos necesarios para la educación de los hijos, incluidos, por lo tanto, en el concepto legal de alimentos. Son gastos que deben ser tenidos en cuenta cuando se fija la pensión alimenticia.

Por lo que se refiere a la forma de pago de los gastos extraordinarios, lo habitual es establecer que sean abonados al 50% por cada uno de los progenitores, si bien no siempre ocurre así, ni debe establecerse esta fórmula de manera automática, ya que los alimentos deben fijarse en proporción al caudal del alimentante, entre otras circunstancias.

Por ello, no es posible establecer una cantidad fija en concepto de gastos extraordinarios, ya que se trata de gastos imprevisibles, difícilmente cuantificables y deben ser consensuados, salvo en situaciones de urgente necesidad. Considera la autora que, establecer una cantidad mensual para atender a los gastos extraordinarios, entendiéndolo como un anticipo o entrega a cuenta de éstos, no es recomendable, pues no soluciona los problemas que plantean los gastos extraordinarios y añade otros como cuantificar la cantidad a abonar, compensar las cantidades entregadas con los gastos efectuados y plantea la posibilidad de que el guardador, disponiendo de fondos, no solicite el consentimiento del otro progenitor. Entiende, asimismo, que desnaturaliza la pensión de alimentos establecida en atención al caudal y medios de ambos progenitores y a las necesidades del hijo para atender a los gastos ordinarios.

Tratándose de hijos menores, el principio general, es que es necesario el acuerdo de ambos progenitores para efectuar un gasto extraordinario, pues el custodio no puede realizar un gasto unilateralmente y pretender que el otro progenitor abone la mitad sin intervenir en la decisión; si no hay acuerdo, será el juez quien tome la decisión de si el gasto es o no extraordinario.

Por último, hay que tener en cuenta que los gastos extraordinarios deben ser comunicados previamente a quienes tengan que abonarlos, indicando la cuantía o los presupuestos que habrán de ser aceptados, salvo que se acredite la urgencia y necesidad, en cuyo caso, suelen ser aceptados<sup>298</sup>.

## **XI.- LAS DISTINTAS RESPUESTAS A LA PENSIÓN DE ALIMENTOS EN EL DERECHO CIVIL PROPIO DE LAS CCAA**

### **XI.1.- La Ley 25/2010, de 29 de junio, que aprueba el Libro II del CC de Cataluña, relativo a la persona y a la familia<sup>299</sup>**

El legislador catalán regula estas relaciones desde la perspectiva de la obligación de alimentos entre parientes. A esta situación de convivencia responden los arts. 237-1 a 237-14 del vigente Código del Derecho civil de Cataluña, que proceden, sin modificación alguna, de la Ley 9/1998, de 15 julio, *del Código de familia*. Además, los arts. 231-6 y 236-22 atienden al deber de contribución de los hijos a los gastos familiares mientras convivan en la casa.

Al igual que en el CC, las relaciones entre progenitores e hijos mayores de edad se abordan desde la perspectiva de la obligación legal de alimentos entre parientes.

Así, el art. 237-1 del CCCat comienza por definir los alimentos como todo cuanto es indispensable para el mantenimiento, vivienda, vestido y asistencia médica de la persona alimentada, así como los gastos para la formación si esta es menor y para la continuación de la formación, una vez alcanzada la mayoría de edad, si no la ha terminado antes por una causa que no le es imputable, siempre y cuando mantenga un rendimiento regular. Asimismo, los alimentos incluyen los gastos funerarios, si no están cubiertos de otra forma.

---

<sup>298</sup> ORDÁS ALONSO, M.: La cuantificación de las prestaciones económicas en las rupturas de pareja. Alimentos, pensión compensatoria, compensación por trabajo doméstico de las parejas de hecho, *op. cit.*, págs. 86 - 131.

<sup>299</sup> Ley 25/2010, de 29 de junio, *que aprueba el Libro II del CC de Cataluña, relativo a la persona y a la familia* (BOE de 21 de agosto de 2010, núm. 203).

Este derecho de alimentos es irrenunciable, intransmisible e inembargable, y no puede compensarse con el crédito que el alimentista pueda tener respecto al alimentado (art. 237-12 del CCCat).

Por su parte, el alimentado puede compensar, renunciar y transigir las pensiones atrasadas posteriores a la fecha de su reclamación judicial o extrajudicial, así como transmitir, por cualquier título, el derecho a reclamarlas, sin perjuicio del derecho de repetición que ampara el (art. 237-11.1 del CCCat).

La obligación impuesta a los ascendientes y descendientes es un efecto de la filiación (art. 235-2 del CCCat), por lo que en los procedimientos de separación o divorcio, los alimentos deben figurar en las medidas provisionales o definitivas y obligatoriamente, en el convenio si se alcanza un acuerdo entre los cónyuges.

Si hay un pacto en materia de guarda y de relaciones personales con los hijos menores, así como los de alimentos en favor de estos, solo resultan eficaces si son conformes a su interés en el momento en que se pretenda el cumplimiento (art. 233-5 del CCCat).

Y en el caso de que haya un plan de parentalidad, la forma de ejercer la guarda no altera el contenido de la obligación de alimentos hacia los hijos comunes, si bien es preciso ponderar el tiempo de permanencia de los menores con los respectivos progenitores, así como los gastos que cada uno de ellos haya asumido pagar directamente (art. 233-10 del CCCat).

Respecto a la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores, el CCCat permite satisfacer, en la parte que proceda, los alimentos de los hijos comunes que convivan (art. 233-20 del CCCat).

En el caso de que uno de los progenitores haya sido suspendido o privado de la potestad parental (art. 228-3 del CCCat), o si se ha privado de la potestad a ambos progenitores (art. 236-6 del CCCat), no cesa la obligación de alimentos.

En la línea del contenido referido en el art. 237-1 del CCCat, el deber de alimentos de los progenitores a los hijos menores de edad tiene que tener un mínimo vital.

En lo que se refiere al momento de devengo de la pensión, sólo se tiene derecho a los alimentos desde que se necesitan, pero no pueden solicitarse los anteriores a la fecha de la reclamación judicial o extrajudicial (art. 237-5 del CCCat). Si bien, pueden solicitarse los alimentos a los hijos menores que sean anteriores a la reclamación judicial o extrajudicial, hasta un período máximo de un año, si la reclamación no se hizo por una causa imputable a la persona obligada a prestarlos.

Por lo que respecta a la cuantía de los alimentos se determina en proporción a las necesidades del alimentado y a los medios económicos y posibilidades de la persona o personas obligadas a prestarlos. Los cónyuges de mutuo acuerdo, o si no lo hay, el juez, pueden sentar las bases de la actualización anual de la cuantía de los alimentos de acuerdo con las variaciones del índice de precios al consumo o de un índice similar, sin perjuicio de que se establezcan otras bases complementarias de actualización (art. 237-9 del CCCat).

En orden a asegurar el cumplimiento de la obligación de prestar alimentos, si el progenitor ha dejado de abonar más de un pago, el juez puede adoptar las medidas que considere necesarias<sup>300</sup>.

---

<sup>300</sup> FAUS PUJOL, M.: “Alimentos de origen familiar en Cataluña”, *Práctico Derecho de Familia*, VLex, 2021.



**XI.2.- El Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el Título del “Código del Derecho Foral de Aragón”, el *Texto refundido de las Leyes Civiles Aragonesas*<sup>301</sup>**

Respecto a los alimentos, el CDFA impone a los progenitores el deber de contribuir al abono de los gastos de asistencia de los hijos que estén a su cargo, una vez producida la separación o divorcio (art. 82.1 del CDFA). Estos gastos son los de crianza y educación de los hijos menores y mayores con capacidad modificada judicialmente bajo la autoridad familiar de sus progenitores (art. 65.1.b del CDFA), y también, como afirma la jurisprudencia, los generados por los hijos mayores en formación y dependientes económicamente ex art. 69 del CDFA.

Del deber de asistencia y de cómo fijar la contribución de cada progenitor, se ocupa el art. 82 del CDFA en sus apdos. siguientes, estableciendo diferentes módulos de reparto en función del carácter de los gastos, que pueden ser:

- Gastos ordinarios, en cuyo caso, la contribución de los progenitores viene determinada por el concreto régimen de custodia individual o compartida.
  
- Gastos extraordinarios, que pueden ser necesarios o no.

Como módulo general, se utiliza el principio de proporcionalidad para determinar la contribución de cada progenitor a los gastos de asistencia, en el art. 82.1 del CDFA que dice que: “*ambos contribuirán proporcionalmente con sus recursos económicos*”. Este principio no es de aplicación para los gastos extraordinarios no necesarios, cuyo propio carácter exige la aplicación de otros módulos de reparto.

El principio de proporcionalidad rige para los gastos ordinarios, siendo el parámetro legalmente previsto para medir la proporcionalidad, por una parte, las

---

<sup>301</sup> El Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el Título del “Código del Derecho Foral de Aragón”, el *Texto refundido de las Leyes Civiles Aragonesas* (BA de 29 de marzo de 2011, núm. 67).

necesidades de los hijos y por otra parte, los recursos económicos de cada uno de los progenitores y de los propios hijos (art. 82.2 del CDFA). Asimismo, el principio de proporcionalidad rige para los gastos extraordinarios necesarios, si bien el único factor a valorar es el de los recursos económicos de los progenitores (art. 82.4, 1.ª parte del CDFA). La aplicación del principio de proporcionalidad queda reservada a la competencia de los Juzgados de Primera Instancia, sin que sea revisable en casación, salvo que la sentencia sea arbitraria o ilógica.

En este sentido, el CDFA no define lo que son los gastos ordinarios de asistencia, si bien en virtud de su art. 65.1.b) y c), los tribunales incluyen en este concepto los gastos de alojamiento, manutención, educación, vestido y sanitarios, estos últimos, siempre que estén cubiertos por un seguro, pues de no ser así, se califican de extraordinarios necesarios. La contribución de los progenitores a los gastos ordinarios de asistencia se establece según el régimen de custodia, pudiendo el juez asignar la contribución a los gastos ordinarios, así como un pago periódico entre los progenitores si lo estima necesario (art. 82.3 del CDFA).

En el caso de que ambos progenitores ostenten la custodia compartida, la jurisprudencia establece que los gastos de manutención y alojamiento (más específicamente, los gastos de alimentación, habitación, higiene personal y de bolsillo) corresponderán al progenitor que ostente la custodia en el periodo que se generen, aunque sean pagados con posterioridad al momento de la obligación de abonarlos. Por su parte, los gastos ordinarios que vayan más allá del sustento diario, tales como la ropa, los gastos derivados de la educación (incluida la universitaria en un centro público) y las clases de refuerzo si son necesarias, serán abonados por ambos progenitores conforme al principio de proporcionalidad y, habitualmente, con cargo a una cuenta bancaria conjunta. Si bien, puede establecerse una pensión de alimentos si entre ambos progenitores existe una diferente situación económica.

En aquellos otros casos en que uno de los progenitores ostente la custodia individual, la práctica judicial establece una pensión de alimentos a abonar mensualmente

por el progenitor no custodio, ya que el custodio contribuye con todo lo demás que es preciso para cubrir las necesidades de los hijos menores. La sentencia también estipulará las bases de actualización de la pensión alimenticia.

Cuando se produzca una alteración de circunstancias, se podrá instar la modificación de la pensión de alimentos que, en aplicación de lo dispuesto en el art. 79.5 del CDFa, exige la “*conurrencia de causas o circunstancias relevantes*”, siendo la jurisprudencia quien ha determinado los requisitos necesarios para que prospere:

- Que con posterioridad a dictarse la resolución judicial que la estableció, se haya producido un cambio en la situación fáctica que determinó la medida que se intenta modificar.

- Que dicho cambio sea sustancial, duradero, imprevisible y ajeno a la voluntad de quien solicita la modificación de la medida.

Por lo que respecta a los gastos extraordinarios necesarios, no consta una definición legal, ya que son tan variados que resulta imposible su determinación anticipada, así que la jurisprudencia ha determinado que son aquellos imprevistos que quedan fuera de los gastos que, de ordinario, conlleva la crianza de la prole. Por lo tanto, para ser calificado como tal un gasto, debe ser imprevisible, inhabitual y que, de ordinario, no conlleve la crianza de la prole.

Pueden calificarse de gastos extraordinarios necesarios aquellos que deben ser atendidos inexorablemente en orden al cuidado, desarrollo y formación en todos los órdenes de los hijos, tales como prótesis, intervenciones quirúrgicas o tratamientos médicos y farmacológicos no incluidos en seguro alguno. Estos gastos deben ser sufragados por ambos progenitores en proporción a sus recursos económicos (art. 82.4, 1ª parte del CDFa).

Por otra parte, los gastos extraordinarios no necesarios son los que se asumen en función de la capacidad económica de los progenitores tras la ruptura y que, por tanto, se puede prescindir de ellos sin menoscabo para los hijos, tales como actividades extraescolares que no sean clases de refuerzo, gastos de colegio/ universidad privados o extranjeros, carnet de conducir, colonias, cursos de verano y celebraciones diversas. Su reparto entre los progenitores no se rige por el principio de proporcionalidad, otorgando preferencia a los acuerdos a los que lleguen los progenitores, y en su defecto, responderá del gasto el progenitor que haya decidido generarlo (art. 82.4, 2ª parte del CDFa).

En ambos casos, no se admitirá reclamación dineraria alguna entre los progenitores de ningún gasto extraordinario, necesario o no, que no haya sido consensuado previamente de modo fehaciente o, en su defecto, que no haya sido aprobada su procedencia judicialmente, salvo que se trate de gastos urgentes e inaplazables<sup>302</sup>.

Por último, en lo que se refiere a las relaciones personales y patrimoniales entre progenitores e hijos cuando éstos alcanzan la mayoría de edad, su regulación se encuentra en los arts. 58, 69 y 70 del CDFa.

Así, en los arts. 77 y 82 del CDFa se atiende a los gastos de asistencia a los hijos mayores de edad cuando medie ruptura de la convivencia entre los progenitores y la posibilidad de que los mismos sean contemplados en el pacto de relaciones familiares (art. 77 CDFa).

En lo que respecta a la prestación de asistencia a los hijos mayores de edad, dispone el art. 69 del CDFa que, si al llegar la mayoría de edad o emancipación el hijo no hubiera completado su formación profesional y no tuviera recursos propios para sufragar los gastos de crianza y educación, se mantendrá el deber de los progenitores de costearlos, si bien en la medida en que sea razonable exigirles su cumplimiento y por el tiempo normal para completar su formación.

---

<sup>302</sup> CHAPARRO MATAMOROS, P. y MUÑOZ RODRIGO, G.: *Las crisis familiares*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, págs. 467 - 503.

El deber a que se refiere el apdo. anterior se extinguirá cuando el hijo cumpla la edad de veintiséis años, a no ser que, de mutuo acuerdo o judicialmente, se hubiera fijado una edad distinta, sin perjuicio del derecho del hijo a reclamar alimentos.

Por lo tanto, las relaciones entre los progenitores con hijos a cargo mayores de edad se dilucidan a través de la prestación de alimentos entre parientes y también mediante la prórroga o mantenimiento del deber de crianza y educación<sup>303</sup>.

### **XI.3.- La Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil<sup>304</sup> y la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores del País Vasco<sup>305</sup>**

La LRF ha establecido una regulación de los alimentos más detallada que la del CC, si bien no tiene diferencias de fondo con la normativa estatal. Así, distingue entre gastos necesarios ordinarios y gastos necesarios extraordinarios:

Los gastos necesarios ordinarios son los que: *“los hijos e hijas precisen de forma habitual y cuyo devengo sea previsible, así como cualesquiera otros que los progenitores pacten como tales”* (art. 10.2 de la LRF), por lo que el juez o los interesados deben establecer para sufragarlos la pensión o prestación de alimentos (arts. 10.1.a y 10.3 de la LRF). Para calcular la pensión, se tendrán en cuenta todas las circunstancias concurrentes, las necesidades de los hijos, la capacidad de cada uno de los progenitores y el sistema de custodia que se haya establecido.

Por su parte, los gastos necesarios extraordinarios son los imprevisibles, que no tienen carácter continuado, aleatorios y esporádicos, que se abonan cuando surjan y el

---

<sup>303</sup> BAYOD, M. C. y SERRANO, J. A.: *Relaciones entre padres e hijos en Aragón: ¿un modelo a exportar?*, Ed. IFC, Zaragoza, 2014, págs. 124 - 128.

<sup>304</sup> La Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco (BOE de 24 de julio de 2015, núm. 176).

<sup>305</sup> Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores (BOE de 24 de julio de 2015, núm. 176).

criterio para sufragarlos será en proporción a los recursos económicos disponibles de los progenitores.

Asimismo, prevé la LRF que en el domicilio familiar puedan convivir hijos mayores de edad que carezcan de independencia económica, por lo que tienen derecho a recibir una prestación alimenticia de sus progenitores (art. 10.4 de la LRF), estableciendo la posibilidad de que la pensión sea abonada directamente a los hijos<sup>306</sup>.

Con acierto, el legislador ha regulado los criterios a tener en cuenta para cuantificar la pensión de alimentos, cuestión que no se produce en el CC y que son los siguientes:

- Las necesidades de los hijos e hijas, es el principal principio a tener en cuenta, por ello, aunque el alimentante tenga una capacidad económica alta, el límite de su aportación serán las necesidades de sus hijos, no teniendo que aportar todo lo que su capacidad económica le permita. Este criterio es aplicable tanto en los casos de custodia exclusiva, como en los de custodia compartida.

- Los recursos económicos de cada miembro de la pareja, lo que constituye un criterio muy acertado. Así, en la custodia compartida, es necesario conocer y tener en cuenta los recursos económicos de ambos progenitores. Sin embargo, en la custodia exclusiva, el art. 146 del CC sólo hace referencia al caudal y medios del progenitor no custodio, por lo tanto, va a depender del juez que, si se ajusta a la literalidad de la ley, puede tener en cuenta los del no custodio y no atender a la capacidad económica de ambos progenitores. Por lo tanto, conforme a la Ley 7/2015, se exige fundamentar el análisis de la capacidad económica de ambos cónyuges.

- El tiempo de permanencia de los hijos e hijas con cada progenitor, otro criterio muy acertado, pues actualmente, se señalan regímenes de visitas muy amplios que, en algunos casos, suponen entorno al 40% del tiempo que se encuentra el menor en compañía

---

<sup>306</sup> GIL RODRÍGUEZ, J. G.: *Manual de Derecho civil Vasco*, Ed. Atelier, Barcelona, 2016, págs. 110 - 112.

del progenitor no custodio. Esta circunstancia tiene que tener su reflejo en la pensión de alimentos, pues estas estancias tan amplias repercuten en los gastos de alimentación, suministros, etc., tanto en el progenitor custodio, a quien le disminuyen esos gastos, como en el no custodio, que por la contra, le aumentan los gastos. Por lo tanto, se debe tener en cuenta qué tiempo de estancia estará con el menor cada uno de los progenitores, para establecer una pensión más elevada o más baja en concepto de alimentos.

Igualmente, en la custodia compartida también hay que tener en cuenta el reparto de tiempos de estancia con cada progenitor, pues no se exige que el reparto sea exactamente al 50%, en consecuencia, si uno de los progenitores pasa más tiempo que el otro, esto tendrá que quedar reflejado en la pensión alimenticia.

- La atribución que se haya realizado de la vivienda familiar, es un criterio acertado si se analiza cada caso concreto, pero resulta de difícil encaje con el art. 12.7 de la Ley, pues se establece una compensación en determinados casos de atribución del uso de la vivienda familiar.

- El lugar en que se haya fijado la residencia de los hijos e hijas, no se sabe con certeza a que se refiere el legislador con este criterio, pudiera ser que a los gastos de traslado o coste de vida que supone la distinta ubicación de las residencias de ambos progenitores.

- Y por último, la contribución a las cargas familiares, en su caso, criterio que supone una aportación importante, pues serán muy pocos los casos en que sea de utilidad, así como es discutible que pueda tener repercusión en la pensión de alimentos<sup>307</sup>.

---

<sup>307</sup> AYERRA MICHELENA, K.: *Derecho Civil Vasco de Familia, Comentario crítico a la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2016, págs. 283 a 291.

#### **XI.4.- La Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de la *Compilación Foral de Navarra o Fuero Nuevo*<sup>308</sup>**

La contribución a los gastos de sostenimiento de los hijos menores se regula como una obligación de naturaleza familiar y derivada de la relación paterno filial, en la ley 73 del FN. Aunque no se identifica con la obligación legal de alimentos entre parientes (respecto a la forma de prestarlos), comparte con ella ciertas características (la necesidad del alimentista, la proporcionalidad de la obligación con los medios del alimentante, el alcance de su contenido que varía de criterio tratándose de hijos menores, etc.).

La prestación de alimentos a los hijos menores de edad tiene preferencia sobre la compensación por desequilibrio reconocida a uno de los progenitores, así que, en el caso de que el patrimonio del obligado al pago sea insuficiente, en lugar de distribuirse proporcionalmente ambas prestaciones, se abonarán solamente los alimentos a los hijos.

Plantea la ley que, a media que el menor de edad vaya cumpliendo años, se puede instar una modificación para incrementar la cuantía de los alimentos.

Respecto a los hijos mayores de edad, pueden no haber alcanzado la independencia económica debido a circunstancias voluntarias y a la crisis económica, en estos casos, la obligación de alimentos deriva del “*principio de solidaridad familiar*”, regulado en la ley 104.b) del FN.

Sin embargo, la ley 104 del FN no aporta criterios para ayudar al juez a establecer el deber de prestar sustento a estos hijos mayores de edad, pues se limita a señalar que puede responder a previos acuerdos entre los cónyuges y que se adoptará, en su caso, “*de conformidad con lo establecido en la ley 73 del FN*” (que trata del contenido de los gastos ordinarios y extraordinarios), si bien solo “*en todo lo que resulte de aplicación*”.

---

<sup>308</sup> La Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la *Compilación Foral de Navarra o Fuero Nuevo* (BOE de 8 de junio de 2019, núm. 137).



La misma ley 104 del FN presupone, como principio, que el encargado de percibir y administrar la contribución al sostenimiento de los hijos mayores aportada por uno de los progenitores, será el “*cónyuge-progenitor*” con el que estos se relacionen o convivan, habilitando al interesado para solicitar judicialmente la percepción de la pensión “*directamente*”.

Esta obligación de alimentos a hijos mayores, comprende el deber de atender a los gastos “*de sostenimiento*”, que pueden ser de naturaleza variada, evitando identificarlo con la obligación de “*satisfacer alimentos*” que emplea el art. 93.1 del CC al referirse a los gastos de los hijos menores de edad.

Por lo que respecta a los gastos ordinarios son: “*todos los indispensables para su alimentación, habitación asistencia médica, vestido y formación básica integral*” (ley 73 del FN). A estos gastos ordinarios, contribuirán ambos cónyuges teniendo en cuenta el doble criterio que la ley 73 FN establece: las necesidades del hijo y la proporcionalidad de la fortuna de los progenitores. A falta de acuerdo, será el juez quien determine la forma de atribuirlos en favor de uno o de ambos progenitores, así como en forma conjunta como alterna, si bien con un criterio flexible ya que la norma indica que podrá consistir en “*una contribución periódica que un progenitor abone al otro*”, o “*en el ingreso por ambos de una cantidad, igual o desigual, a un fondo común*”. Asimismo, se fijará el tiempo, los criterios de actualización, y las garantías que aseguren el adecuado abono.

Por lo que se refiere a los gastos extraordinarios son: “*todos aquellos de carácter imprevisible en el momento de establecer la contribución al sostenimiento ordinario de los menores*”. La norma dispone que, en todo caso, lo serán los que sean “*indeclinables*”, bien por su naturaleza o por su urgencia, así como “*los sanitarios no cubiertos por los seguros sociales o privados de los progenitores*”, y también los “*educativos complementarios*” que requiera la formación integral de los hijos, “*con inclusión de los universitarios y de capacitación profesional*” (apdo. b) de la ley 73 del FN). Estos gastos están sujetos al principio de proporcionalidad, y el juez puede establecerlos según la capacidad económica de los progenitores.

Ambos gastos ordinarios y extraordinarios, son variables en función de las circunstancias concretas del hijo, tales como la edad, o en su caso, las enfermedades, la discapacidad, y otras necesidades posibles, y serán necesariamente determinados en la sentencia judicial de separación o divorcio, si bien conforme a las disposiciones legales.

A modo de cierre, se añade una norma que dispone que serán también gastos extraordinarios los que los progenitores hayan consentido expresa o tácitamente de común acuerdo, si bien, en caso de existir desacuerdo al respecto, “*se abonarán por el progenitor que haya decidido su realización*”<sup>309</sup>.

## **XII.- LOS ALIMENTOS A LOS HIJOS EN EL DERECHO COMPARADO DE LOS PAÍSES DE NUESTRO ENTORNO JURÍDICO-CULTURAL: FRANCIA, ITALIA Y PORTUGAL**

### **XII.1.- Los alimentos a los hijos en el Derecho francés**

En el Derecho francés, lo habitual es que la pensión de alimentos se establezca a favor del progenitor no custodio, si bien puede fijarse en aquellos casos en que el régimen sea de guarda compartida, cuando los ingresos de los progenitores sean dispares, en cuyo supuesto, se establecerá para el cónyuge más desfavorecido económicamente (art. 373-2-2 del CCF<sup>310</sup>).

Respecto a la contribución a los alimentos se calcula, habitualmente, entre los cónyuges con las tablas de referencia publicadas por el Ministerio de Justicia. Podrá ser fijada por resolución judicial, por acuerdo entre los cónyuges homologado judicialmente o por medio de convenio regulador de divorcio o separación de cuerpo alcanzado de mutuo acuerdo y validado por un notario (art. 373-2-2 del CCF).

---

<sup>309</sup> CHAPARRO MATAMOROS, P. y MUÑOZ RODRIGO, G.: *Las crisis familiares*, op. cit., págs. 581 - 616.

<sup>310</sup> Code Civil francés que incluye las reformas siguientes: Loi 70-459 de 4 de junio de 1970; Loi 2002-305 de 4 de marzo de 2002; Loi 2004-439 de 26 de mayo de 2004; Loi 2016-1547 de 18 de noviembre de 2016; Loi 20149-1480 de 28 de diciembre de 2019; y Loi 2020-936 de 30 de julio de 2020.

La contribución a la pensión de alimentos será obligatoria aunque exista privación del ejercicio de la patria potestad y sólo puede ponerse fin a la misma si el progenitor demuestra la imposibilidad de poder abonarla. Sin embargo, no cesa de manera automática con la mayoría de edad del hijo (art. 371-2 del CCF) sino que la obligación se mantiene, en principio, hasta que el hijo pueda ser independiente económicamente<sup>311</sup>.

Asimismo, los abuelos pueden resultar obligados a parte o a la totalidad de la contribución, si uno de los progenitores fallece<sup>312</sup>.

## **XII.2-Los alimentos a los hijos en Italia**

En el Derecho italiano, aquellos casos en que los cónyuges lleguen a un acuerdo en que se recojan los términos de la manutención de los hijos en contra de los intereses de estos últimos, el juez convocará a los cónyuges indicándoles las modificaciones a adoptar en interés de los hijos, pudiendo llegar a rechazar el acuerdo (art. 158 del CCI<sup>313</sup>).

El menor que tenga capacidad de discernimiento, y en todo caso, cuando haya cumplido doce años, tiene derecho a ser escuchado en todos los asuntos y trámites que le conciernen.

Por su parte, el menor debe contribuir en relación con sus sus ingresos al mantenimiento de la familia mientras conviva con ella (art. 315 bis CCI).

Por otro lado, los progenitores deben cumplir sus obligaciones con los hijos según su capacidad para trabajar profesionalmente o con el trabajo en el hogar. Cuando los progenitores no tienen medios suficientes, los demás ascendientes, en orden de

---

<sup>311</sup> PIERROT-BLONDEAU, J.: “Conflit parental: de la nécessaire intervention du juge des enfants, J. Pierrot-Blondeau”, *AJ famille*, núm. 9/2020.

<sup>312</sup> Dalloz, Lefebvre Dalloz: “Le droit de famille”; “Les cas de divorce”, 2021; “Le jugement de divorce”; “Le divorce et ses effets (personnels et patrimoniaux)”, 2021; “L’ autorité parentale”, 2021.

<sup>313</sup> *Codice civile*, aprobado por Real Decreto de 16 de marzo de 1942-XX, núm. 262.

proximidad, están obligados a proporcionar los medios necesarios a los progenitores para que puedan cumplir con sus deberes hacia los hijos.

En caso de incumplimiento de estas obligaciones, el presidente del tribunal, a solicitud de quien tenga interés, después de escuchar a la parte incumplidora, podrá ordenar por decreto que, una parte proporcional de los ingresos del obligado a prestar alimentos, se pague directamente al otro progenitor o a quien asume los gastos de manutención, educación y crianza de los hijos (art. 316-bis del CCI).

Respecto a la manutención de los hijos, cada uno de los progenitores se ocupa de prestarlos en proporción a sus ingresos, salvo que exista acuerdo entre ellos en otro sentido. Si no se logra alcanzar acuerdo entre los progenitores, será el juez quien establecerá el pago de una cantidad periódica conforme al principio de proporcionalidad, que se determinará considerando las siguientes circunstancias concurrentes:

- Las necesidades actuales del menor.
- El nivel de vida del que disfrutaba el menor cuando convivía con ambos progenitores.
- El tiempo dedicado a cada progenitor.
- Los recursos económicos de ambos progenitores.
- El valor económico de las tareas domésticas y de cuidado que realiza cada progenitor.

Una vez que se establezca la cantidad a abonar conforme a los parámetros establecidos anteriormente, se actualizará automáticamente conforme a los índices ISTAT en ausencia de otro parámetro indicado por las partes o por el juez.

Para garantizar que la cuantía se establece conforme al principio de proporcionalidad, si la información económica proporcionada por los progenitores no está

suficientemente documentada, el juez ordenará a la policía tributaria que realice una valoración de los ingresos y bienes de los progenitores, aunque sea a nombre de diferentes sujetos (art. 337-ter, *in fine*, del CCI). Una vez que haya evaluado todas estas circunstancias, el juez también puede disponer el pago de una asignación periódica a favor de los hijos mayores de edad que no sean independientes económicamente. Esta asignación, a menos que el juez determine otra cosa, se paga directamente a la persona que tiene derecho a percibirla.

Y en último término, establece el CCI que las disposiciones a favor de los menores se aplican plenamente a los hijos mayores de edad con discapacidades graves<sup>314</sup> (art. 337 *septies* del CCI).

### **XII.3- Los alimentos a los hijos en Portugal**

En el Derecho portugués, el art. 2003 del CCP señala que se entiende por alimentos todo lo indispensable para el sustento, alojamiento y vestido, comprendiendo asimismo, todo lo necesario para la instrucción y educación del menor de edad. Los alimentos, según el art. 2004 del CCP<sup>315</sup>, serán proporcionados y fijados según los recursos y medios del acreedor y la necesidad de quien haya de recibirlos.

De acuerdo con el art. 2005 del CCP, los alimentos consistirán en una prestación dineraria mensual, salvo disposición legal en contra, o si concurren motivos que justifiquen medidas de exención. Por ello, si el alimentista obligado a prestarlos acredita que no puede abonarlos como pensión, pero sí teniendo al alimentado en su casa y compañía, el juez podrá aprobar esta elección.

---

<sup>314</sup> SALTARELLI, F.: “Crisi familiare: come incide il “bene casa” sul Diritto all’assegno post divorzio”, *Archivio delle locazioni e del condominio*, núm. 4/2017, págs. 401 y 402.

<sup>315</sup> *Código Civil*, DL 47344, aprobado por Decreto-Ley 47 344, de 25 de noviembre de 1966 que incluye las reformas siguientes: Decreto-Lei 496/77, de 25 de noviembre de 1977; Ley 84/1995, de 31 de agosto de 1995; Ley 61/2008, de 31 de octubre de 2008; Ley 122/2015, de 1 de septiembre de 2015; Ley 43/2017, de 14 de junio de 2017; Lei 65/2020, de 4 de noviembre de 2020.

Respecto al momento de devengo, los alimentos serán debidos desde la interposición de la acción (art. 2006 del CCP) o, estando ya fijados por el tribunal, o por acuerdo entre los cónyuges, desde el momento en que el deudor se constituye en mora.

A requerimiento del deudor, los alimentos podrán ser fijados de manera provisional por el tribunal, hasta que exista una resolución definitiva, dejando claro que, en ningún caso, cabrá la restitución de los alimentos fijados de manera provisional (art. 2007 del CCP).

A mayor abundamiento, el derecho a los alimentos se considera irrenunciable y no puede ser cedido, si bien podrán no ser solicitados o se podrá renunciar a las prestaciones vencidas<sup>316</sup> (art. 2008 del CCP).

En los casos de divorcio o separación judicial de personas y bienes, los alimentos debidos a los hijos y la forma de prestarlos serán regulados por acuerdo de los progenitores, el cual debe ser homologado (art. 1905 del CCP), teniendo en cuenta que, si el acuerdo no se ajusta a los intereses del menor, podrá ser rechazado.

En último término, respecto al hijo emancipado o mayor de edad que no hubiese concluido su educación, se mantendrá la obligación de alimentos hasta que complete sus estudios (art. 1880 del CCP). Se entiende que la obligación de alimentos seguirá después de la mayoría de edad y hasta que el hijo cumpla 25 años de edad, salvo si su carrera o formación profesional hubiera concluido antes de cumplirlos, o bien si la hubiese interrumpido libremente, o incluso, si el obligado a su prestación puede acreditar la falta de necesidad.

---

<sup>316</sup> MARTINS LEITAO, H.: *Da acção de divórcio e da separação judicial de pessoas e bens*, Elcla Editora, Porto, 2007, págs. 33 a 56.

## CAPÍTULO VI

### LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

#### **I.- CONCEPTO DE VIVIENDA FAMILIAR**

Sin perjuicio de la heterogeneidad terminológica utilizada por las normas para designar la vivienda objeto de protección en el ámbito del Derecho de familia, es nota común a todas ellas, el carácter de habitualidad en la residencia, sea de los cónyuges convivientes o de la familia.

Así caracterizada la vivienda, a efectos de la aplicación del régimen jurídico de atribución de la misma en los casos de crisis matrimoniales, será necesario reparar en dos aspectos: la habitualidad en la residencia de todos –o parte- de los miembros de la familia y en segundo lugar, las condiciones objetivas de habitabilidad de la vivienda<sup>317</sup>.

El TS en sus sentencias de 31 de diciembre de 1994 [RJ 1994/10330] y 16 de diciembre de 1996 [RJ 1996/9020] definió la vivienda familiar a la que se refieren los arts. 90 c), 91, 96 y 103.2 del CC como *“bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, cualquiera que sea el propietario, con independencia de a quien corresponda la titularidad de la misma”*, *“un reducto donde se asienta y desarrolla la persona física, como refugio elemental que sirve a la satisfacción de sus necesidades primarias y protección de su intimidad, a la vez que, cuando existen hijos, se convierte en auxilio indispensable para el amparo y educación de éstos”*.

#### **I.1.- La habitualidad de la residencia y la pluralidad de viviendas**

Tal y como considera la mayoría de la doctrina, *a priori* no se puede excluir la posibilidad de que existan dos o más viviendas habituales de la familia, si bien, quedarían

---

<sup>317</sup> TAMAYO CARMONA, J. A.: *Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2003, pág. 31.

fuera del ámbito de protección las denominadas “segundas residencias” o residencias de recreo<sup>318</sup>.

La posibilidad de que existan dos o más viviendas habituales se encuentra contemplada expresamente en los arts. 7 y 27 de la LAU/1994<sup>319</sup>, por lo que es factible que los cónyuges residan en un inmueble y los hijos en otro.

El régimen de protección de la vivienda y la atribución del uso a uno de los cónyuges en los casos de crisis matrimonial parte de la presunción de que sólo existe una vivienda, por lo que cuando concurren varias residencias habituales, no todas reciben la misma protección, pues lo contrario, supondría la inmovilización de los inmuebles.

Por lo tanto, para proteger la vivienda habitual de la familia, es necesario que se trate de la vivienda principal y para dilucidar cuál es la merecedora de esta calificación y, por ende, de protección, se utilizan distintos criterios: económico, aquella que tenga más valor; de antigüedad, siendo la vivienda principal la primera ocupada; criterio mayoritario, ocupada por un mayor número de miembros de la familia; laboral, ocupada por el cónyuge o cónyuges cuyo trabajo constituya la principal fuente de ingresos de la familia; de conyugalidad, efectiva ocupación de la vivienda por los cónyuges; y de domiciliación, coincidencia de la vivienda con el domicilio de la familia<sup>320</sup>.

---

<sup>318</sup> El TS se ha pronunciado sobre la atribución del uso de las segundas residencias, afirmando que en los procedimientos matrimoniales seguidos sin consenso de los cónyuges no pueden atribuirse viviendas o locales distintos de aquel que constituye la vivienda familiar entre otras sentencias, en la STS 284/2012, de 9 de mayo de 2012 [RJ 2012/5137]; STS 726/2013, de 19 de noviembre de 2013 [RJ 2013/7447]; y STS 129/2016, de 3 de marzo de 2016 [RJ 2016/758].

En la misma línea encontramos la SAP de Baleares, Sección única, 1995/1164, de 22 de mayo de 1995 [AC 1995/1164]; SAP de Valencia, Sección 10ª, 649/2002, de 4 de diciembre de 2002 [JUR 2003/53933]; y SAP de Valladolid, Sección 1ª, 144/2015, de 19 de junio de 2015 [JUR 2015/176132].

Se han pronunciado en un sentido opuesto, siempre que se trate de un bien inmueble ganancial o común, la SAP de Madrid, Sección 24ª, 528/2001, de 25 de mayo de 2001 [JUR 2001/262699].

En el caso resuelto por la SAP de Asturias, Sección 1ª, 446/2012, de 3 de diciembre de 2012 [AC 2012/2277] se atribuye al menor y al progenitor custodio una vivienda que no es considerada segunda residencia, pero que tampoco fue nunca domicilio familiar, y ello en aplicación del principio de interés superior del menor.

<sup>319</sup> Ley 29/1994, de 24 de noviembre, *de Arrendamientos Urbanos* (BOE de 25 de noviembre de 1994, núm. 282).

<sup>320</sup> TAMAYO CARMONA, J. A.: *Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición*, *op. cit.*, págs. 31 a 35.



La vivienda deberá reunir la infraestructura mínima que cumpla al menos los requerimientos de la normativa administrativa del ramo, so pena de desalojo.

Mientras algunos autores<sup>321</sup> consideran que la nota de habitabilidad es imprescindible para hablar de vivienda familiar debiendo excluirse los almacenes, las chozas, las cabañas, los establos o las casas en ruina, ya que aunque puedan servir de morada a una familia no merecen tal calificativo.

Para otros autores, por el contrario, no parece necesario que la vivienda familiar reúna unas condiciones mínimas de habitabilidad, ya que ello supondría excluir de este concepto las chozas o los edificios ruinosos, a pesar de haber sido la morada del grupo familiar antes de la crisis matrimonial<sup>322</sup>.

Para Pinto Andrade<sup>323</sup> pueden ser considerados vivienda familiar lugares menos convencionales, que reúnen unas condiciones mínimas lo suficientemente dignas para que puedan ser habitados, poniendo como ejemplo los barcos, las caravanas o los carrmatos, pero excluyendo los locales comerciales, las chozas, las cabañas, las viviendas ruinosas, los establos o los almacenes.

La STS 340/2012, de 31 de mayo de 2012 [RJ 2012/6550], considera que el concepto de vivienda familiar debe integrarse con lo establecido en el art. 70 del CC, en relación al domicilio de los cónyuges, precepto que establece que: “*los cónyuges fijarán*

---

<sup>321</sup> En este sentido, LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil*, J M Bosch Editor, Barcelona, 1990, pág. 290; ÁLVAREZ OLALLA, M<sup>a</sup> P.: *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes*, Ed. Aránzazu Thomson Reuters, Madrid, 1996, pág. 423; GARCÍA CANTERO, G.: *Configuración del concepto de vivienda familiar en el derecho español. Hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1986, págs. 72-74; y TAMAYO CARMONA, J. A.: *Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición*, op. cit., pág. 34.

<sup>322</sup> En este sentido, ELORRIAGA DE BONIS, F.: *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 1995, pág. 206; PLANES MORENO, M<sup>a</sup> D.: *La vivienda familiar; en Los procesos de familia: una visión judicial*, coordinado por Hijas Fernández, Ed. Coles, Madrid, 2009, pág. 942; y MARTÍN MELÉNDEZ, M. T.: *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en crisis matrimoniales (art. 96, p.1, 2 y 3 CC). Teoría y práctica jurisprudencial*, Ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2005, pág. 40.

En esta última línea, diferentes sentencias de la Sala de lo Penal del TS han considerado “domicilio” a edificios en estado ruinoso que no reúnen las condiciones de habitabilidad necesarias. Es el caso de la STS 1199/1994, de 15 de diciembre de 1994 [RJ 1994/10153]; y de la STS 1085/1996, de 19 de mayo de 1999 [RJ 1999/5408].

<sup>323</sup> PINTO ANDRADE, C.: *La atribución del uso de la vivienda familiar*, Ed. Bosch, Barcelona, 2011, págs. 41 y 42. En este sentido, ELORRIAGA DE BONIS, F.: *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, op. cit., págs. 206, 213 y 214.

*de común acuerdo el domicilio conyugal y, en caso de discrepancia, resolverá el juez, teniendo en cuenta el interés de la familia”.*

Del conjunto normativo regulador de la vivienda habitual puede deducirse que la vivienda familiar sólo puede ser una, la que era el centro de la convivencia de los miembros de la familia.

Teóricamente, se ha admitido por la doctrina la posibilidad de que una misma familia ocupe dos viviendas y que las dos puedan calificarse en el sentido legal de familiares. Partiendo de la concepción de que sólo puede existir una vivienda que pueda calificarse de familiar, debe decidirse la atribución del uso de una de ellas.

Cuando se trata de fijar los requisitos en virtud de los cuales una vivienda se convierte en familiar, el requisito inicial es que se trate de una vivienda en sentido estricto, con la consecuencia de que la atribución del uso no pueda referirse a otros bienes inmuebles.

En virtud del art. 96 del CC no debe atribuirse a ninguno de los cónyuges la plaza de garaje, ni cabe realizar un pronunciamiento sobre el tema, por lo menos, cuando constituya un bien claramente separado de la vivienda.

Si el garaje se encuentra integrado en la vivienda formando parte de ella de modo inseparable, como en las edificaciones unifamiliares, la atribución del uso de la vivienda lleva implícita la atribución de todas las dependencias de la misma no susceptibles de utilización independiente, por lo que ni siquiera sería necesario aludir en la sentencia a una de esas dependencias como es el garaje.

A la misma conclusión se llega respecto al cuarto trastero en supuestos similares al anterior. Sin embargo, no resulta tan claro, cuando carece de vida económica propia, lo normal es que se entienda incluido en la vivienda. Lo que no puede hacerse es atribuirlo al otro cónyuge y dándole un destino que no es el propio, como sería para habitarlo.

El domicilio conyugal que debe atribuirse es aquél que, en el momento de producirse la ruptura matrimonial, habitualmente hubieran desarrollado la convivencia personal y familiar el matrimonio y los hijos<sup>324</sup>.

## **I.2.- Naturaleza jurídica del derecho de uso de la vivienda familiar**

La problemática de la naturaleza jurídica del derecho de uso de la vivienda familiar no ha sido un tema pacífico, debido a las controversias suscitadas en la doctrina de los autores<sup>325</sup>, de las que procedemos a recoger las siguientes:

GARCÍA-VALDECASAS y ALEX<sup>326</sup> considera que en el uso reconocido por el art. 96 del CC no ven contornos reales por ningún sitio y, en consecuencia, no es un derecho real sino personal.

ISAC AGUILAR<sup>327</sup> defiende que el cónyuge no titular de la vivienda familiar y usuario de la misma es un poseedor legítimo de ella, con carácter exclusivo y dotado de los medios de defensa típicos de la posesión, pero también algo más que debe tener protección registral. Si fuera solo un mero poseedor, no podría inscribir su título de uso y, por lo tanto, no podría gozar de la protección registral, dificultándose, en extremo, la oponibilidad de su título, porque lo impediría el art. 5 de la LH. Y es que, para dicho autor, el cónyuge no titular de la vivienda familiar y usuario de la misma es también titular de un derecho real, con todas sus características, y, por ende, inscribible en el Registro de la Propiedad. Dicho derecho real le es atribuido bien por el convenio regulador concertado entre aquel cónyuge usuario y el cónyuge titular de la vivienda o

---

<sup>324</sup> MONTERO AROCA, J.: *El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales (La aplicación práctica del artículo 96 del Código Civil)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 17 a 26.

<sup>325</sup> SIFRE PUIG, R. F.: “La atribución judicial del uso de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimoniales y sus repercusiones registrales”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 783/2021, págs. 151 a 157.

<sup>326</sup> GARCÍA-VALDECASAS Y ALEX, F.J.: “Uso familiar: un nuevo derecho”, *Lunes cuatro treinta*, núm. 191/1996, págs. 20-22.

<sup>327</sup> ISAC AGUILAR, A.: “Las consecuencias registrales de la separación matrimonial y del divorcio; el uso de la vivienda conyugal”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 577/1986, págs. 1730-1732.

bien por la propia sentencia dictada por el juez, o mejor, por la Ley, aplicada en la sentencia.

CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE<sup>328</sup> señala que el legislador, al utilizar el término «uso» no lo hace en el sentido de denominación de un derecho, y menos del derecho real de uso, que, al referirse solo a inmuebles fructíferos, se aplica únicamente a las fincas rústicas y, a lo sumo y en raros supuestos, a los edificios y empresas industriales; y añade que, en principio, se trata de un derecho real de usufructo inalienable, inembargable y personalísimo (para conservar su finalidad) o de un derecho real de habitación con esas mismas características y extendido a toda la vivienda o morada.

Por su parte, RUIZ RICO<sup>329</sup> considera que una vivienda conyugal puede pertenecer a los dos cónyuges, a uno solo o a extraños, y se puede utilizar por propio derecho o como consecuencia de contratos de arrendamiento, usufructo, comodato o de otro tipo, cuyo contenido lo autorice; pero también puede constituirse la vivienda familiar en precario o por una tolerancia de sus titulares.

En cualquier caso, LUCINI CASALES<sup>330</sup> se decanta por la naturaleza personal del derecho de uso de la vivienda familiar, apoyándose, sobre todo, en el propio sustrato personal e, incluso, personalísimo, de la relación matrimonial. Y, si bien, defiende esta postura sin excesiva convicción, como confiesa expresamente, reconoce, ello no obstante, que este derecho funciona como una auténtica limitación del dominio, que puede obtener una eficacia «erga omnes», característica de los derechos reales, a través de su publicidad registral.

---

<sup>328</sup> CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B.: “Protección legal de la vivienda familiar”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 588/1998, pág. 1609.

<sup>329</sup> RUIZ RICO, J.A.: “Uso de la vivienda familiar (nulidad, separación y divorcio) en su relación con el Registro de la Propiedad”, *Boletín del Colegio de Registradores*, núm. 296/1993, págs. 1932-1937.

<sup>330</sup> LUCINI CASALES, A.: “La vivienda familiar en el régimen del CC reformado”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 596/1990, págs. 100-101.

BERROCAL LANZAROT<sup>331</sup> defiende que el derecho de uso de la vivienda familiar tendrá una naturaleza distinta, en función del título que, previamente, los cónyuges ostenten sobre la vivienda; es decir, el derecho de uso será derecho personal o real en función de la posible doble naturaleza del título por el que, previamente, la familia ocupaba la vivienda. En consecuencia, el derecho de uso será oponible a terceros en la medida en que también lo sea el derecho que le sirve de base. Y así, cuando los cónyuges poseen la vivienda en virtud de un derecho personal (p. ej., arrendamiento o precario), no les será posible gravar una propiedad ajena con una carga, al margen de la voluntad del propietario del inmueble. Por eso, el derecho de uso ha de seguir la misma suerte que el derecho sobre el que recae, por lo que se extingue cuando lo hace este. En cambio, el derecho de uso tendrá naturaleza real cuando la titularidad sobre el que se funda tiene también esa naturaleza real. En cualquier caso, BERROCAL LANZAROT reconoce que existe una base común en las diferentes posiciones doctrinales expuestas: estamos ante un derecho oponible *erga omnes* e inscribible en el Registro de la Propiedad. Por lo tanto, produce efectos reales, salvo que la vivienda familiar sea propiedad de un tercero, pues, en ese caso, esa eficacia real es relativa, ya que los derechos dominicales no pueden verse afectados por tal atribución del uso, al permanecer inmutables.

ORDÁS ALONSO<sup>332</sup> califica el derecho de uso de la vivienda familiar como un derecho familiar, patrimonial (pues el titular del derecho de uso experimenta un enriquecimiento patrimonial correlativo al empobrecimiento que sufre quien es privado del mismo) y *sui generis* (pues se resiste a una conceptualización clara, a una inclusión en las categorías habituales de derechos, al tener connotaciones tanto reales como personales).

El contenido de ese derecho *sui generis* se encuentra integrado por dos aspectos: por un lado, un derecho ocupacional, que no abarca la integridad de las facultades dominicales propias del «ius utendi», sino tan solo la posibilidad de utilización material

---

<sup>331</sup> BERROCAL LANZAROT, A.I.: “La extinción del derecho de uso de la vivienda familiar, en especial, por convivencia marital del usuario con otra persona”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 774/2019, págs. 2005-2007.

<sup>332</sup> ORDÁS ALONSO, M.: *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, Ed. Bosch, Wolters Kluwer España S.A., Madrid, 2018, págs. 43 y 44.

de la vivienda que constituyó el domicilio conyugal (facultad de uso que no legitima la posibilidad de que el cónyuge a quien se le ha atribuido el uso pueda ceder a título oneroso, temporalmente, la facultad de uso, es decir, no ampara el arriendo de la vivienda), y, por otro lado, una limitación de disponer, que implica que el titular dominical de la vivienda no podrá disponer de ella sin el asentimiento del titular del derecho de uso o, en su caso, autorización judicial.

Para LÓPEZ FRÍAS<sup>333</sup>, se considere propiamente un derecho real o más bien un derecho de carácter familiar, lo cierto es que el derecho de uso supone una limitación del dominio, pues restringe las facultades de libre disposición y de goce o utilización que corresponden al propietario de la vivienda; y, por eso, se puede decir que constituye una carga que recae sobre el inmueble y que como tal carga, ha de tener eficacia frente a terceros, pudiendo inscribirse en el Registro de la Propiedad.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA<sup>334</sup> atribuye al derecho de uso de la vivienda familiar una naturaleza peculiar “familiar”, en el que el interés de protección a los hijos o cónyuge más desfavorecido es esencial a su naturaleza y delimita su contenido y características; y, en ese sentido, parece un derecho personal. Pero este carácter no puede hacer olvidar que se trata de un derecho oponible «erga omnes» cuando el que dispone de la vivienda es el otro cónyuge no favorecido por el uso; por ello, debe ser conocido por todos y, por lo tanto, es inscribible en el Registro de la Propiedad, razón por la cual esta autora lo sitúa más cerca de los derechos reales que de otros de distinta naturaleza.

MANZANO FERNÁNDEZ<sup>335</sup>, en un primer momento, consideraba este derecho de uso como un verdadero derecho real inmobiliario; pero, con posterioridad, haciéndose eco de varias RRDGRN y SSTS (que, más adelante, analizaremos) —según las cuales el derecho de uso de la vivienda familiar no es un derecho real, sino un derecho de carácter

---

<sup>333</sup> LÓPEZ FRÍAS, A.: “El derecho de uso ex art 96 del CC ante la hipoteca y el embargo de la vivienda familiar”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 729/2012, pág. 114.

<sup>334</sup> GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.ª: “La oponibilidad del derecho de uso de la vivienda familiar”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 737/2013, págs. 1896, 1897 y 1909.

<sup>335</sup> MANZANO FERNÁNDEZ, M.: “La atribución judicial del uso inscrita frente a procedimientos de ejecución sobre la vivienda habitual”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 730/2012, págs. 907-934.

familiar, que no impone más restricciones que la limitación de disponer (con efectos «erga omnes») impuesta al cónyuge propietario, por el art. 96, párr. 4º del CC— ha señalado que la atribución del uso no constituye un verdadero derecho real, sino una mera situación posesoria que ya existía constante el matrimonio y que ahora, tras la crisis matrimonial, continúa por el acuerdo de los excónyuges o la decisión de la autoridad judicial. El juez, al atribuir el uso, solo puede declarar la existencia de una situación posesoria que tiene la virtualidad de paralizar los actos de disposición que pudiera querer realizar el cónyuge titular que no tiene atribuido el uso. Lo que hace la sentencia que decreta la atribución es declarar que la situación posesoria que existía antes continúa ahora, pero no crea derecho nuevo alguno.

Para DE LA PUENTE ALFARO<sup>336</sup> la atribución del uso no es más que estrictamente eso, reconocer legalmente la legitimación para el ejercicio del título posesorio que se detenta, cualquiera que sea este. En consecuencia, si no hay título posesorio, el juez no se lo puede inventar frente a un titular que no ha sido parte en el procedimiento. Por esta razón, dice este autor:

Por un lado, que la atribución del uso confiere a un cónyuge e hijos, en su caso, la legitimación civil para ejercer las facultades posesorias que deriven del título preexistente en el cónyuge titular. Dice el autor que no hay derecho alguno, sino ejercicio de derecho ajeno; la práctica forense y la doctrina han viciado el debate, denominando derecho de uso a lo que no es un derecho subjetivo en absoluto.

Y, por otro lado, que, al no existir creación de título alguno, no se plantean cuestiones de titularidad; ni el cónyuge ni sus hijos son titulares, sino que están legitimados para ejercer la facultad posesoria de un derecho. Si el título no existe, la sentencia no lo crea y se limita a reconocer que la situación posesoria continúe en beneficio de uno de los cónyuges y de los hijos.

---

<sup>336</sup> DE LA PUENTE ALFARO, F.: “La protección de la vivienda familiar durante el matrimonio y tras su disolución”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 698/2006, págs. 2371, 2372 y 2374.

Concluye DE LA PUENTE ALFARO diciendo que lo más característico de la condición de la vivienda familiar no es la atribución del uso, sino la limitación a la facultad dispositiva que supone para el titular, fundamentada en la protección de la vivienda familiar.

## II.- LA PROTECCIÓN DE LOS HIJOS EN LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

El art. 96.1 del CC se refiere a la atribución del uso de la “*vivienda familiar*” del modo siguiente:

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

*A los efectos del párrafo anterior, los hijos comunes mayores de edad que al tiempo de la nulidad, separación o divorcio estuvieran en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, se equiparan a los hijos menores que se hallen en similar situación.*

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

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

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

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

Según DÍAZ MARTÍNEZ<sup>337</sup>, por vivienda familiar hay que entender la vivienda en la que los cónyuges cumplen su obligación de vivir juntos. Es la vivienda que constituye la residencia habitual de la unidad familiar, en el sentido de que debe formar el lugar en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia. Por su

---

<sup>337</sup> DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Comentario al art. 94 del CC”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Comentarios al Código Civil*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 1.000 a 1.016.



parte, los objetos de uso ordinario son los que componen el ajuar familiar (art. 90.I c) del CC), son los bienes de uso ordinario que hay en la vivienda, como muebles, ropas u otro tipo de enseres de uso ordinario o habitual. La expresión “uso ordinario” no se asimila a la de “uso necesario”, sino que hay que valorar el nivel de vida que disfrutaba el matrimonio mientras permanecían casados, sin considerar comprendidos en el ajuar los bienes enumerados en el art. 1321.II del CC.

La Ley 8/2021, de 2 de junio, *por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*<sup>338</sup>, reforma el art. 96 del CC incluyendo la regulación de las reglas de atribución de uso de la vivienda familiar para el caso de hijos comunes en situación de discapacidad. Así, el párr. 1º establece que, si entre los hijos menores hubiera alguno en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar después de su mayoría de edad, la autoridad judicial determinará el plazo de duración de ese derecho, en función de las circunstancias concurrentes.

A estos efectos, los hijos comunes mayores de edad que, al tiempo de la separación o divorcio, estuvieran en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, se equiparan a los hijos menores que se hallen en similar situación.

En el orden procesal, el art. 770.4ª de la LECiv establece la audiencia preceptiva de los hijos mayores de doce años y de los hijos con discapacidad, cuando se discuta el uso de la vivienda familiar y la estén usando.

Una vez extinguido el uso, las necesidades de vivienda de los que carezcan de independencia económica se atenderán según lo previsto en los arts. 142 y ss. del CC, relativo a los alimentos entre parientes<sup>339</sup>.

---

<sup>338</sup> Ley 8/2021, de 2 de junio, *por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica* (BOE de 3 de junio de 2021, núm. 132).

<sup>339</sup> SOSPEDRA NAVAS, F. J.: “Comentario de la ley 8/2021, de 2 de junio, de reforma para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad”, *Aranzadi digital*, núm. 1/2021 [BIB 2021\3733].

Por lo tanto, el primer criterio para decidir la atribución del uso de la vivienda familiar del art. 96 CC son los hijos menores, como una manifestación más del principio general del *favor filii*. El art. 96 párr. 1 del CC contiene una presunción *iuris tantum* de que el interés más necesitado de protección es el de los hijos menores, si bien el juez deberá ponderar, en cada supuesto concreto, los distintos intereses concurrentes.

Por la contra, el progenitor que pretenda que no se aplique la norma del art. 96 párr. 1 del CC deberá probar las circunstancias que la hacen improcedente. Para que el juez pueda atribuir el uso al cónyuge que no se queda con los hijos, será necesario probar que el cambio de residencia no tendrá repercusiones negativas en sus hijos, y que en el no guardador concurre un interés más necesitados de protección que el suyo. En consecuencia, si no se logra probar que el interés del cónyuge no guardador merece mayor tutela que el del hijo, la vivienda deberá ser atribuida al guardador porque, como consecuencia de los deberes de la patria potestad, el interés de éstos seguirá considerándose el más necesitado.

En aquellos casos en los que el hijo ha decidido pasar de convivir con un progenitor a hacerlo con el otro sin causa justificada, y el progenitor conviviente solicita que se le atribuya el uso de la vivienda que antes disfrutaba el otro cónyuge junto con el hijo común, la atribución de la vivienda familiar se desvincula de las facultades de la guarda y custodia, ya que supondría facultar al menor a chantajear al progenitor con quien convive con el fin de obtener sus caprichos.

El aquellos otros supuestos en que el progenitor y los hijos residan en otra vivienda, salvo que por el tiempo transcurrido los hijos estén desvinculados de la vivienda familiar y su entorno, no puede impedir que les sea atribuido su uso.

Sin embargo, no ha de atribuirse la vivienda por razón de los hijos, cuando no residen en ella por carecer de interés en la misma, por lo que teniendo en cuenta que el uso se atribuye en función de los intereses de los cónyuges, de acuerdo con el art. 96 párr. 3 del CC, el principio del *favor filii* no puede justificar la atribución. Tampoco deberá

atribuirse el uso al cónyuge guardador, si continuar en la vivienda familiar resulta perjudicial para los hijos, ello siempre y cuando las condiciones económicas de sus progenitores se lo permiten, ya que en este caso, sí contravendría el principio del *favor filii*.

Por último, hay que aducir que, en ocasiones, ambos cónyuges quieren o necesitan vender la vivienda familiar, aunque existan hijos menores, por lo que el uso no se atribuye a ninguno de los cónyuges, ni siquiera hasta el momento de la venta, para facilitar la rápida enajenación<sup>340</sup>.

## **II.1.- Disposición del derecho de uso de la vivienda familiar**

A pesar de que el carácter familiar de la vivienda implica una restricción a la facultad de disposición de la misma al exigirse el consentimiento del cónyuge no titular, la legislación hipotecaria no prevé un mecanismo que permita registrar el carácter familiar de la vivienda.

El carácter familiar deriva de una simple manifestación de voluntad del disponente, tal y como se deduce del art. 91.1 del RH: “*Cuando la Ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de los derechos de la vivienda habitual de la familia, será necesario para la inscripción de actos dispositivos sobre una vivienda perteneciente a uno solo de los cónyuges que el disponente manifieste en la escritura que la vivienda no tiene tal carácter*”. En el art. 91.1 RH se presume este carácter familiar, sin embargo, en el art. 144.5 RH, se mantiene el criterio contrario. Parece existir una presunción legal *iuris tantum* a favor del carácter familiar de la vivienda, con lo que se pretende tutelar al cónyuge no titular, sin embargo, esta presunción puede ser fácilmente desvirtuada, dado que para que éste cese, basta la declaración de voluntad del disponente.

---

<sup>340</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, M. T.: *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales* (art. 96, p. 1, 2 y 3 del C.C.). *Teoría y práctica jurisprudencial*, op. cit., págs. 147 a 163.

Por lo tanto, los supuestos en los que, usualmente, consta el carácter familiar de la vivienda son aquellos en los que, dada una situación de crisis matrimonial, aparezca inscrito el derecho de uso a favor del cónyuge no titular, pudiendo alegar su derecho de uso<sup>341</sup>.

En efecto, el art. 96.3 del CC impide al cónyuge titular de la vivienda familiar disponer de la misma, exigiendo el consentimiento de ambos cónyuges o bien, autorización judicial. Este consentimiento del cónyuge no titular no tiene la misma naturaleza que el del titular, ya que el primero no es parte del acto dispositivo y por lo tanto, únicamente asiente si está conforme con él con el acto en cuestión.

El objeto de la limitación de disponer unilateralmente es proteger al cónyuge no titular y se extiende a todos los actos de carácter dispositivo: a los actos de disposición en sentido estricto (enajenación), a los de constitución de derechos reales limitados, y a la renuncia de derechos.

En caso de vulnerar lo dispuesto en el art. 96.3 del CC, el cónyuge no titular dispone de la acción de anulabilidad (art. 1322.I del CC), sin embargo, se puede plantear un problema si se llega a realizar el acto de disposición, pues al tercero adquirente lo protege la ley y esto implica que el cónyuge no titular no pueda atacar esa adquisición. Precisamente, para evitar que se produzcan estas situaciones, la limitación de disponer del art. 96.IV del CC tiene acceso al Registro de la Propiedad, bien mediante anotación preventiva, bien mediante inscripción<sup>342</sup>.

En cuanto a la atribución del uso de la vivienda familiar viene condicionado por el título previo que habilitaba el uso de la vivienda constante el matrimonio (propiedad, arrendamiento, comodato, precario, etc.), ya que la sentencia no puede atribuir una titularidad distinta de la que hasta entonces se tenía sobre la vivienda, ni puede generar un

---

<sup>341</sup> CUENA CASAS, M.: *Tratado de Derecho de la Familia (Volumen III). Los regímenes económicos matrimoniales (I)*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2017, págs. 315 - 323.

<sup>342</sup> DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Comentario al art. 94 del CC”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Comentarios al Código Civil, op. cit.*, págs. 1.000 a 1.016.

derecho nuevo, sino tan sólo proteger el que tenía. Si se atribuye a uno de los cónyuge, el titular de la vivienda se verá privado de su uso, pero sobre todo, lo que tiene especial relevancia respecto de terceros, es la necesidad de contar con el consentimiento de ambas partes o, en su caso, con autorización judicial para realizar actos dispositivos, según establece el art. 96.3 del CC.

Respecto a esta limitación que se puede producir al cónyuge propietario de realizar actos de disposición, consiste en una auténtica prohibición de disposición, en la que el dominio queda cercenado de la facultad de disposición, con los caracteres siguientes:

- Es una prohibición de origen legal (está establecida en la ley).
- No tiene eficacia directamente por la disposición legal.
- Se trata de una prohibición que necesita de un acto específico, según el caso, la resolución del juez, el decreto del LDAJ o la escritura notarial.
- Es una prohibición que está establecida en atención a intereses particulares, usualmente el de los hijos, por lo que, para producir efectos frente a terceros, debe

de constar inscrita en la finca de que se trate, la forma de inscripción se regula en los arts. 1, 2, 6, 7, 13, 17, 18 y 42<sup>343</sup> de la LH<sup>344</sup>, así como en el art 41<sup>345</sup> del RH<sup>346</sup>.

- No son prohibiciones judiciales administrativas, las cuales simplemente darían lugar a anotaciones preventivas.

- Aunque la prohibición la establezca el juez, el LDAJ o el notario, puede quedar sin efecto por la voluntad de los cónyuges<sup>347</sup>.

El derecho de uso de la vivienda personal es oponible a terceros mediante su inscripción en el Registro de la Propiedad para quedar protegido frente a las vicisitudes que puedan afectar al inmueble que sirvió de vivienda familiar. En este sentido, la STS núm. 859/2009, de 14 de enero de 2010 [RJ 2010/2323], señaló que: *“desde el punto de vista patrimonial, el derecho al uso de la vivienda concedido mediante sentencia judicial a un cónyuge no titular no impone más restricciones que la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge, la cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento*

---

<sup>343</sup> Así, el art. 1 de la LH señala que el Registro de la Propiedad tiene por objeto la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles y que las inscripciones o anotaciones se harán en el Registro, en cuya circunscripción territorial radiquen los inmuebles.

El art. 2 de la LH define los actos susceptibles de inscripción, tales como títulos traslativos o declarativos de dominio o derechos reales; títulos en que se constituyen, se transmiten, se modifiquen o extingan los derechos de usufructo, uso u otros derechos reales; actos y contratos de adjudicación; resoluciones judiciales.

El art. 6 de la LH establece quien puede pedir la inscripción de los títulos en el Registro, tanto quien adquiera el derecho, como quien lo transmita o quien tenga interés en su inscripción.

El art. 7 de la LH señala que la primera inscripción será la del dominio pero que si no constase inscrito el titular del derecho real puede pedir su inscripción.

El art. 13 de la LH exige la inscripción de la limitación del dominio e inscripción del derecho real para que surta efecto frente a terceros.

El art. 17 de la LH regula las consecuencias de la anotación preventiva, señalando que no podrá inscribirse o anotarse ningún otro de igual o anterior fecha que se le oponga o sea incompatible, por el cual se transmita o grave la propiedad del mismo inmueble o derecho real.

El art. 18 de la LH determina la posibilidad de inscripción a través de documentos de toda clase, siempre previa calificación positiva por parte del Registrador.

Y por último, el art. 42 de la LH permite la solicitud de anotación preventiva de quien demande en juicio la propiedad de bienes inmuebles o la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier derecho real, previa Providencia judicial (art. 43 de la LH) Asimismo, podrá solicitarla el que en cualquier juicio obtuviese sentencia ejecutoria condenando al demandado, la cual deba llevarse a efecto por los trámites establecidos en la LECiv.

<sup>344</sup> Decreto de 8 de febrero de 1946, *por el que se aprueba la nueva regulación oficial de la Ley Hipotecaria* (BOE de 27 de febrero de 1946, núm. 58).

<sup>345</sup> El art. 41 RH establece que en los libros de los Registros de la Propiedad se practicarán las siguientes clases de asientos o inscripciones; asientos de presentación, inscripciones propiamente dichas, extensas o concisas, principales y de referencia; anotaciones preventivas, cancelaciones y notas marginales.

<sup>346</sup> Decreto de 14 de febrero de 1947, *por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario* (BOE de 16 de abril de 1947, núm. 106).

<sup>347</sup> HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C. y OLIVA BLÁZQUEZ, F.: *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*, Ed. Reus, Madrid, 2017, pág. 53 a 55.

*del cónyuge titular del derecho de uso (o, en su defecto, autorización judicial) para cualesquiera actos que puedan ser calificados como actos de disposición de la vivienda. Esta limitación es oponible a terceros y por ello es inscribible en el Registro de la Propiedad*<sup>348</sup>.

Por su parte, la doctrina de la Dirección General del Registro y del Notariado, hoy Dirección General de la Seguridad General de Seguridad Jurídica y Fé Pública, ha seguido una línea evolutiva, desde su configuración inicial de este derecho al uso de la vivienda familiar como un derecho real hasta su actual apreciación como derecho familiar. Ahora bien, con independencia de la naturaleza jurídica que se le atribuya, el derecho de uso de la vivienda familiar es inscribible, teniendo como efecto fundamental su oponibilidad a terceros, ya sea como prohibición de disponer o ya sea como derecho real, pues constituye una limitación a las facultades del cónyuge propietario<sup>349</sup>.

Así, admite la inscripción la RDGRN 8051/2018, de 30 mayo de 2018 [RJ 2018\2512], al inscribir un convenio regulador de divorcio aprobado por sentencia, en el que se atribuye la guarda y custodia de un menor a la madre, al considerar que no es preciso señalar el límite temporal del derecho de uso asignado a la misma a efectos de su acceso al Registro de la Propiedad: “Por ello, respetando estos planteamientos, el convenio regulador aprobado judicialmente y que ha sido objeto de la calificación impugnada atribuye al cónyuge que va a ostentar la guarda y custodia del único hijo menor de edad del matrimonio «el uso y disfrute del domicilio conyugal». No es necesario que se aluda expresamente a que dicha atribución se hace a la esposa en atención a que es ella la responsable de la custodia del hijo menor, dado que, según resulta del art. 90 del CC, el convenio regulador ha de contener entre sus contenidos mínimos: «c) La atribución del uso de la vivienda familiar». Y tal derecho de uso tiene la naturaleza y el alcance que la jurisprudencia antes referida ha puesto de manifiesto.

---

<sup>348</sup> CHAPARRO MATAMOROS, P.: “Naturaleza y efectos jurídicos del derecho de la vivienda familiar en España”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 50/2019 [BIB 2019\9329].

<sup>349</sup> SIFRE PUIG, R. F.: “La atribución judicial del uso de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimoniales y sus repercusiones registrales”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 783/2021, págs. 159 y 160.

Esta tesis, habiendo sido defendida inicialmente por este Centro Directivo, ha acabado siendo asumida por la jurisprudencia de nuestro TS, en STS 859/2009, de 14 de enero de 2010 [RJ 2010/2323], dictada con fines de unificación de doctrina y confirmada entre otras por la más reciente de 6 de febrero de 2018 [RJ 2018/352], en la que tras exponer una síntesis del vacilante panorama jurisprudencial previo, fija la siguiente doctrina jurisprudencial: «El art. 96.I del CC establece que «[e]n defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden». El art. 96.III del CC añade la posibilidad de acordar que el uso de la vivienda familiar temporalmente pueda atribuirse al cónyuge no titular «siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección». El derecho contemplado en estos preceptos comporta una limitación de disponer cuyo alcance se determina en el art. 96.IV del CC en los siguientes términos: «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». De la ubicación sistemática de este precepto y de la consideración de los intereses a los que atiende su contenido se desprende que el derecho de uso a la vivienda familiar concedido mediante sentencia no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar, cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia o a aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección (así se ha estimado en la RDGRN de 14 de mayo de 2009 [RJ 2009/3006]). Desde el punto de vista patrimonial, el derecho al uso de la vivienda concedido mediante sentencia judicial a un cónyuge no titular tiene dos efectos fundamentales. Por un lado, tiene un contenido positivo, en tanto atribuye al otro cónyuge y a los hijos bajo su custodia el derecho a ocupar la vivienda. Por otro lado, impone al cónyuge propietario la limitación de disponer consistente en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso (o, en su defecto, autorización judicial) para cualesquiera actos que puedan ser calificados como actos de disposición de la vivienda. Esta limitación es oponible a terceros y por ello es inscribible en el Registro de la Propiedad (RDGRN de 10 de octubre de 2008 [RJ 2009/634])».



Este contenido patrimonial del derecho de uso, y la posibilidad de su acceso al Registro de la Propiedad, tienen como consecuencia que, con independencia de que se trate, como ya se ha señalado, de un derecho encuadrable dentro de la categoría de los derechos familiares, deban ser respetadas las reglas configuradoras de los derechos reales y las exigencias derivadas de los principios hipotecarios. Así lo ha sostenido este Centro Directivo en Resoluciones como la de 4 de septiembre de 2017 [RJ 2017/4348], que impide la inscripción del derecho de uso si la vivienda afectada pertenece a un tercero que no ha sido parte en el proceso de divorcio. O la de 8 de marzo de 2018, que considera que si el titular de dicho derecho de uso, pudiendo hacerlo no ha inscrito su derecho en el Registro no podrá oponerlo frente a terceros que sí hayan inscrito los suyos. Esto supone que si el derecho de uso no está inscrito, no podrá oponerse al adquirente del inmueble que cumpla los requisitos del art. 34 de la LH y, en cuanto al procedimiento de ejecución, no podrá tener intervención en el mismo, en la forma prevista en el art. 662 de la LECiv que exige que acredite la inscripción de su título de adquisición.

También el TS (SSTS 861/2009, de 18 de enero de 2010, 18 de marzo de 2011 y 30 de enero de 2015), al tratar las implicaciones que la atribución del derecho de uso pueda tener en aquellos casos en que la vivienda afectada pertenece a un tercero distinto de los esposos, señala que la solución a estos conflictos debe ser dada desde el punto de vista del Derecho de propiedad y no desde los parámetros del Derecho de familia.

Por todo ello, conviene resaltar que, desde el punto de vista de la legislación registral, uno de sus pilares básicos que permiten garantizar la oponibilidad y conocimiento de los derechos inscritos por parte de los terceros, –y por ende, favorecer también la propia protección del titular registral– es el denominado principio de especialidad o determinación registral, que consagrado en los arts. 9 de la LH y 51 del RH, impone que los derechos que pretendan acceder al Registro deberán estar perfectamente determinados en sus aspectos subjetivos, objetivos y contenido, incluyendo por tanto los límites temporales de su duración [...].

Puede apreciarse de la doctrina jurisprudencial, en el marco del derecho común, un diferente tratamiento del derecho de uso sobre la vivienda familiar, cuando existen hijos menores, que no permite explícitas limitaciones temporales, si bien, resultarán de modo indirecto, y cuando no existen hijos o éstos son mayores, pues en este último caso, a falta de otro interés superior que atender, se tutela el derecho del propietario, imponiendo la regla de necesaria temporalidad del derecho. Y es que, cuando concurren hijos menores, el plazo de vigencia del derecho de uso está ya fijado en el límite de la mayoría de edad. Así lo declara la STS de 4 de abril de 2018: «La vinculación del cese del uso del domicilio familiar, una vez alcanzada la mayoría de edad de los hijos, proporciona la certidumbre precisa para hacer efectivo el principio de seguridad jurídica, desde el momento en que sujeta la medida a un plazo, que opera como límite temporal, cual es la mayoría de edad».

Por ello, y presenciando un supuesto de hecho en que existe un hijo menor de edad cuya custodia se atribuye a la madre, no resulta preciso señalar el límite temporal del derecho de uso asignado a la misma a efectos de su acceso al Registro de la Propiedad. Procede, por tanto, estimar el recurso y revocar el defecto recogido en la nota de calificación”.

En la misma línea, la RDGSJFP 11270/2021, de 15 junio de 2021 [RJ 2021\3481], admite la inscripción de un convenio regulador de un divorcio por el que se atribuye el usufructo vitalicio a uno de los cónyuges como consecuencia del cese de la convivencia entre el matrimonio, al establecer: “En efecto, por un lado, el derecho de ocupación que atribuye el uso de la vivienda familiar, sin perjuicio de la limitación de su carácter temporal y provisional, tiene un contenido más intenso que el derecho posesorio y de disfrute que genera la titularidad ganancial del bien, pues como en toda comunidad, salvo pacto en contrario en el título constitutivo, el derecho de servirse de la cosa común aparece comprimido por la exigencia de que su ejercicio no impida, a su vez, a los copartícipes utilizarlas según su propio derecho (arts. 392 y 394 del CC), en tanto que en el caso del derecho de uso de la vivienda familiar a que se refiere el art. 96 del CC lo que se pretende, como afirma la STS de 4 de abril de 1997, "es garantizar este derecho de ocupación del cónyuge e hijos a quienes se les ha atribuido el uso" (vid. SSTS de 22 de

diciembre de 1992 [RJ 1992/ 10684], 14 de julio de 1994 [RJ 1994/6439] y 16 de diciembre de 1995 [RJ 1995/9144]), y ello de forma adaptada a las circunstancias propias de las situaciones de crisis matrimonial que generan (aunque no imponen), por lo común, una ruptura o cese de la convivencia conyugal de los ex esposos (art. 102.1 del CC), y por tanto, dando lugar a una configuración del citado derecho de uso de la vivienda familiar de carácter excluyente respecto del cónyuge no adjudicatario del derecho de uso [...].

Estas consideraciones son aplicables al presente caso en que se atribuye en el convenio regulador el usufructo vitalicio a uno de los cónyuges como consecuencia del cese de la convivencia entre aquéllos.

A ello tampoco puede oponerse el hecho de que la liquidación de la sociedad de gananciales sea parcial, referida únicamente a determinados fondos de inversión y cuentas corrientes y no a la propiedad de la referida vivienda. Debe advertirse que no es necesario que el convenio regulador contenga necesariamente la liquidación del régimen de la sociedad de gananciales. Como ha afirmado la Resolución de este Centro Directivo de 19 de julio de 2011 [RJ 2011/6278] (con criterio reiterado en la citada Resolución de 24 de octubre de 2014), «es cierto que la liquidación de los gananciales puede hacerse en el convenio regulador, pero ello no quiere decir que deba hacerse necesariamente en el mismo, pues el art. 90 del CC no la impone con carácter obligatorio [...]». Y, por otra parte, es indudable que la atribución del usufructo de la vivienda conyugal objeto de debate en este expediente constituye materia propia de dicho convenio regulador de los efectos del divorcio”.

Por la contra, no admite la inscripción, la RDGRN 8856/2019 de 16 mayo de 2019 [RJ 2019\2291], no inscribe un convenio regulador de divorcio en el que se señala el domicilio de la madre y las hijas en un inmueble que ha constituido la vivienda familiar, sin referencia específica a la atribución del derecho de uso. La Resolución considera que es necesario que los cónyuges determinen claramente la naturaleza del derecho que se constituye en el convenio regulador calificado, ya que la falta de claridad sobre el alcance del eventual derecho del cónyuge y de las hijas en su configuración y límites no se

compadece con el principio de especialidad y con la claridad que en la extensión del derecho que se inscribe se exige en la legislación hipotecaria.

En el mismo sentido, la RDGRN 10524/2019 de 20 junio de 2019 [RJ 2019\2850], deniega la anotación preventiva de una sentencia atributiva de un derecho de uso a favor de la madre y sus hijos, debido a que la mitad de la finca pertenece a una persona distinta del demandado, que no ha sido parte en el procedimiento.

En un caso similar, la RDGRN 6399/2020 de 28 enero de 2020 [RJ 2020\1894], se deniega la inscripción de un convenio regulador de divorcio aprobado por sentencia en el que se atribuía a la esposa el uso y disfrute de una vivienda que no es la familiar y que además, no figuraba inscrita a favor del cónyuge que constituye dichos derechos, sino a favor de terceras personas. En consecuencia, se constituye un derecho de uso en favor de la esposa que excede el contenido propio de un convenio regulador de divorcio, pues no se constituye sobre la vivienda familiar y se constituye a favor de la esposa por razón de unas obras de mejora y acondicionamiento de la vivienda que va a efectuar a su exclusivo cargo, lo cual es algo ajeno al contenido típico del convenio, además de que tal estipulación relativa al derecho de uso adolece de falta de claridad.

Tampoco se inscriben los convenios que adolezcan de defectos de forma, como es el caso de la RDGSJFP 8500/2020, de 2 junio de 2020 [RJ 2020\3354], que no inscribe un convenio de divorcio aprobado por sentencia firme, ya que no es posible identificar la finca, en tanto que no consta ni su número registral, ni su dirección, ni su referencia catastral. Igualmente, faltan las circunstancias identificativas de la hija menor de edad a la que se atribuye el uso y disfrute de la vivienda, siendo una de las referidas circunstancias identificativas el DNI.

Y en último término, la RDGSJFP 9313/2021, de 17 mayo de 2021 [RJ 2021\3469], resuelve no inscribir el pacto consignado en un convenio regulador de divorcio de mutuo acuerdo aprobado judicialmente que dice expresamente que: “en el domicilio familiar, permanecerá la esposa, quedando atribuido indefinidamente a su favor

el uso y disfrute de la misma, así como el ajuar familiar”. La resolución establece la necesidad de determinar un plazo concreto de duración de tal derecho, pues el carácter, esencialmente temporal, de este derecho implica que el mismo no pueda ser atribuido con carácter indefinido a uno de los cónyuges.

## **II.2.- El principio de mantenimiento del entorno social de los hijos menores**

En el estudio de la atribución del uso de la vivienda familiar no se deben perder de vista los dos elementos básicos que caracterizan su esencia: el primero, la atribución únicamente del uso, que no transmisión del entero derecho del titular; el segundo, el ser la vivienda familiar y no otra, el objeto sobre el que se articula la medida. Su concurrencia no es fortuita, sino que ambos han sido elegidos en la medida que son adecuados y necesarios para responder eficientemente al interés o fin perseguido por la ley.

### **II.2.A.- Significación social de la vivienda**

El uso de la vivienda delimita una dimensión espacial imprescindible para la vida personal y social del individuo, así como para el desarrollo de la vida familiar. Habitar una vivienda no significa únicamente cubrir unas determinadas necesidades biológicas (servir de morada) y personalísimas (intimidad, bienestar, seguridad). En nuestro mundo urbanizado, la vivienda cumple una función de relación social muy importante, puesto que da al usuario referencia respecto de la definición del grupo familiar en la sociedad.

En este sentido, la función de “habitar” no se circunscribe al desarrollo de una vida privada, sino a una vida de relación comunitaria, por lo que la vivienda constituye un “agregado de bienes”, formada por bienes y servicios complementarios: el espacio interior (metros cuadrados edificados) y el espacio externo (zona urbanística circundante, características estéticas y arquitectónicas, características ambientales y de accesibilidad). Este espacio externo se compone del entorno inmediato de la vivienda (servicios de urbanización, equipamiento comunitario y cultural y los espacios libres y verdes o abiertos al uso público) y del medio urbano o rural en que se encuentra la vivienda.

En consecuencia, el grupo familiar que reside en una vivienda va a establecer relaciones de convivencia y de vecindad, así como a acceder a unos específicos bienes y servicios culturales, administrativos, recreativos, etc. Todo ello hace que la importancia de la vivienda exceda del valor patrimonial del inmueble, para ser el centro desde el que el núcleo familiar se relaciona geográficamente con terceros, y se integra en una determinada sociedad, así como en sus grupos sociales.

## **II.2.B.- La vivienda y el entorno social de los hijos menores**

Los hijos menores sienten apego al ambiente que les rodea, por lo que la ubicación de la vivienda es fundamental para determinar los lugares a los que podrá acudir el menor, pues les permite acudir a los espacios y centros educativos en los que el menor establece lazos de amistad y de afecto.

La ruptura de los cónyuges puede poner fin a este estilo de vida al que el menor está acostumbrado, en la medida que el cónyuge al que le sea atribuida la guarda de los hijos no sea titular de un derecho que le permita el uso exclusivo de la vivienda familiar. De esta manera, el traslado a otra vivienda puede impedir o entorpecer el mantenimiento del contacto del menor con los lugares y las personas a las que se siente muy unido.

Con el boletín de no impedir este mantenimiento del menor con los lugares y personas de su entorno, el párr. I del art. 96 del CC instaura el principio de mantenimiento de los hijos menores y mayores con discapacidad en su entorno habitual, que es lo que se conoce como el principio de mantenimiento de su statu quo, ampliamente utilizado por la jurisprudencia en cuanto a la medida de la guarda y custodia. Ello implica que, en atención al interés del menor, una situación previamente existente no debe ser modificada, salvo cuando se hayan alterado las circunstancias, por lo que el mantenimiento de los menores en la vivienda familiar es una manifestación de dicho principio general.

## **II.2.C.- El art. 96.1 del CC como norma protectora del mantenimiento del entorno de vida de los hijos menores**

En el ámbito de la protección del entorno de los hijos menores y de los mayores con discapacidad es donde se sitúa el párr. 1º del art. 96 del CC, con la finalidad de mantener inalterado el entorno geográfico donde se han criado y cuya modificación implicaría un cambio en el sistema de vida de los hijos que les perturbaría en el desarrollo de su educación. En última instancia, lo que el art. 96.1º del CC pretende es ofrecer un marco estable para los hijos para reducir los perjuicios psicológicos y afectivos que implica la crisis matrimonial de sus progenitores.

En consecuencia lógica, la extensión del significado del término “*hijos*” del art. 96.I del CC, debe quedar limitada a los hijos menores de edad y a los mayores con discapacidad<sup>350</sup>, siendo pues, los únicos beneficiarios de la especial protección que dispensa el art. 96.I del CC, con exclusión de los mayores de edad.

## **II.2.D.- Necesidad de análisis de la específica vinculación del menor con su entorno en el caso concreto**

Sin embargo, esta presunción general acerca del interés del hijo menor, en cuanto a los vínculos con su entorno necesita dos precisiones muy importantes:

- La primera se refiere a la relevancia de la edad que tenga el menor, ya que el presupuesto de la existencia de la vinculación del menor con el entorno es que tenga la capacidad personal suficiente y las oportunidades adecuadas para establecer esos lazos afectivos. Es obvio que no siempre concurren esos factores durante el período que comprende desde el nacimiento hasta la mayoría de edad, por lo que habrá que constatar

---

<sup>350</sup> El criterio que prima el TS es atribuir el uso a los hijos menores y al cónyuge custodio, aplicado en sentencias como las siguientes: STS 221/2011, de 1 de abril de 2011 [RJ 2011/3139]; STS 236/2011, de 14 de abril de 2011 [RJ 2011/3590]; STS 451/2011, de 21 de junio de 2011 [RJ 2011/7325]; STS 499/2012, de 13 de julio de 2012 [RJ 2012/8358]; STS 622/2013, de 17 de octubre de 2013 [RJ 2013/7255]; STS 301/2014, de 29 de mayo de 2014 [RJ 2014/3889]; STS 660/2014, de 28 de noviembre de 2014 [RJ 2014/6048]; y STS de 18 de mayo de 2015 [RJ 2015/1919].

la efectiva existencia de apego con personas y lugares, en lo que la edad del menor es un indicio relevante, si bien se trata de una presunción basada en lo que suele ser habitual.

De este modo, cuando el menor tiene muy corta edad, su dependencia es, únicamente, con respecto a la figura de los progenitores y el establecimiento de vínculos fuera de dicho ámbito carece de relevancia. Cuando el niño acude a la escuela es donde empieza a experimentar una unión con los profesores y sobre todo, con sus compañeros de clase, si bien las relaciones establecidas no son estables.

A medida que el menor crece y se desenvuelve con habitualidad, principalmente en la escuela, se observa un desarrollo importante de sus relaciones personales y sociales. A partir de estas edades, es cuando se produce una importante vinculación con sus compañeros, ya que los niños forman grupos, cuya cohesión interna aumenta de un modo progresivo, provocando una creciente interdependencia de sus partícipes, a los que cada vez, les une un apego mayor. Y es desde los catorce o quince años, cuando el centro educativo cede a favor de los grupos de adolescentes que van ganando en exclusividad, haciéndose cada vez un poco más cerrados.

- Ahora bien, lo realmente determinante es la vinculación del menor con su ambiente, pues, en algunos casos, el interés especial del menor por habitar la vivienda familiar puede ser escaso, o incluso, inexistente.

En este sentido, hay que tener en cuenta, p. ej., los casos en que el menor no conviva con sus progenitores o no lo haga normalmente y con habitualidad, por hallarse internado por razones de estudios en una ciudad diferente, por convivir con los abuelos, etc. Asimismo, pueden existir factores psicológicos o materiales que hacen que el interés del menor sea contrario a seguir residiendo en el domicilio familiar, en consecuencia, deberá evitarse la atribución del uso a los hijos.

En definitiva, deben analizarse las circunstancias del caso concreto para descubrir el grado de vinculación del menor con el entorno, para lo cual, podrán utilizarse todos los



medios disponibles, desde la audiencia a los menores hasta la ayuda de peritos y así, averiguar el interés de los hijos de cara a la atribución o no del uso de la vivienda familiar.

En consecuencia lógica, la continuidad de los hijos menores en su ambiente social es un factor esencial para el desarrollo de su personalidad, siendo una manifestación del principio de mantenimiento del *statu quo* del menor, en base al cual, la estabilidad es clave en el desarrollo y la formación de los menores, determinando el interés del menor en cada caso concreto.

Por lo tanto, con la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores, se pretende evitarles un perjuicio psicológico que, debido a su falta de madurez y entendimiento, les cause un daño relevante en el proceso de desarrollo de su personalidad. En esta protección del art. 96 del CC, no debe incluirse a los hijos mayores de edad, pues, aunque mantengan una vinculación afectivo-social con las circunstancias externas, no son de importancia capital para estos hijos ya adultos<sup>351</sup>.

### **II.3.- Vías alternativas de protección del interés del menor en el mantenimiento de su entorno habitual**

El mantenimiento del menor en la vivienda familiar pretende evitar el cambio de entorno, por lo que, si mudarse de residencia no conlleva un cambio de entorno, no se produce ningún perjuicio para el interés protegido, pues, según se desprende del art. 96 del CC, la atribución del uso de la vivienda no es inexorable.

En efecto, puede haber supuestos en los que los cónyuges lleguen a un acuerdo en su separación o divorcio, por medio del cual, el hijo y el progenitor que tenga su guarda pasan a residir en una vivienda que nunca ha sido domicilio familiar, lo cual está supeditado a la homologación judicial.

---

<sup>351</sup> SALAZAR BORT, S.: *La tutela especial de los hijos en la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales: El interés protegido*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 43 a 61 y 67 a 70.

Hay casos en que después de la separación o divorcio, los progenitores pueden llegar al acuerdo de modificar la atribución del domicilio familiar por otra residencia diferente, igualmente, tiene que ser aprobado por el juez.

Asimismo, si no existe consenso entre los cónyuges, pero una de las partes lo solicita, el juez puede atribuir otro domicilio, siempre que convenga al interés de los menores.

Esta solución aparece recogida en la Ley 7/2015, de 30 de junio, *de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores del País Vasco*, en su art. 12.6, al permitir al juez sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por otra vivienda si ésta es igualmente idónea para satisfacer las necesidades de vivienda de los hijos.

En este sentido, la STS 5/2015, de 16 de enero de 2015 [RJ 2015/355], resulta significativa por admitir la sustitución de la vivienda familiar, por lo que podría decirse que integra una corriente *flexibilizadora*, aunque ya tenía algunos precedentes que constituirían una jurisprudencia apreciable, como la STS de 10 de octubre 2011 [RJ 2011/6839], que fundamentaba la *ratio decidendi* en la posibilidad de sustituir la vivienda familiar original por otra idónea.

Sigue la línea de las sentencias anteriores, la STS 426/2013, de 17 de junio de 2013 [RJ 2013/4375], que considera que si bien, normalmente, se relaciona lo dispuesto en el art. 96 del CC con la protección del interés de los hijos, no resulta exclusivamente garantizado manteniéndolos en el mismo domicilio que ocupaba la familia antes de la ruptura, sino que el interés del menor puede quedar asegurado a pesar de que se establezca la convivencia en un domicilio distinto, y así establece que: *“Lo que pretende, por tanto, el art. 96 del CC al atribuir la vivienda al progenitor con quien los hijos conviven, es evitar que a la separación de los progenitores que amenaza su bienestar se sume la pérdida de la vivienda en la que han convivido hasta el momento de la ruptura de sus progenitores con evidente repercusión en su crecimiento, desarrollo y nivel de relaciones.*

*Ahora bien, hay dos factores que eliminan el rigor de la norma cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges: uno, el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida, entendiendo que una cosa es el uso que se hace de la misma vigente la relación matrimonial y otra distinta que ese uso permita calificarla de familiar si no sirve a los fines del matrimonio porque los cónyuges no cumplen con el derecho y deber propio de la relación. Otro, que el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios; solución que requiere que la vivienda alternativa sea idónea para satisfacer el interés prevalente del menor”<sup>352</sup>.*

Por último, hay que hacer alusión de nuevo a la STS de 16 de enero de 2015 [RJ 2015/355], de la que se puede extraer la siguiente doctrina: para valorar el cambio de la vivienda familiar por otra distinta, cuyo uso se haya atribuido tras la ruptura de la convivencia de los progenitores, se debe tener en cuenta el interés del hijo menor. El niño derecho a una vivienda adecuada que se identifica, aunque no de manera excluyente, con el que era domicilio familiar antes de la ruptura. Sin embargo, puede proporcionarse al hijo otra vivienda alternativa, siempre que no se perjudique el interés del menor, más cuando lo contrario podría amparar una expropiación del dueño de la vivienda<sup>353</sup>.

#### **II.4.- Exclusión del hijo mayor de edad como sujeto especialmente protegido por el art. 96.I del CC**

Los hijos mayores no pueden incluirse como sujetos especialmente beneficiarios de la atribución del uso de la vivienda familiar, tal y como se refleja en el art. 96.1 del CC, sobre la base del principio de mantenimiento del entorno habitual<sup>354</sup>.

---

<sup>352</sup> Reitera tal doctrina la STS 282/2015, de 18 de mayo de 2015 [RJ 2015/1919].

<sup>353</sup> TENA PIAZUELO, I.: “Atribución del uso de domicilio, tras la ruptura de la convivencia, que no tiene actualmente la condición de vivienda familiar. Comentario a la Sentencia de 16 de enero de 2015 [RJ 2015/355]”, *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 101/2016 [BIB 2016\4027].

<sup>354</sup> En las STS 73/2014, de 12 de febrero de 2014 [RJ 2014/2090]; STS 72/2014, de 17 de febrero de 2014 [RJ 2014/918]; y STS 315/2015, de 29 de mayo de 2015 [RJ 2015/2273] la existencia de hijos mayores de edad no condiciona la atribución del uso de la vivienda a favor de uno u otro cónyuge, siendo el criterio a seguir el de los intereses más dignos de protección, en aplicación del art. 96.3 del CC.

Como norma general, la persona mayor de edad ha alcanzado un nivel de desarrollo mental y psicológico suficiente como para manejarse con plena autonomía e independencia en sociedad, ya que posee la madurez y el entendimiento necesarios para comprender lo que sucede, asimilar las consecuencias y sobreponerse.

Además, el hijo mayor de edad posee una mayor movilidad, una mayor capacidad de desplazamiento, por lo cual, el argumento del ambiente en el que vive es sólo aplicable a los hijos menores.

En este sentido, la STS 294/2017, de 12 mayo de 2017 [RJ 2017\2203] regula el supuesto de atribución de vivienda existiendo hijos mayores de edad, anulando la sentencia de apelación que había establecido el uso hasta la independencia económica de los hijos, al afirmar el TS que existe interés casacional por el “*desconocimiento de la jurisprudencia*” sobre la materia, como se verá seguidamente, así como por no citar “*jurisprudencia alguna*” que justifique su resolución.

En el caso de no existir hijos, supuesto al que el TS ha asimilado la circunstancia de ser éstos mayores de edad, debe aplicarse lo dispuesto en el art. 96, párr. 3º del CC. Así, la en STS 624/2011, de 5 de septiembre de 2011 [RJ 2011/5677], seguida por otras muchas, considera que: “*la atribución del uso de la vivienda familiar en el caso de existir hijos mayores de edad, ha de hacerse a tenor del párr. 3º del art. 96 CC, que permite adjudicarlo por el tiempo que prudencialmente se fije a favor del cónyuge, cuando las circunstancias lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección*”.

Por lo tanto, la adquisición de la mayoría de edad hace cesar el criterio de la atribución automática, planteándose una nueva situación que debe regirse por sus propios parámetros, excluyendo como motivación de aquel uso, el hecho de que los hijos residieran con el progenitor no propietario, o que éste tuviera su custodia. En este sentido, la STS 707/2013, de 11 de noviembre de 2013 [RJ 2013/7262], amplía las consideraciones anteriores manteniendo que: “*ningún alimentista mayor de edad, cuyo*

*derecho se regule conforme a lo dispuesto en los arts. 142 y ss. del CC, tiene derecho a obtener parte de los alimentos que precise mediante la atribución del uso de la vivienda familiar con exclusión del progenitor con el que no haya elegido convivir. En dicha tesitura, la atribución del uso de la vivienda familiar ha de hacerse al margen de lo dicho sobre los alimentos que reciba el hijo o los hijos mayores y por tanto, única y exclusivamente a tenor, no del párr. 1º sino del párr. 3.º del art. 96 CC”.*

En consecuencia, resulta inadmisibles acudir al interés de los hijos, sobre todo cuando se utiliza para satisfacer el propio interés de quien pretende el uso, ni añadirlo a los principios que disciplinan la obligación legal de alimentos. Pues si los hijos, aun siendo mayores, perciben alimentos de uno de los progenitores, no es posible concederles el uso de la vivienda junto con el progenitor no deudor, ya que también pueden convivir con el alimentante como modo de prestación de la obligación.

En base a lo referido anteriormente, la atribución de la vivienda es una medida excepcional que exige dos presupuestos: que en uno de los cónyuges se presente un interés necesitado de protección y que se trate de una medida temporal.

Respecto al primer presupuesto, para determinar ese interés necesitado de protección, pueden tenerse en consideración diversos factores como la situación personal del sujeto (edad, posibilidad de residir con cualquiera de los hijos), económica (bienes e ingresos de cada uno de ellos) y de salud de cada uno de ellos. A estos criterios habría que sumar otros como la disponibilidad de otros lugares donde residir, a quien corresponde la propiedad sobre la vivienda, etc.

Por el contrario, no son criterios esgrimibles para la determinación del interés necesitado de protección, la convivencia del progenitor con los hijos mayores, su previa guarda, o su falta de independencia económica, pues tratándose de mayores de edad, la prestación alimenticia discurre por los parámetros de la obligación legal de alimentos, pudiendo optar el alimentante por que vivan en su compañía, exactamente lo opuesto de lo que significaría conceder la vivienda al otro. Tampoco sirve como parámetro para conferir

el uso prolongarlo hasta que se reciba el precio pactado en disolución de condominio cuando ambos presentan solvencia patrimonial (STS 385/2015, de 23 de junio de 2015 [RJ 2015/2546]). Ni tampoco puede atribuirse el uso de la vivienda si, por circunstancias varias, el cónyuge ya no residía allí (STS 176/2016, de 17 de marzo de 2016 [RJ 2016/978]), lo que evidencia falta de necesidad de protección.

Por lo que se refiere al segundo presupuesto que se refiere a la limitación temporal, es esencial a la adjudicación de vivienda, siendo usual en las resoluciones judiciales que se establezca hasta la liquidación de los gananciales, pues disponer el uso indefinido conllevaría, prácticamente, dejar al ex cónyuge carente de su derecho a la parte de su propiedad<sup>355</sup>.

En último término, si no existen hijos o habiéndolos son mayores de edad, y ninguno de los cónyuges presenta un interés especialmente necesitado de protección<sup>356</sup>, se ha ido extendiendo la atribución de un uso alternativo de la vivienda hasta que se produzca la liquidación de los gananciales, según la SAP de Madrid, Sección 24ª, 312/2005, de 20 de abril de 2005 [2005/234943]: *“que tiene su base, finalidad y fundamento en facilitar una pronta y fluida liquidación de la sociedad legal de gananciales, evitando potenciales actitudes obstruccionistas por parte del consorte favorecido con la asignación del domicilio familiar”*, atribuyendo usos alternativos por períodos de seis meses<sup>357</sup>.

---

<sup>355</sup> En este mismo sentido, la STS de 25 de octubre de 2016 [RJ 2016/4982] casa la sentencia en la que se había atribuido la vivienda indefinidamente a la madre y al hijo mayor, en tanto se mantengan las mismas circunstancias, apelando al interés del hijo. El TS alega nuevamente al desconocimiento de la jurisprudencia sobre la materia como justificadora del interés casacional, reproduciendo las argumentaciones en cuanto a la relación con los alimentos prestados a los hijos mayores y la posibilidad de que éstos residan con el alimentante.

Incide en la argumentación del límite temporal, con reiterada cita de pronunciamientos anteriores, la STS de 29 de mayo de 2015 [RJ 2015/2273] en la que la AP había atribuido la vivienda mientras no se alterasen las circunstancias, lo que, en expresión literal del TS: *“parece más una verdadera expropiación de la vivienda que una efectiva tutela de lo que la ley dispensa a cada una de las partes, fundada en un inexistente principio de solidaridad y consiguiente sacrificio del puro interés material de uno de los cónyuges en beneficio del otro”*.

<sup>356</sup> En caso de ausencia de hijos, la STS 565/2015, de 9 de septiembre de 2015 [RJ 2015/4179], atribuye un uso temporal por tres años

<sup>357</sup> En este mismo sentido, la SAP de Madrid, Sección 24ª, 1322/2012, de 28 de noviembre de 2012 [JUR 2013/34927], atribuye el uso de la vivienda familiar por periodos de un año y también la SAP de Madrid, Sección 22ª, 1054/2014, de 28 de noviembre de 2014 [JUR 2015/19455].

Esta atribución del uso alternativo por periodos rotatorios de la vivienda, no figura contemplado en el art. 96 CC. Parece que con esta medida el derecho se reconoce por igual a ambos, fomentando una liquidación y venta de la vivienda común<sup>358</sup>.

### **III.- DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN CASO DE ATRIBUCIÓN DE GUARDA COMPARTIDA**

Como hemos visto, para decidir quién continúa ocupando la vivienda que hasta ese momento haya constituido el domicilio familiar, nuestro CC no tiene en cuenta quién es el titular del inmueble o del derecho que faculta para usar dicho inmueble, sino que atiende a “*cuál sea el interés más necesitado de protección*”.

En el caso de los matrimonios que se rompen teniendo hijos menores o mayores con discapacidad, se presume que el interés más digno de protección va a ser el de los hijos y el del progenitor que tenga atribuida su guarda y custodia. Esta presunción es *iuris tantum*, es decir, admite prueba en contrario y por lo tanto, no es aplicable en los casos en que la guarda y custodia de los hijos menores sea compartida por ambos progenitores, así que para atribuir la vivienda familiar habrá que tener en consideración otros factores<sup>359</sup>.

La jurisprudencia ha ido estableciendo los principales criterios a tener en cuenta para establecer un régimen de guarda y custodia compartida, si bien quedan algunos flecos, ya que el art. 96 CC, en caso de atribución de la vivienda familiar, no regula la cuestión cuando el régimen establecido es el de custodia compartida, así que deben tenerse en cuenta una serie de circunstancias personales y familiares que hagan que la protección del interés del menor sea real.

---

<sup>358</sup> DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: “Atribución de vivienda familiar en el supuesto de hijos mayores de edad. Uso alternativo y temporal”, *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 103/2017 [BIB 2017\10833].

<sup>359</sup> GARCÍA GARNICA, M. C.: *Aspectos actuales de la protección jurídica del menor. Una aproximación interdisciplinar*, Ed. Cizur Menor, Thomson Reuters- Aranzadi, Navarra, 2008, págs. 60 y 61.

Así, la STS de 24 de octubre de 2014 [RJ 2014/5180] entiende que el interés más necesitado de protección, en este caso, es el de la mujer, si bien impone una limitación temporal, de dos años, desde la sentencia, del uso de la vivienda familiar concedido a la esposa, basándose en ese límite para conseguir el equilibrio entre los intereses contrapuestos.

El TS reconoce en la referida sentencia de 24 de octubre de 2014 que, si bien el CC ha incorporado modificaciones importantes en el art. 92 en materia de atribución de la guarda compartida, no hay una regulación específica para adaptarla a esta modalidad de custodia. En estos casos, tiene que aplicarse analógicamente la norma contenida en el párr. 2º del art. 96, según el cual, cuando los hijos queden en compañía de uno y los restantes en la del otro, el juez “*resolverá lo procedente*”, lo que obliga a una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, con especial atención a dos factores:

En primer lugar, al interés más necesitado de protección, “*que no es otro que aquel que permite compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres*”.

En segundo lugar, a si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece a un tercero.

Se puede imponer una limitación temporal en la atribución del uso, similar a la que se establece en el párr. 3º para los matrimonios sin hijos, y que no sería posible en el supuesto del párr. 1º de la atribución del uso a los hijos menores de edad como manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitado por el juez, salvo lo establecido en el art. 96 del CC (STS 181/2014, de 3 de abril de 2014 [RJ 2014/1950] y STS 320/2014, de 16 de junio de 2014 [RJ 2014/3073] entre otras).

La propia STS de 24 de octubre de 2014, utiliza en parte el párr. 2º con el párr. 3º, atendiendo al interés más necesitado de protección y pudiendo imponer una limitación temporal a este uso de la vivienda, sin olvidar tampoco los efectos que, determinadas decisiones sobre la vivienda familiar, pueden tener desde el punto vista económico,



afirmando que: *“el problema para hacer efectivo este régimen de convivencia, es especialmente grave en situaciones de crisis económica, cuando en la vivienda quedan los niños y son los padres los que se desplazan en los periodos de convivencia establecidos, puesto que les obligará a disponer de su propia vivienda, además de la familiar, con tres viviendas en uso. También lo es cuando uno de ellos es titular de la vivienda en que la familia ha convivido y el otro carece de ella puesto que existe el riesgo de que no pueda cumplimentar esta alternancia en los periodos en que le corresponde vivir en compañía de los hijos, como es el caso”*<sup>360</sup>.

### **III.1.- SUPUESTOS**

#### **III.1.A.- Custodia compartida simultánea**

La custodia compartida simultánea se produce cuando, después de la separación o divorcio, los progenitores continúan conviviendo en el mismo domicilio en unión de sus hijos, únicamente, puede producirse cuando la vivienda familiar se divide en dos dependencias distintas, permitiendo que los hijos puedan indistintamente estar en una u otra, o incluso compatibilizando algunos espacios.

#### **III.1.B.- Custodia compartida sin cambio de residencia de los hijos y rotación de los progenitores**

En la custodia compartida sin cambio de residencia de los hijos, éstos permanecen en el domicilio familiar y los progenitores se trasladan, durante cierto tiempo, a la vivienda familiar para convivir con ellos<sup>361</sup>. Aunque en hipótesis pudiera ser admisible, es un foco de conflictos en cuanto al abandono de la vivienda por el progenitor para el

---

<sup>360</sup> PANIZA FULLANA, A.: “Custodia compartida y atribución del uso de la vivienda familiar”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 10/2015 [PIB 2015/107].

<sup>361</sup> Los progenitores son los que se trasladan a la vivienda durante los periodos de tiempo que se les ha asignado en la SAP de Alicante, Sección 4ª, 33/2014, de 31 de enero de 2014 [JUR 2014/119200]; y en la SAP de Alicante, Sección 3ª, 200/2014, de 16 de septiembre de 2014 [JUR 2014/276233].

regreso del otro, que a su vez, podría venir acompañado de una tercera persona si ha iniciado una nueva relación sentimental.

La única ventaja que plantea es respecto a los hijos, ya que no cambian de entorno y mantienen su espacio vital propio. Sin embargo, los inconvenientes son de tipo económico, pues no todas las familias pueden permitirse este sistema, ya que obligaría a que cada progenitor tuviese su propio lugar de residencia y que, al mismo tiempo, existiese el domicilio familiar común, lo que ya se conoce como la problemática de la “casa nido”.

El modelo de custodia y nido compartido se deniega sistemáticamente por la jurisprudencia al calificarlo de fuente segura de conflictos<sup>362</sup>, debido a que este régimen de alternancia exige un alto nivel organizativo compartido en el ámbito de la intendencia doméstica. Asimismo, se debe tener una gran tolerancia a las nuevas relaciones de pareja de quienes fueron cónyuges y el que éstas se puedan adaptar a la vida trashumante que implica la alternancia, compartiendo los elementos materiales de los que se suelen usar en la vida cotidiana, todo ello conlleva a su rechazo y a que este modelo sea tratado como excepcional<sup>363</sup>, residual y como última opción<sup>364</sup>.

Esta guarda compartida sin cambio de residencia de los hijos, no la admite la STS 215/2019, de 5 de abril de 2019, con el argumento de que no es compatible con la capacidad económica de los progenitores, que se verían obligados a mantener tres viviendas, unido a la conflictividad que añadiría el buen mantenimiento de la vivienda común, por lo que la residencia del menor, habrá de ser en el domicilio de cada uno de los

---

<sup>362</sup> SAP de Córdoba, Sección 1ª, 513/2014, de 24 de noviembre de 2014 [JUR 2015/32207].

<sup>363</sup> Esta atribución suele asignarse de forma temporal si ambos son titulares de la vivienda hasta el momento de liquidarse el régimen económico matrimonial, como en la SAP de Orense, Sección 1ª, 260/2012, de 1 de junio de 2012 [JUR 2012/228284]; o hasta que se produzca la venta del inmueble como en la SAP de Madrid, Sección 22ª, 538/2013, de 28 de junio de 2013 [JUR 2013/263874]; y en la SAP de Asturias, Sección 5ª, 47/2015, de 23 de febrero de 2015 [JUR 2015/94222].

<sup>364</sup> DOMINGO MONFORTE, J.: “Custodia y nido compartido: todo cambia”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 891/2014 [BIB 2014\3390].

progenitores, en el período respectivamente atribuido y el destino de la vivienda familiar será el que las partes le den, de acuerdo con la naturaleza del bien.

### **III.1.C.- Custodia compartida con cambio de residencia y rotación de los hijos**

En la custodia compartida con cambio de residencia, son los hijos los que se desplazan a las viviendas que tienen cada uno de los progenitores durante los plazos de tiempo determinados, para lo que se valora la proximidad de los domicilios<sup>365</sup>. En estos casos, la que fue vivienda habitual del matrimonio antes de la crisis, se puede atribuir al progenitor más necesitado de protección, al titular de la misma o a ninguno de ellos.

Cabe mencionar un problema que surge en estos supuestos de custodia compartida, respecto al lugar de empadronamiento de los hijos si son ellos los que se desplazan en la vivienda familiar de cada uno de sus progenitores, de ello puede depender la asistencia sanitaria, escolarización, etc.

La Fiscalía General del estado dictó, en el año 2006, la Instrucción 1/2006 de 7 de marzo sobre guarda y custodia compartida y el empadronamiento de los hijos menores estableciendo los siguientes criterios:

- Los hijos menores han de ser empadronados en un solo domicilio.
- Será preferente el domicilio en que el menor pase más tiempo, según el cómputo anual.
- Si los periodos de convivencia con uno y otro progenitor están equilibrados, deberán ser los propios progenitores quienes, de mutuo acuerdo, elijan, entre los dos domicilios en los que el menor vive aquél en el que será empadronado.
- Si no hay acuerdo entre los cónyuges, los fiscales deberán velar que, en las resoluciones judiciales en las que se opte por una guarda y custodia con tiempos de permanencia equilibrados, se determine cuál va a ser considerado el domicilio del menor a efectos del empadronamiento.

---

<sup>365</sup> En esta línea está la STS 118/2016, de 1 de marzo de 2016 [RJ 2016/925].

### **III.2.- Atribución de la vivienda familiar a la parte más necesitada de protección**

En este caso no se tiene en cuenta la titularidad de la vivienda sino el interés del progenitor más necesitado de protección, aplicándose analógicamente el art. 96.3 del CC, que aunque pensando para el supuesto en que no existen hijos, permite atribuir la vivienda familiar al cónyuge no titular por el tiempo que prudencialmente se fije. La jurisprudencia del TS quien ha ido dictando sentencias, según los casos concretos que se le presentaba, siendo alguna de ellas las siguientes:

- Así, la STS 434/2016, de 27 de junio de 2016 [2016/2876] asimila la hipótesis de la custodia compartida al supuesto previsto en el art. 96.II del CC en el que unos hijos queden en compañía de uno de los cónyuges y los otros en la del otro, en cuyo caso, el juez deberá resolver “*lo procedente*”, lo que, según establece el art. 96.III CC aplicado analógicamente, exige atender al interés más necesitado de protección, si bien el plazo deberá ser prudencial.

Para precisar en cada caso la duración de ese plazo prudencial, el juez debe realizar una ponderación de los intereses contrapuestos que, por un lado, son los del titular de la vivienda (cotitular en el presente caso) cuyo derecho de uso quedaría indefinidamente frustrado al no poder disfrutar de ella, si el disfrute de la vivienda familiar se atribuye en exclusiva al otro consorte; y por otro lado, son los intereses de los menores a poder relacionarse con el otro progenitor, cuando la ausencia de recursos económicos impida el acceso a una vivienda en la que permanecer con los menores durante los períodos correspondientes. Todo ello lleva al TS a limitar temporalmente a un año, contado desde la sentencia de casación, el derecho de uso de la vivienda familiar concedido a la esposa, plazo que se estima prudencial para que ésta acceda a una vivienda.

- Por su parte, la STS 522/2016, de 21 de julio de 2016 [RJ 2016/3445], atribuye el uso de la vivienda familiar a la esposa e hija por ser los intereses más necesitados de protección pues no poseen otra vivienda diferente de la familiar, ni la progenitora cuenta

con medios para afrontar la contratación de una nueva. El mismo TS<sup>366</sup> advierte sobre la aplicación analógica del art. 96.3 CC al afirmar que: *“debemos declarar que la vivienda familiar, privativa del esposo, queda asignada a la menor y su madre, durante el período de dos años computables desde la fecha de la presente sentencia de casación, plazo que prudencialmente se establece a tenor de lo dispuesto en el art. 93.3 CC, aplicado analógicamente”*.

La sentencia en proteger el interés del menor y el interés del propietario titular de la vivienda que se ve privado de su uso (en la línea de los principios instaurados por la STS de 24 octubre de 2014 [RJ 2014/5180]). Para equilibrar o ponderar estos intereses acude al principio de proporcionalidad. Se analiza si el tiempo por el que se fija la adscripción de la vivienda privativa del esposo a la mujer e hija es proporcionado, teniendo en cuenta que el art. 96.3 CC, que aplica analógicamente, exige que el plazo sea “prudencial”.

El principio de proporcionalidad en el que se apoya el TS se ha desarrollado en el ámbito constitucional, para ello es necesario contraponer los intereses que entran en juego y a partir de ahí adoptar una medida que sea ponderada y prudencial. Así, se decanta por aceptar un plazo de dos años desde la sentencia de casación para el uso de la vivienda familiar por parte del progenitor no titular de la misma.

- En idéntico sentido se expresa la STS 545/2016, de 16 de septiembre de 2016 [RJ 2016/4449] en un caso de paridad económica de los progenitores, establece la duración del plazo de un año ponderado de atribución del uso al cónyuge no titular. Parece que cuando ambos cónyuges cuentan con recursos económicos suficientes para atender al régimen de custodia compartida, el uso de la vivienda familiar, por aplicación del párr. 3 del art. 96 CC, no debería atribuirse a ninguno de ellos por faltar el criterio del interés más necesitado de protección, bastando el señalamiento de un corto plazo para que el cónyuge no titular proceda al desalojo si aún permaneciera en la vivienda.

---

<sup>366</sup> En sentido similar la STS de 24 de octubre de 2014 [RJ 2014/5180]; la SAP de Barcelona, Sección 12ª, 264/2014, de 9 de abril de 2014 [AC 2014/698] y la SAP de Salamanca, Sección 1ª, 332/2016, de 18 de julio de 2016 [JUR 2016, 210373].

En estos casos se atribuye la vivienda, tras un ejercicio de ponderación, al progenitor más necesitado de protección con carácter temporal ya sea por un número de años determinados, o si es titularidad de ambos, hasta la liquidación del régimen económico o su venta<sup>367</sup>.

- La STS 183/2017, de 14 de marzo de 2017 resume su doctrina al respecto de conformidad con las siguientes premisas: El art. 96 del CC establece como criterio prioritario, a falta de acuerdo entre los cónyuges, que el uso de la vivienda familiar corresponde al hijo y al cónyuge en cuya compañía queden. Esto no sucede en el caso de la custodia compartida al no encontrarse los hijos en compañía de uno solo de los progenitores, sino de los dos; supuesto en el que la norma que debe aplicarse analógicamente es la del párr. 2 que regula el supuesto en el que existiendo varios hijos, unos quedan bajo la custodia de un progenitor, y otros bajo la del otro, y permite al juez resolver “*lo procedente*”. Ello obliga a una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, con especial atención a dos factores: en primer lugar, al interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres. En segundo lugar, a si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece a un tercero.

- Por último, la STS 295/2020, de 12 de junio de 2020, establece que, en casos de custodia compartida, es posible la atribución del uso de la vivienda a aquél de los progenitores que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda (no ser titular o disponer del uso de ninguna otra, menores ingresos) para que de esta forma pueda llevarse a cabo la convivencia durante los períodos en los que le corresponda tener a los hijos en su compañía.

Añade que, cuando se valora que no existe riesgo de poner en peligro el régimen de custodia compartida, pues el progenitor está en condiciones, por su situación

---

<sup>367</sup> TORRELLES TORREA, E.: “Limitación temporal en la atribución del uso de la vivienda familiar al progenitor no titular durante dos años desde la sentencia de casación. Comentario a la STS de 21 julio de 2016 [RJ 2016/3445]”, *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 103/2017 [BIB 2017\10831].

económica, de proporcionar una vivienda adecuada a sus necesidades, el criterio de la Sala es el de que no procede hacer la atribución indefinida de uso de la que fue la vivienda familiar y deben armonizarse los intereses contrapuestos, el del titular (o cotitular) de la vivienda y el de los hijos a relacionarse con el otro en una vivienda.

### **III.3.- Atribución de la vivienda familiar al titular de la misma**

Esta modalidad procede cuando el otro cónyuge y los hijos dispongan de recursos para hacer frente a sus necesidades de alojamiento en condiciones adecuadas al margen de la vivienda familiar, bien sea en régimen de propiedad o arrendamiento, o bien, disponga ya de ella. Es el caso de la STS 671/2012, de 5 de noviembre de 2012 [RJ 2012/10135], que trata un supuesto en el que ambos cónyuges se separaron y se le atribuyó a la esposa el uso de la vivienda familiar. Pasado un tiempo, el marido solicitó el divorcio, alegando que habían cambiado las circunstancias que dieron lugar al acuerdo de los cónyuges plasmado en la referida sentencia, interesando su modificación y solicitando que se le atribuyese el uso del domicilio que fue familiar al esposo por tratarse de una vivienda privativa del mismo. El TS confirma la atribución de la vivienda al progenitor, manifestado que: *“El interés sin duda prevalente de la menor demanda una vivienda adecuada a sus necesidades y que, conforme a la regla dispuesta en el art. 96 del CC, se identifica con la que fue vivienda familiar hasta la ruptura del matrimonio. Ocurre que, en principio, la situación del grupo familiar no es la misma antes que después de la separación o divorcio de los progenitores, especialmente para las economías más débiles que se dividen y, particularmente, cuando uno de ellos debe abandonar el domicilio. Por ello el art. 96.1 del CC atribuye el derecho de uso a la hija menor, incluido en el de alimentos que forma el contenido de la patria potestad, según dispone el art. 154.2.1ª del CC. El art. 96.1 del CC, dice la sentencia del TS de 29 de marzo de 2011, presupone que este específico contenido de la potestad puede ser de difícil ejecución cuando se produce la separación de los progenitores y por ello y para evitar controversias entre ellos, la atribuye a los hijos y a quien ostenta su guarda y custodia, precisamente como titular de la obligación que le impone el art. 154.2.1 del CC.*

Ahora bien, hay dos factores que eliminan el rigor de la norma cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges: uno, el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida, entendiendo que una cosa es el uso que se hace de la misma vigente la relación matrimonial y otra distinta que ese uso permita calificarla de familiar si no sirve a los fines del matrimonio porque los cónyuges no cumplen con el derecho y deber propio de la relación. Otro, que el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios; solución que requiere que la vivienda alternativa sea idónea para satisfacer el interés prevalente del menor, como así aparece recogido en el art. 233-20 CCCat, que establece que en el caso en que las otras residencias sean idóneas para las necesidades del progenitor custodio y los hijos, el juez puede sustituir la atribución de la vivienda familiar por la de otra residencia más adecuada (en cierta forma, en el art. 81.1 del CDF aragonés) (STS de 10 de octubre 2011).

Ocurre así en el caso presente en que la madre ha adquirido una nueva vivienda en la que puede habitar la hija menor, sin que esta quede desprotegida de sus derechos pues, de acuerdo con lo que resulta probado en el procedimiento, "cubre sus necesidades de alojamiento en condiciones de dignidad y decoro en el inmueble de la madre", y no solo cubre estas necesidades sino que como consecuencia del cambio, además de que el padre recupera la vivienda y le permite disfrutar de un status similar al de su hija y su ex esposa, mejora con ello su situación económica permitiéndole hacer frente a una superior prestación alimenticia a favor de su hija al desaparecer la carga que representaba el pago de la renta de alquiler".

#### **III.4.- Enajenación o no atribución de la vivienda familiar a ninguno de los progenitores**

Si no hay un interés más necesitado de protección y la vivienda es común, lo que se acuerda por las partes o el juez es la venta de la vivienda familiar o su arrendamiento repartiéndose las rentas entre los cónyuges. En el caso de que se opte por la enajenación, puede hacerse a un tercero o al otro cónyuge que pasará a ser propietario exclusivo de la vivienda.



La STS 215/2016, de 6 de abril de 2016 [RJ 2016/1321], desestima el recurso presentado por la progenitora en un supuesto de guarda y custodia compartida, en que la vivienda familiar se atribuyó en primera instancia a la madre, pero cambió de domicilio por lo que la que fue vivienda familiar se quedó deshabitada, pasando a residir ambos progenitores en viviendas distintas y apropiadas para cubrir las necesidades de la hija durante los periodos de la guarda y custodia asignados a cada uno de ellos. Ante la solicitud por uno de los progenitores de la asignación de la vivienda familiar, aplica analógicamente el art. 96.2 del CC pues el menor, ante una custodia compartida, pasa a tener dos residencias habituales.

El TS en esta sentencia de 6 de abril de 2016 permite a la madre mantenerse en la vivienda familiar durante un año, para facilitarle a ella y a su hija la transición a la nueva residencia; pasado dicho tiempo, la vivienda se supedita al proceso de liquidación de la sociedad de gananciales<sup>368</sup> y lo argumenta mencionando su doctrina anterior: *“La Sala, ante tal vacío en materia de atribución de la vivienda familiar, al no encontrarse los hijos en compañía de uno solo de los progenitores sino de los dos, ha entendido que debe aplicarse analógicamente el párr. 2º del art. 96 del CC, que regula el supuesto en el que existiendo varios hijos unos quedan bajo la custodia de un progenitor y otros bajo la custodia de otro, remitiendo al juez resolver «lo procedente». Ello obliga a una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, y debiendo ser tenido en cuenta el factor del interés más necesitado de protección, que no es otro que aquél que permite compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres (STS de 24 de octubre de 2014). Ahora bien, existe un interés sin duda más prevalente (STS de 15 de marzo de 2013) que es el de los menores a una vivienda adecuada a sus necesidades, que, conforme a la regla dispuesta en el art. 96 del CC, se identifica con la que fue vivienda familiar hasta la ruptura del matrimonio. Teniendo en cuenta tales factores o elementos a ponderar «Esta Sala, al acordar la custodia compartida, está estableciendo que la menor ya no residirá habitualmente en el domicilio de la madre, sino que con periodicidad semanal habitará en el domicilio de cada uno de los progenitores, no existiendo ya una*

---

<sup>368</sup> En sentido similar se expresó la STS 576/2014, de 22 de octubre de 2014 [RJ 2024/5023] en la que no consta que ninguno de los cónyuges necesite una especial protección, se procede a la desafección de la vivienda familiar, que debe ser liquidada, concediendo a la madre un plazo prudencial de 6 meses para el desalojo de la misma.

*residencia familiar, sino dos, por lo que ya no se podrá hacer adscripción de la vivienda familiar, indefinida, a la menor y al padre o madre que con ella conviva, pues ya la residencia no es única, por lo que de acuerdo con el art. 96.2 del CC, aplicado analógicamente, a la vista de la paridad económica de los progenitores, se determina que la madre podrá mantenerse en la vivienda que fue familiar durante un año, con el fin de facilitar a ella y a la menor (interés más necesitado de protección), la transición a una nueva residencia (STS 9 de septiembre de 2015; Rc. 545 de 2014), transcurrido el cual la vivienda quedará supeditada al proceso de liquidación de la sociedad de gananciales» (STS de 17 de noviembre de 2015 y 11 de febrero de 2016, entre otras).*

*Tal doctrina ha sido respetada por la sentencia recurrida, pues en atención a las circunstancias fácticas que tiene por probadas, concluye que los intereses a tener en cuenta se encuentran satisfechos y no debe hacerse atribución de uso y disfrute de la vivienda que fue familiar”.*

En este caso, las circunstancias concretas tenidas en cuenta son la paridad económica de los progenitores de la menor, el interés de la menor a una vivienda adecuada a sus necesidades y el carácter ganancial de la vivienda familiar, puesto que transcurrido el año queda supedita a la liquidación de la sociedad de gananciales<sup>369</sup>.

### **III.5.- Atribución de una vivienda alternativa**

Si la familia posee varias viviendas que pueden considerarse familiares, con independencia de su titularidad, cabe el reparto de las mismas, si bien la posibilidad de sustituir una vivienda familiar no la contempla el art. 96 del CC, por su parte, la jurisprudencia ha seguido este criterio en la STS 695/2011, de 10 de octubre de 2011 [RJ 2011/6839] o en la STS de 16 de enero de 2015 [RJ 2015/355].

---

<sup>369</sup> PÉREZ CONESA, C.: “Concesión de la custodia de los menores a ambos progenitores conjuntamente y atribución de la vivienda familiar (STS de 6 de abril de 2016)”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 6/2016 [BIB 2016/2739].

#### IV.- MOMENTO EN QUE SE EXTINGUE EL DERECHO DE USO

En la línea de establecer un límite hasta la mayoría de edad se sitúa la redacción del art. 96 del CC, reformado por La Ley 8/2021, de 2 de junio, *por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*, en donde se incluye la regulación de las reglas de atribución de uso de la vivienda familiar para el caso de hijos comunes en situación de discapacidad.

Es obvio que la reforma introduce una distinción en la atribución del uso que se hace a los menores de edad respecto a los que ya han cumplido la mayoría de edad, lo cual se hace siguiendo la última doctrina jurisprudencial que tiende a establecer un límite temporal en los mayores de edad y en aquellos casos, cada vez más frecuentes, en que se otorgue la custodia compartida.

El art. 96 del CC también contiene una mención al carácter temporal de la medida para aquellos supuestos en los que el uso se haya atribuido al cónyuge no titular por ser su interés el más necesitado de protección, al establecer que tal uso podrá entenderse *“por el tiempo que prudencialmente se fije”*.

Al respecto, se había venido pronunciado la jurisprudencia al admitir que, la atribución del uso sobre la vivienda familiar, tendrá siempre carácter provisional y temporal, con independencia de la persona que resulte beneficiaria del uso. Ello será así, siempre y cuando, no se trate del propio titular de la vivienda, en cuyo caso, la atribución permitirá la plena consolidación de sus facultades como propietario, de manera que, a partir de este momento, cualquier cambio de circunstancias no podrá desembocar nuevamente en un cambio de atribución del uso.

En aquellos casos en que el uso de la vivienda familiar se atribuye a uno de los cónyuges, la limitación temporal aparece relacionada con los motivos que llevaron a su atribución, por lo que, una vez que desaparezcan las circunstancias que llevaron al juez a tomar tal decisión, lo razonable será que la vivienda quede libre de tal gravamen, máxime

si pertenece de forma privativa al cónyuge no beneficiado por la atribución<sup>370</sup>. En ocasiones, el juez establecerá, expresamente, un plazo en la resolución judicial y otras veces no lo hará, en cuyo caso, el límite temporal se encontrará en el momento de extinción de las causas que la motivaron.

Si los beneficiarios del uso son los hijos menores y el cónyuge con quien convivan, esta atribución tampoco podrá considerarse indefinida, ya que cuando el último de los hijos alcance la mayoría de edad, se entenderá extinguido este uso<sup>371</sup>, pues el criterio de atribución del uso a favor de los hijos se fundamenta en el principio *favor filli*, y, por tanto, en su condición de menores de edad<sup>372</sup>. Así que el derecho de uso reconocido ha de tener como límite temporal la mayoría de edad de los hijos del matrimonio, por lo que extinguida la patria potestad, ha de entenderse, por lo general, extinguido el derecho de uso

Esta postura es la adoptada por la STS 284/2019 de 23 de mayo de 2019 [RJ 2019/2131], que partiendo del fundamento y la finalidad de la medida, únicamente cumple su cometido durante la minoría de edad. Una vez alcanzada la mayoría de edad, a lo que habrá de atenderse es al párr. 3º del 96 CC que, excepcionalmente, permite atribuir al cónyuge no titular de la vivienda el uso de la misma, si su interés fuese el más necesitado de protección.

Con carácter previo a la referida sentencia, esta era ya la postura adoptada por el TS<sup>373</sup>, prueba de ella es la STS 624/2011 de 5 de septiembre de 2011 [RJ 2011/5677], la

---

<sup>370</sup> En este sentido, la STS 593/2014, de 24 de octubre de 2014 [RJ 2014/5180].

<sup>371</sup> Como establece la STS 310/2004, de 22 de abril de 2004 [RJ 2004/2731] y la STS 100/2006, de 10 de febrero de 2006 [RJ 2006/549].

<sup>372</sup> ZUMAQUERO GIL, L.: “La atribución judicial del uso de la vivienda familiar en caso de crisis matrimonial: régimen jurídico actual y propuestas de reforma”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 41/2016 [BIB 2016\85411].

<sup>373</sup> GARCÍA MAYO, M.: “El interés del menor frente a la pretendida patrimonialización del derecho de uso de la vivienda familia. Comentario a la STS 284/2019, de 23 de mayo de 2019 [RJ 2019/2131]”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 50/2019 [BIB 2019\9335].

cual fijó como doctrina jurisprudencial<sup>374</sup> la siguiente: *“la atribución del uso de la vivienda familiar en el caso de existir hijos mayores de edad, ha de hacerse a tenor del párr. 3º del art. 96 CC”*.

## **V.- LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR CUANDO LA GUARDA DE LOS HIJOS SE CONCEDE A UN TERCERO**

En el Capítulo relativo a la guarda y custodia, hemos visto que la sentencia que pone fin al procedimiento matrimonial, puede atribuir la guarda y custodia de los hijos a un tercero. Esta posibilidad se desprende del art. 103 núm. 1, párr. 2º del CC que permite encomendar los hijos a los abuelos, parientes u otras personas en las medidas provisionales, razón por la que se podrá hacer lo mismo en las definitivas, pudiéndose entonces entender que queda comprendida en la alusión del párr. 2º del art. 92 del CC a las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos.

En estos casos, en principio, la cuestión ha de resolverse como si no existieran hijos, debiéndose aplicar el art. 96 párr. 3º del CC para determinar la atribución del uso de la vivienda a uno de los cónyuges.

No cabe la atribución a un tercero, aunque éste sea un abuelo, porque el art. 96 del CC funda la atribución en el matrimonio, contrato del que sólo son parte los cónyuges y respecto al que son terceros todas las demás personas, incluidos los abuelos.

No obstante, lo que sí cabría, pero ya no con base en el art. 96 del CC, sino en el art. 92 párr. 2º del CC y como una medida relativa al cuidado de los hijos, sería atribuir al hijo el uso de la vivienda familiar, siempre y cuando, fuera estrictamente necesario por

---

<sup>374</sup> Doctrina seguida posteriormente, entre otras, por la STS 635/2016, de 25 de octubre de 2016 [RJ 2016/4977]; la STS 636/2016, de 25 de octubre de 2016 [RJ 2016/4982]; la STS 741/2016, de 21 de diciembre de 2016 [RJ 2016/6275]; la STS 31/2017, de 19 de enero de 2017 [RJ 2017/924], en virtud de la cual: *“la vinculación del cese del uso del domicilio familiar, una vez alcanzada la mayoría de edad de los hijos, proporciona la certidumbre precisa para hacer efectivo el principio de seguridad jurídica, desde el momento en que sujeta la medida a un plazo, que opera como límite temporal, cual es la mayoría de edad”*; y la STS 181/2018, de 4 de abril de 2018 [RJ 2018/1185].

convenir al menor, ya que, conforme al art. 110 del CC, incluso sobre los progenitores privados de la patria potestad sigue pesando el deber de velar por sus hijos.

En este caso, el titular del derecho atribuido, sería el hijo y no el tercero al que se encomendará su guarda, el cual debería ser oído, pues no podrá obligársele a residir en la que fue vivienda familiar si no quiere.

Igualmente, en medidas provisionales, podría ser adjudicado el uso de la vivienda familiar a los hijos, con base en el art. 103, núm. 1, párr. 1º, del CC. Lo que no pueden hacer esos abuelos, parientes o personas a los que, con su consentimiento, se les haya encomendado a los hijos es, en el proceso matrimonial, por sí mismos, solicitar la atribución del uso de la vivienda, aunque sea para los hijos, puesto que no son parte en el procedimiento; lo que deberían hacer es plantear la medida al Ministerio Fiscal para que el juez actúe en consecuencia.

Ha de tenerse en cuenta lo que dispone el art. 160 párr. 3º del CC, conforme al cual, las medidas que se puedan fijar para favorecer las relaciones entre abuelos y nietos, entre las que puede incluirse la de encomendarles a ellos su guarda y custodia, no podrán facultar la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores.

Si el progenitor tiene restringidas o suspendidas sus relaciones con los menores, y es hijo de los abuelos a los que se ha otorgado la custodia del nieto, cabe la posibilidad de que los abuelos consientan las relaciones o que permitan que su hijo resida en la vivienda familiar, por lo que atribuir el uso de la vivienda a los hijos, no se recomienda en estos casos<sup>375</sup>.

---

<sup>375</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, M. T.: *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (art. 96, p. 1, 2 y 3 del C.C.)*. *Teoría y práctica jurisprudencial, op. cit.*, págs. 271 a 275.

## **VI.- LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR CUANDO CONCURREN HIJOS COMUNES Y NO COMUNES**

El art. 96 del CC trata de proteger un interés familiar individual, por lo que es necesario que el sujeto de este interés sea miembro de la familia y más concretamente, familiar del titular de la vivienda, ya que si lo privan de la misma ha de tener una justificación. Por lo tanto, los hijos comunes a ambos cónyuges quedan incluidos en la alusión a los “*hijos*” que hace el art. 96 párr. 1º del CC, pero pueden darse variados supuestos, entre los que se encuentran los siguientes:

- Si sólo hay hijos del titular que ostenta la vivienda en virtud del título previo, bien sea propiedad, usufructo, arrendamiento, precario, etc., deben ser tratados igual que los comunes, por lo que habrá de aplicarse el art. 96 párr. 1º del CC y mantener en el uso de la vivienda a este progenitor, siempre que no se pruebe que el interés del otro cónyuge está más necesitado de protección que el de estos hijos.

- Si sólo existen hijos del cónyuge no titular no comunes, su interés no podrá ser tenido en cuenta a los efectos de atribuir a su progenitor el uso de la vivienda, ya que no son familiares del titular, por muy integrados que estuvieran en la familia y a pesar de que su mantenimiento constituyera carga del matrimonio durante la normalidad matrimonial. Tampoco estos hijos pueden ser tenidos en consideración para atribuir el uso a su progenitor por la vía del art. 96 párr. 3º del CC, entendiéndose que su presencia hace más necesitado de protección el interés del titular.

- Si coexisten hijos comunes e hijos sólo del titular y los primeros fueran encomendados a éste, no habrá ningún problema y se aplicará el párr. 1 del art. 96 del CC. Sin embargo, si todos o parte de los comunes quedan en compañía del no titular, estaremos ante un supuesto de aplicación del párr. 2 del citado precepto, lo cual es consecuencia de considerar igualmente atendibles los intereses de los hijos comunes y los de sólo el titular. Los hijos comunes no tienen preferencia frente a éstos, de modo que, si todos los primeros quedan bajo la guarda del no titular, habrá de atribuirse el uso a éste;

incluso, si se dieran idénticas circunstancias en los hijos comunes encomendados al no titular y los no comunes en compañía del titular, el juez deberá resolver lo procedente como si unos y otros hijos fueran comunes.

- Si concurren hijos comunes e hijos sólo del no titular, el interés de estos últimos no deberá ser tenido en cuenta, apreciando, únicamente, el de los comunes. Por tanto, habrá que atender a cuál es el progenitor al que se encomiendan los hijos comunes, para aplicar el párr. 1 o el párr. 2 del art. 96 del CC<sup>376</sup>.

## **VII.- LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA CONYUGAL CUANDO A CADA PROGENITOR SE LE ATRIBUYE LA GUARDA Y CUSTODIA DE UN HIJO**

La atribución de la guarda y custodia de un hijo a cada progenitor que permite el art. 96.2 del CC, no sigue el principio de no separar hermanos, que establece el art. 92.5 del CC, siendo el juez quien tendrá que resolver lo que considere más adecuado al caso en concreto, teniendo en cuenta las circunstancias particulares.

Cuando se le otorga a cada progenitor la custodia de unos hijos menores, es fundamental discernir cuál está en una situación más desfavorable, y en consecuencia, su interés es el más necesitado de protección para que se le atribuya el uso de la vivienda familiar. Si no es posible determinar cuál es el cónyuge que se encuentra en una situación más necesitada, el juez debería tener en cuenta a quien corresponde la titularidad de la vivienda familiar.

En consecuencia lógica, si la vivienda tiene carácter privativo se debería atribuir su uso a su titular, pues la propiedad ya la tiene, por la contra, si la vivienda pertenece a ambos cónyuges, se debería proceder a la venta del inmueble<sup>377</sup>.

---

<sup>376</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, M. T.: *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales* (art. 96, p. 1, 2 y 3 del C.C.). *Teoría y práctica jurisprudencial, op. cit.*, págs. 276 a 279.

<sup>377</sup> HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C. y OLIVA BLÁZQUEZ, F.: *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar, op. cit.*, pág. 83.



## VIII.- LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR CUANDO NO EXISTEN HIJOS

Si no hubiera hijos menores de edad o incapacitados, el art. 96.3 del CC dispone que *“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”*.

El término *“podrá”* implica que la atribución del uso de la vivienda familiar tenga un carácter discrecional y quede al arbitrio del juez. Pero para que la atribución del uso prevalezca sobre la titularidad del bien inmueble, el cónyuge no titular tiene que tener el interés más necesitado de protección y que así lo aconsejen las circunstancias del caso<sup>378</sup>.

El criterio que fija el art. 96.3 del CC es más riguroso que el que establece el art. 103.2 del CC, que solo remite al juez para su toma de decisión sobre la atribución del uso de la vivienda al interés más necesitado de protección<sup>379</sup>, precisamente por el carácter de medidas definitivas a las que se refiere el primero de los preceptos mencionados.

El juez no puede pronunciarse de oficio sobre esta cuestión, sino que debe ser solicitada a instancia de parte. Ahora bien, corresponde al juez establecer cuál es el principio del interés más necesitado de protección y ponderar las circunstancias personales y socioeconómicas en las que se puede encontrar el cónyuge no titular, teniendo en cuenta que la aplicación del art. 96.3 del CC tiene carácter excepcional y su

---

<sup>378</sup> El cónyuge no titular que solicite la atribución del uso deberá acreditar que realmente necesita seguir usando la vivienda, aunque sea de manera temporal y que dicha necesidad es mayor que la del otro consorte, como establece la STS 174/2015, de 25 de marzo de 2015 [RJ 2015/1165].

<sup>379</sup> La STS 390/2017, de 20 de junio de 2017, establece que no se puede atribuir la vivienda al hijo mayor de edad, pero sí al cónyuge más necesitado de protección, aduciendo que ese uso no puede tener un carácter indefinido y estableciendo como límite temporal hasta la liquidación de gananciales.

interpretación debe ser sumamente restrictiva, máxime cuando la vivienda es propiedad de otro<sup>380</sup>

Entre las circunstancias concretas de cada caso que influyen en el juez a la hora de decidir la atribución del uso, hay que tener en cuenta: la situación económica y patrimonial de los cónyuges (especialmente si impiden al cónyuge no titular acceder a otra vivienda); otras personas que tendrían que abandonar la vivienda junto a él; las circunstancias personales del cónyuge que solicita la atribución del uso (la edad, estado de salud, cualificación profesional); si en esa vivienda uno de los cónyuges desarrolla su profesión; posibilidades de uno y otro cónyuge de disponer de una vivienda que cubra sus necesidades de alojamiento, etc.

Después de valorar todas estas circunstancias, el juez puede considerar que no existe un interés más necesitado de protección, con lo que el uso se otorgará al cónyuge titular de la vivienda. Por lo tanto, la titularidad sólo cede cuando se pruebe que el interés del cónyuge no titular es el más necesitado de protección y, además, las circunstancias hacen aconsejable que sea el beneficiario del uso<sup>381</sup>.

## **IX.- VIVIENDA FAMILIAR EN RÉGIMEN DE ALQUILER**

La LAU<sup>382</sup>, en su art. 15, recoge expresamente la posibilidad del cónyuge no titular del arrendamiento y por extensión, de las personas bajo su guarda y custodia, de continuar en el uso de la vivienda, en los mismos términos y condiciones del contrato. Así pues, se supeditarán al tiempo estipulado o en su defecto, al plazo de cinco años prorrogables anualmente.

---

<sup>380</sup> Las sentencias que atribuyen el uso al cónyuge que representa el interés más necesitado de protección son, entre otras, la STS 174/2015, de 25 de marzo de 2015 (RJ 2015/1165); STS 315/2015, de 29 de mayo de 2015 (RJ 2015/2273); STS 385/ 2015, de 23 de junio de 2015 (JUR 2015/2546); y STS 142/2017 de 1 de marzo de 2017 (RJ 2017/608).

<sup>381</sup> BERROCAL LANZAROT, A. I.: “Aspectos relevantes en torno a la vivienda familiar”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 762/2017, págs. 1.972 y 1.973.

<sup>382</sup> Ley 29/1994, de 24 de noviembre, *de arrendamientos urbanos*, (BOE de 25 de noviembre de 1994, núm. 282).

En lo que afecta a la facultad de disposición del derecho por parte del titular, se supeditarán al contenido del contrato de arrendamiento, en el sentido de permitirlos o no, estableciéndose la cautela de tener que contar con la autorización escrita del arrendador.

Se permitirá, en su caso, el subarriendo parcial de la vivienda, por parte del arrendatario, dando así lugar a la posibilidad de que coexistan dos núcleos familiares, en la misma vivienda.

El acto de disposición más controvertido es el de renuncia del derecho por parte del arrendatario.

Con relación a los arrendamientos excluidos de la LAU, conviene hacer referencia a las viviendas ocupadas por razón de empleo o cargo de alguno de los cónyuges. Con una naturaleza jurídica situada entre el arrendamiento y el precario, en tales supuestos la afección de la vivienda al empleo, profesión o cargo del cónyuge impedirá plantearse no tanto las facultades de disposición de su derecho, como la posibilidad de disgregar la titularidad de la ocupación con el derecho de uso de la vivienda<sup>383</sup>.

En estos supuestos especiales, que no se rigen por la LAU, los casos más habituales son los siguientes:

El uso de las viviendas que los porteros, guardas, asalariados, empleados y funcionarios, tengan asignadas por razón del cargo que desempeñen o del servicio que presten.

El uso de viviendas de determinados funcionarios, especialmente los militares, tienen derecho, en determinados destinos y mientras permanezcan en el mismo, al uso de viviendas públicas, si bien, cuando cambian de destino desaparece el derecho que ostentaba

---

<sup>383</sup> TAMAYO CARMONA, J. A.: *Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición*, op. cit., págs. 43 a 45.

al uso de la misma, cualquiera que fuese su calificación y régimen, que se registrarán por lo dispuesto en su legislación específica.

El arrendamiento de vivienda por una persona jurídica, es frecuente para destinar la vivienda para alojamiento de directivos o empleados, pero tal contratación, precisamente por la sucesión de ocupantes, no ha de estar sujeta a la legislación sobre arrendamientos urbanos en cuanto a los beneficios que comporta para el arrendatario, sin perjuicio de que las partes puedan establecer los pactos y cláusulas que estimen convenientes<sup>384</sup>.

Trata del arrendamiento de vivienda a una persona jurídica, la STS 568/2020, de 28 de octubre de 2020, en un asunto en que un Juzgado de Primera Instancia atribuyó el uso del domicilio familiar, objeto del contrato de arrendamiento, a la esposa del marido que había celebrado el contrato en representación de la empresa, su esposa e hija. Afirma el Ts que la entidad arrendataria no puede solicitar la aplicación de una norma, como la del art. 4.1 LAU de 1964, que se refiere al inquilino, su cónyuge o pariente de uno u otro hasta el tercer grado, pues dicha norma viene a regular el posible ejercicio, por las personas físicas a que se refiere, de una profesión, función pública o pequeña industria doméstica, sin que resulte de aplicación al supuesto en que la arrendataria sea una persona jurídica, como ocurre en este caso. Tampoco puede basar el motivo en una norma que se refiere a un supuesto distinto, afirmando que eran arrendatarios tanto la persona jurídica como la persona física.

Por lo tanto, la entidad demandada carece de legitimación para defender la posición jurídica de quien no es parte en el contrato ni trae causa de la entidad arrendataria y a tal efecto, en la susodicha sentencia de 28 de octubre de 2020, el TS desestima el recurso diciendo: *“Sostiene la parte recurrente que se ha infringido la doctrina emanada de las sentencias de esta sala de 1 de marzo de 1952 y de 17 de junio de 1960, según las cuales se sigue el criterio de la existencia o inexistencia de ánimo de lucro para estimar la existencia o no el contrato al de arrendamiento de vivienda. La*

---

<sup>384</sup> FAUS PUJOL, M.: “Arrendamientos urbanos regidos por legislación especial”, *Práctico VLex*, 2021.

*sentencia impugnada -según la recurrente- entiende que el régimen aplicable es el de la LAU de 1964 afirma que se trata de un arrendamiento para uso distinto a vivienda, lo cual es contrario al art. 4.1 de la LAU de 1964 en cuanto prevé que: "el contrato de inquilinato no perderá su carácter por la circunstancia de que el inquilino, su cónyuge o pariente de uno u otro hasta el tercer grado que con cualquiera de ellos conviva, ejerza en la vivienda o en sus dependencias una profesión, función pública o pequeña industria doméstica, aunque sea objeto de tributación".*

No puede solicitar la entidad arrendataria la aplicación de una norma, como la del art. 4.1 de la LAU de 1964, que se refiere al inquilino, su cónyuge o pariente de uno u otro hasta el tercer grado, pues dicha norma viene a regular el posible ejercicio de una profesión, función pública o pequeña industria doméstica, sin que resulte de aplicación al supuesto en que la arrendataria sea una persona jurídica, como ocurre en este caso. Por ello, tampoco puede basar el motivo en una norma que se refiere a un supuesto bien distinto del ahora examinado, bajo una afirmación -que en absoluto puede ser compartida- en el sentido de que eran arrendatarios tanto la persona jurídica, como la persona física.

Es frecuente la contratación del arrendamiento por una persona jurídica para destinar la vivienda para alojamiento de directivos o empleados, pero tal contratación, precisamente por la sucesión de ocupantes, no ha de estar sujeta a la legislación sobre arrendamientos urbanos en cuanto a los beneficios que comporta para el arrendatario, sin perjuicio de que las partes puedan establecer los pactos y cláusulas que estimen convenientes”.

## **X.- ATRIBUCIÓN DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR CUANDO ÉSTA ES PROPIEDAD DE UN TERCERO**

Se trata del supuesto de cesión gratuita de un inmueble por parte de un tercero (normalmente familiares de los progenitores) y en los que no se ha formalizado ningún contrato en el que se pacte la duración, el uso específico o la renta que deberán abonar. Las disputas surgen cuando se produce una crisis matrimonial en la que por sentencia de

separación o divorcio se adjudica dicha vivienda al cónyuge que ya no mantiene ninguna relación con el propietario del inmueble. En estos casos, la recuperación de la vivienda por parte del titular de la misma es posible instando la acción de desahucio por precario.

La tendencia actual es considerar que la situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un precarista. Esto supone que, una vez rota la convivencia, con independencia de que se le hubiera atribuido el derecho de uso y disfrute de la vivienda a un solo progenitor con los hijos o sin ellos, por resolución judicial, el propietario del inmueble puede ejercer la acción de desahucio por precario para recuperar la posesión del mismo<sup>385</sup>.

Por tanto, la acción de desahucio implicará el abandono inmediato de la vivienda familiar<sup>386</sup>, ahora bien, en estos casos, el juez puede atribuir el uso de otra vivienda propiedad de los progenitores que no sea la que se está ocupando en concepto de vivienda familiar en orden a proteger el interés superior del menor<sup>387</sup>.

Esta cuestión ha sido tratada por la STS de 10 de octubre de 2011 [RJ 2011/6839], adoptando una solución parecida a la de la legislación catalana y aragonesa<sup>388</sup>, con el fin de salvaguardar el interés superior del menor, admitiendo, en supuestos excepcionales, que se pueda atribuir el uso de una vivienda que no sea la que se está ocupando en concepto de vivienda familiar, cuando el inmueble que se está utilizando pertenezca a terceras personas, y esté en riesgo el desalojo de los menores, estableciendo al respecto lo

---

<sup>385</sup> En este sentido, la STS 910/2008, de 2 de octubre de 2008 [RJ 2008/5587]; la STS 861/2009, de 18 de enero de 2010 [RJ 2010/1274]; la STS 193/2013, de 15 de marzo de 2013 [RJ 2013/2174] y la STS 596/2015, de 30 de octubre de 2015 [RJ 2015/5044].

<sup>386</sup> TORRELLES TORREA, E.: “Limitación temporal en la atribución del uso de la vivienda familiar al progenitor no titular durante dos años desde la sentencia de casación. Comentario a la STS de 21 julio de 2016 [RJ 2016/3445]”, *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 103/2017 [BIB 2017\10831].

<sup>387</sup> COSTAS RODAL, L.: “Limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar y custodia compartida en la reciente jurisprudencia del TS”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 11/2016 [BIB 2016\85676].

<sup>388</sup> El art. 233-20 del CCCat, referido al caso en que los cónyuges sean titulares de más de una residencia, establece que en el caso en que las otras residencias sea idóneas para las necesidades del progenitor custodio y los hijos, el juez puede sustituir la atribución de la vivienda familiar por la de otra residencia más adecuada. En la misma línea, el art. 81.1 del CDFA.

siguiente: *“En relación al primero de los problemas que surgen en el presente caso, es decir, el relativo al hecho probado de que la vivienda cuyo uso ha sido atribuido a la hija y a la madre que ejerce la custodia, pertenece en propiedad a los padres del marido y al propio marido, debe aplicarse la doctrina formulada en las SSTS 859/2009, de 14 de enero de 2010 [RJ 2010/2323], 861/2009, de 18 de enero de 2010 [RJ 2010/1274] del pleno de esta Sala, y reiterada en las SSTS 178/2011, de 18 de marzo de 2011 [RJ 2011/935], así como las de 474/2009 de 30 de junio de 2009 [RJ 2009/4244], 653/2009 de 22 de octubre de 2009 [RJ 2009/5704], 443/2010 de 14 de julio de 2010 [RJ 2010/6041], 727/2010 de 11 de noviembre de 2010 [RJ 2010/8048] y 772/2010 de 22 de noviembre de 2011 [RJ 2011/936]. Tal como afirma la STS 178/2011 de 18 de marzo de 2011 [RJ 2011/935], en el caso de que no exista negocio jurídico alguno que justifique la ocupación, y frente a la posible reclamación de su propietario, no podrá oponerse la atribución del uso de la vivienda que haya sido establecido en el ámbito de un procedimiento de familia.*

Tal y como indica la sentencia del pleno de la Sala de 18 de enero de 2010 [RJ 2010/1274] la solución a estos conflictos debe ser dada desde el punto de vista del Derecho de propiedad y no desde los parámetros del Derecho de familia, porque las consecuencias del divorcio o la separación de los cónyuges, nada tienen que ver con los terceros propietarios. De acuerdo con esta reiterada doctrina, la atribución de la vivienda que vienen ocupando la hija del matrimonio y su madre que ostenta la guarda y custodia, corre el riesgo de resultar inútil, puesto que sus propietarios pueden recuperarla mediante el ejercicio de la acción de desahucio por precario, a la que están legitimados por la inexistencia de contrato con la ocupante de la misma. Ello perjudicaría a la menor, cuyo interés es el que debe presidir la atribución de la vivienda.

El segundo elemento que debe examinarse en este caso, es el relativo a si el interés del menor queda protegido con la atribución de una vivienda propiedad de sus padres en lugar de la vivienda, propiedad de sus abuelos y de su padre, en la que vive en la actualidad, al haberle sido atribuida en virtud del art. 96.1 del CC en la sentencia ahora recurrida.

La STS 191/2011 de 29 de marzo de 2011 [RJ 2011/3021] establece que la atribución del uso al menor y al progenitor se produce para salvaguardar los derechos de éste, pero no es una expropiación del propietario y decidir en el sentido propuesto por la recurrente sería tanto como consagrar un auténtico abuso del derecho, que no queda amparado ni en el art. 96, ni en el art. 7 CC. Esta doctrina debe aplicarse al presente caso y más cuando la vivienda que debe atribuirse a la menor pertenece a ambos progenitores. La solución propuesta requiere que la vivienda sea idónea para satisfacer el interés del menor y de acuerdo con lo que resulta probado en el procedimiento, este interés queda perfectamente salvaguardado. La solución no contradice las SSTS 451/2011 de 21 de junio de 2011 [RJ 2011/7325], 236/2011 de 14 de abril de 2011 [RJ 2011/3590] y 221/2011 de 1 de abril de 2011 [RJ 2011/3139], que declaran que debe atribuirse al menor el uso de la vivienda familiar, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 96 CC, porque su interés es el que debe ser protegido, puesto que en el presente caso, la posibilidad de que los propietarios recuperen la vivienda ejerciendo el desahucio por precario, implica que deba entenderse perjudicial para el propio menor la atribución del uso de una vivienda de la que podría ser desalojado<sup>389</sup>.

*La Sala pronuncia la siguiente doctrina jurisprudencial: el juez puede atribuir el uso de una vivienda que no sea la que se está ocupando en concepto de vivienda familiar cuando el inmueble que se está utilizando pertenezca a terceras personas en orden a proteger el interés de los menores y ello siempre que la residencia que se atribuya sea adecuada para satisfacer las necesidades de los hijos*<sup>390</sup>.

---

<sup>389</sup> AZAUSTRE GARRIDO, M. D.: “La salida de la vivienda familiar y sus consecuencias en el posterior proceso: análisis jurisprudencial”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 72/2016 [BIB 2016/4404].

<sup>390</sup> Una situación de precario se recoge en la STS de 15 de marzo de 2013 [RJ 2013/2174]: «Es cierto que durante el procedimiento los abuelos maternos les cedieron de forma totalmente gratuita y de favor el uso de una vivienda de su propiedad pero ello no indica sin más que pueda ponerse a su cargo una obligación continuada que corresponde a los progenitores y que estos pueden, además, hacerla efectiva puesto que el matrimonio dispone de una vivienda, propiedad del esposo, que constituyó el domicilio conyugal y que no abandonaron de forma voluntaria, y menos aún con vocación de permanencia, sino "habida cuenta las males relaciones entre los cónyuges que desembocarían posteriormente en procedimientos penales en alguno de los cuales se fija una orden de protección que incluye el alojamiento". En definitiva, mantener a los hijos en la vivienda de sus abuelos supone consagrar una situación de precario que les ha permitido convivir durante la tramitación del procedimiento, sin necesidad de formular solicitud alguna en trámite de medidas provisionales, basadas en criterios de oportunidad distintos de los que protege el art. 96 CC. La asignación del uso responde a la necesidad de garantizar una vivienda segura a los menores y esto no se produce desde el momento en que podrían ser desalojados en cualquier momento por la exclusiva voluntad del tercero propietario mediante el ejercicio de la acción de desahucio por precario, a la que está legitimado por la inexistencia de contrato con la ocupante. Ello perjudicaría a los menores, cuyo interés es el que debe presidir la atribución de la vivienda».



Partiendo de esta doctrina jurisprudencial, la STS de 28 de abril de 2016 [2016/2216], no impide que se estime la demanda de desahucio por precario interpuesta por la madre del esposo, en un supuesto en el que por convenio regulador se atribuye el uso de la vivienda a la esposa e hijo, siendo el marido copropietario por herencia del inmueble en un 16,66% en pleno dominio y un 8,33 de nuda propiedad.

A tenor de lo dispuesto en los arts. 394 y 398 del CC, el titular de dichas cuotas minoritarias en la copropiedad de una cosa no puede, por sí solo, darla válidamente en comodato o préstamo de uso a un tercero, evidente habrá de ser que el hecho de que el marido suscribiera el convenio regulador, aprobado por la sentencia declarativa de la disolución por divorcio del matrimonio, atribuyendo a la esposa el uso y disfrute de la vivienda por otorgarle la guarda y custodia del hijo entonces menor de edad, no pudo modificar la situación de precario precedente.

Concluye el TS en esta sentencia de 28 de abril de 2016, alegando que no cabe cuestionar la legitimación de la madre del esposo, que es la partícipe mayoritaria, para ejercitar la acción de desahucio por precario, porque todo comunero puede ejercitar las acciones que sean favorables a la comunidad. No consta que el copropietario que autorizó la atribución conferida en virtud de un título dominical haya sido oído ni tampoco el otro copropietario, constando únicamente la voluntad de la demandante. Pero es claro que el marido no tenía “*título dominical*” bastante para modificar la situación de precario, ya que la cesión del uso no fue consentida por el resto de copropietarios de la vivienda.

## **XI.- ABONO DE LOS GASTOS OCASIONADOS POR EL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR**

Teniendo en cuenta la importancia de estos gastos, es conveniente que, bien en las medidas provisionales o, en su caso, en la sentencia matrimonial, se regule su régimen y para ello, el cónyuge titular de la vivienda que no solicita su uso, debe solicitar este pronunciamiento en la demanda o en la contestación.

En este sentido, la STS 188/2011, de 28 de marzo de 2011 [2011/939] reitera la doctrina ya consagrada en la STS 991/2008, de 5 de noviembre de 2008 [RJ 2009/3] acerca de que: *“el pago de las cuotas correspondientes a la hipoteca contratada por ambos cónyuges para la adquisición de la propiedad del inmueble destinado a vivienda familiar constituye una deuda de la sociedad de gananciales y como tal, queda incluida en el art. 1362, 2º del CC y no constituye carga del matrimonio a los efectos de lo dispuesto en los arts. 90 y 91 del CC”*. La sentencia continúa diciendo que: *“el préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar; independientemente de quien sea atributivo del uso, no tiene el carácter de carga del matrimonio, por lo que no es posible atribuir una obligación de pago distinta de la establecida en el título constitutivo, de modo que la altere”*.

El TS afirma que se trata de una deuda de la sociedad de gananciales, incluida en el art. 1362.2 del CC y no una carga del matrimonio a los efectos de los arts. 90 y 91 del CC siendo: *“un problema de liquidación de la sociedad de gananciales, que debe resolverse entre los cónyuges en el momento de la disolución y consiguiente liquidación del régimen”*, y a continuación añade que *“en la sociedad de gananciales existe una deuda frente al acreedor hipotecario y eso debe resolverse con los criterios del régimen matrimonial correspondiente”*.

Si ambos cónyuges se obligaron solidariamente frente a la entidad de crédito, como así consta en la sentencia, el Banco puede requerir a cualquiera de ellos para que abone la totalidad de la deuda. Cuestión aparte es que debiendo sufragar el otro la mitad del préstamo hipotecario por ser ganancial, se soliciten los oportunos reintegros en la liquidación de gananciales a favor de quien contribuyó a la amortización del crédito hipotecario por encima de la paridad (art. 1398. 3 del CC).

El TS niega que los tribunales puedan acordar alteraciones de los términos convenidos con la entidad financiera pues, no cabe transformar en mancomunada simple la obligación que se constituyó como solidaria imponiendo, en sus relaciones con el tercero, el pago por mitad.

Entre los cónyuges, cada uno deberá amortizar la mitad de la deuda al ser ganancial y así parece confirmarlo el hecho de que el TS estime que: “*el pago de las cuotas hipotecarias afecta al aspecto patrimonial de las relaciones entre los cónyuges*”.

El banco mantiene su derecho de exigir la totalidad del préstamo hipotecario a cualquiera de ellos, en virtud del carácter solidario que reviste la obligación que ambos contrajeron, que se rigen por la contratación privada. Este compromiso contractual ha de permanecer inmune a las vicisitudes que atraviesen las relaciones entre los cónyuges, no debiendo repercutir la disgregación de la familia en el acatamiento del clausulado libremente aceptado por quienes ahora separan sus caminos<sup>391</sup>.

El pago del resto de gastos inherentes a la vivienda que no son la hipoteca, frente al criterio de algunas AP que optan por la asunción por mitad por ambos o por el pago a quien se atribuye el uso, el TS considera que las cuotas ordinarias de la comunidad de propietarios han de ser abonadas por el propietario o propietarios en proporción a su cuota (art. 9 de la LPH), considerando que no cabe la asimilación del usuario al usufructuario<sup>392</sup>.

Al cónyuge usuario le corresponde el pago de los gastos de conservación y mantenimiento de la vivienda común y las reparaciones ordinarias que necesita la

---

<sup>391</sup> CABEZUELO ARENAS, A. L.: “¿Son cargas matrimoniales los préstamos concertados durante el matrimonio para adquirir la vivienda? El problema de la alteración convencional o judicial de las cuotas concertadas con la entidad de crédito”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6/2011 [BIB 2011/1.356].

<sup>392</sup> En este sentido, la STS 372/2005, de 25 de mayo de 2005, establece que, según el art. 9.5 de la Ley de Propiedad Horizontal, la contribución al pago de los gastos generales constituye una obligación impuesta no a los usuarios de un inmueble, sino a sus propietarios, y, además, su cumplimiento incumbe a éstos no sólo por la utilización de sus servicios, sino también para la atención de su adecuado sostenimiento. Esta participación en tiempo y forma en los gastos comunes, así como el buen funcionamiento de los servicios generales, es una de las obligaciones del comunero, y los desembolsos derivados de la conservación de los bienes y servicios comunes no susceptibles de individualización repercuten a todos los condóminos, sin distinción entre los comunes por naturaleza y por destino, que sean necesarios para el adecuado sostenimiento del inmueble, de manera que la no utilización de un elemento común no exime del pago de los gastos generados en su mantenimiento, salvo acuerdo de la Junta, determinación en el Título constitutivo o en los propios Estatutos.

En un caso muy similar, la STS 646/2006, 20 de junio de 2006, trata el recurso de una sentencia, basada en infracción del art. 1362.2º del CC en relación con el apdo. 5º del art. 9 de la Ley de Propiedad Horizontal, en cuanto que excluía del pasivo de la sociedad en liquidación, el impuesto sobre bienes inmuebles (IBI) y los gastos de comunidad de la vivienda familiar ya que, al haber disfrutado y seguir en la vivienda la esposa, los gastos corren de su cuenta. El motivo alegado por la recurrente se estima en base a que el IBI es un impuesto municipal de carácter real, cuyo hecho imponible lo constituye la propiedad de los bienes inmuebles. Por lo tanto, el IBI sobre una vivienda ganancial, ha de ser soportado por la sociedad de gananciales hasta el momento de la extinción de dicha sociedad por la sentencia firme de separación o divorcio entre los cónyuges. A partir de ese momento y hasta la liquidación de la sociedad, por ésta como carga de los bienes que componen su activo. Lo mismo cabe decir de los gastos de la comunidad, ya que el art. 9.5º de la Ley de Propiedad Horizontal, de forma clara e inequívoca, impone al propietario el pago de dichos gastos.

vivienda, considerando por tales las que exijan los deterioros o desperfectos que procedan del uso natural de las cosas y sean indispensables para su conservación<sup>393</sup> (arts. 500 y 528 del CC); mientras que, las extraordinarias corresponderán al propietario, como las derramas o gastos de comunidad extraordinarios.

El Impuesto sobre Bienes Inmuebles (IBI) se regula en los arts. 60 a 77<sup>394</sup> del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales<sup>395</sup> (TRLRHL), y las tasas, entre

---

<sup>393</sup> Según indica la STS 188/2011, de 28 de marzo de 2011 [RJ 2011/939].

<sup>394</sup> El art. 61 del TRLRHL regula el hecho imponible del IBI, estableciendo, en sus apdos. 1 y 2 lo siguiente:

*“1. Constituye el hecho imponible del impuesto la titularidad de los siguientes derechos sobre los bienes rústicos y urbanos y sobre los inmuebles de características especiales:*

- a) De una concesión administrativa sobre los propios inmuebles o sobre los servicios públicos a que se hallen afectos.*
- b) De un derecho real de superficie.*
- c) De un derecho real de usufructo.*
- d) Del derecho de propiedad.*

*2. La realización del hecho imponible que corresponda de entre los definidos en el apartado anterior por el orden en él establecido determinará la no sujeción del inmueble a las restantes modalidades en el mismo previstas. En los inmuebles de características especiales se aplicará esta misma prelación, salvo cuando los derechos de concesión que puedan recaer sobre el inmueble no agoten su extensión superficial, supuesto en el que también se realizará el hecho imponible por el derecho de propiedad sobre la parte del inmueble no afectada por una concesión”.*

De acuerdo con lo anterior, el hecho imponible del IBI está constituido por la titularidad de determinados derechos sobre los bienes inmuebles. Estos derechos son cuatro: el derecho de concesión administrativa; el derecho de superficie; el derecho de usufructo; y el derecho de propiedad. La enumeración de derechos que establece el artículo 61.1 del TRLRHL es cerrada, por lo que no se produce el hecho imponible por la titularidad de otros derechos que puedan existir sobre un bien inmueble.

Respecto al sujeto pasivo del IBI, el art. 63 del TRLRHL establece:

*1. “Son sujetos pasivos, a título de contribuyentes, las personas naturales y jurídicas y las entidades a que se refiere el artículo 35.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, que ostenten la titularidad del derecho que, en cada caso, sea constitutivo del hecho imponible de este impuesto.*

*En el caso de bienes inmuebles de características especiales, cuando la condición de contribuyente recaiga en uno o varios concesionarios, cada uno de ellos lo será por su cuota, que se determinará en razón a la parte del valor catastral que corresponda a la superficie concedida y a la construcción directamente vinculada a cada concesión. Sin perjuicio del deber de los concesionarios de formalizar las declaraciones a que se refiere el artículo 76 de esta Ley, el ente u organismo público al que se halle afectado o adscrito el inmueble o aquel a cuyo cargo se encuentre su administración y gestión, estará obligado a suministrar anualmente al Ministerio de Economía y Hacienda la información relativa a dichas concesiones en los términos y demás condiciones que se determinen por orden.*

*Para esa misma clase de inmuebles cuando el propietario tenga la condición de contribuyente en razón de la superficie no afectada por las concesiones, actuará como sustituto del mismo el ente u organismo público al que se refiere el párrafo anterior, el cual no podrá repercutir en el contribuyente el importe de la deuda tributaria satisfecha.*

*2. Lo dispuesto en el apartado anterior será de aplicación sin perjuicio de la facultad del sujeto pasivo de repercutir la carga tributaria soportada conforme a las normas de derecho común.*

*Las Administraciones Públicas y los entes u organismos a que se refiere el apartado anterior repercutirán la parte de la cuota líquida del impuesto que corresponda en quienes, no reuniendo la condición de sujetos pasivos, hagan uso mediante contraprestación de sus bienes demaniales o patrimoniales, los cuales estarán obligados a soportar la repercusión. A tal efecto la cuota repercutible se determinará en razón a la parte del valor catastral que corresponda a la superficie utilizada y a la construcción directamente vinculada a cada arrendatario o cesionario del derecho de uso”.*

En caso de concurrencia del derecho real de usufructo y del derecho de propiedad sobre un mismo bien inmueble urbano o rústico, solo se realiza el hecho imponible del IBI por el derecho real de usufructo, no gravándose el derecho de propiedad, por lo que el sujeto pasivo será solo el usufructuario. En consecuencia, no estarán sujetos al impuesto los titulares del derecho de propiedad, cuando exista un derecho de usufructo, aunque recaiga solo sobre parte del inmueble objeto de gravamen y el propietario disponga de todos los derechos de dominio sobre la parte restante del bien inmueble.

<sup>395</sup> Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo de 2004, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (BOE de 9 de marzo de 2004, núm. 59).

ellas la de basuras, se regulan en el art. 20<sup>396</sup> del mismo cuerpo legal y su corresponde al titular de la vivienda como sujeto pasivo.

En último término, los suministros de la vivienda (luz, agua, gas, teléfono) deben ser abonados por la persona que ocupa la vivienda<sup>397</sup>.

## **XII.- EXTINCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR POR CONVIVENCIA MARITAL**

La STS 641/2018, de 20 de noviembre de 2018 [RJ 2018/5086] trata la desafectación por nuevo matrimonio o convivencia *more uxorio* de la progenitora que tiene la guarda y custodia de los hijos, citando una doctrina ya consolidada, recuerda que la atribución judicial al guardador no operaría en dos casos: *“hay dos factores que eliminan el rigor de la norma cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges: uno, el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida, entendiendo que una cosa es el uso que se hace de la misma vigente la relación matrimonial y otra distinta que ese uso permita calificarla de familiar si no sirve a los fines del matrimonio porque*

---

<sup>396</sup> Los apdos. 1 y 2 del art. 20 TRLRHL disponen que:

*“1. Las entidades locales, en los términos previstos en esta ley, podrán establecer tasas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local, así como por la prestación de servicios públicos o la realización de actividades administrativas de competencia local que se refieran, afecten o beneficien de modo particular a los sujetos pasivos.*

*En todo caso, tendrán la consideración de tasas las prestaciones patrimoniales que establezcan las entidades locales por:*

*A) La utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local.*

*B) La prestación de un servicio público o la realización de una actividad administrativa en régimen de derecho público de competencia local que se refiera, afecte o beneficie de modo particular al sujeto pasivo, cuando se produzca cualquiera de las circunstancias siguientes:*

*a) Que no sean de solicitud o recepción voluntaria para los administrados. A estos efectos no se considerará voluntaria la solicitud o la recepción por parte de los administrados:*

*Cuando venga impuesta por disposiciones legales o reglamentarias.*

*Cuando los bienes, servicios o actividades requeridos sean imprescindibles para la vida privada o social del solicitante.*

*b) Que no se presten o realicen por el sector privado, esté o no establecida su reserva a favor del sector público conforme a la normativa vigente.*

*2. Se entenderá que la actividad administrativa o servicio afecta o se refiere al sujeto pasivo cuando haya sido motivado directa o indirectamente por este en razón de que sus actuaciones u omisiones obliguen a las entidades locales a realizar de oficio actividades o a prestar servicios por razones de seguridad, salubridad, de abastecimiento de la población o de orden urbanístico, o cualesquiera otras”.*

Los apdos. 3 y 4 del art. 20 TRLRHL enumeran, a título enunciativo, distintos supuestos por los que las Entidades Locales pueden establecer tasas por la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local y por la prestación de servicios o realización de actividades administrativas de competencia local, respectivamente. Así, la letra s) del apdo. 4 TRLRHL señala: *“recogida de residuos sólidos urbanos, tratamiento y eliminación de estos, monda de pozos negros y limpieza en calles particulares”.*

<sup>397</sup> BERROCAL LANZAROT, A. I.: “Aspectos relevantes en torno a la vivienda familiar”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 762/2017, pág. 1.981.

*los cónyuges no cumplen con el derecho y deber propio de la relación. Otro, que el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios; solución que requiere que la vivienda alternativa sea idónea para satisfacer el interés prevalente del menor”* (STS 671/2012, de 5 de noviembre de 2012 [RJ 2012/10135]; STS 284/2016, de 3 de mayo de 2016 [RJ 2016/2215]; STS 646/2017, de 27 de noviembre de 2017 [RJ 2017/6187] y STS 181/2018 de 4 de abril de 2018 [RJ 2018/1185]).

Seguidamente, la STS 641/2018, de 20 de noviembre de 2018 [RJ 2018/5086] establece que: *“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 (STS 726/2013, de 19 de noviembre de 2013 [RJ 2013/7447]). En el presente caso, este carácter ha desaparecido, no porque la madre y los 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’, como dice la sentencia recurrida”*.

Al igual que establece el TS, de no optarse por la tesis de la desafectación, se entraría en un círculo vicioso pues, difícilmente, el guardador dejará la vivienda familiar que tiene atribuida y se trasladará con su nueva pareja a otro inmueble. La vivienda familiar perdería tal cualidad al haber dejado de ser la residencia habitual y le desposeería del derecho de uso.

En esta misma línea, la STS 641/2018, de 20 de noviembre de 2018 [RJ 2018/5086] mantiene la custodia a favor de la madre, ya que no hay fundamento para privar de la guarda, si bien decreta la desafectación de la vivienda, al haber razones para alterar el uso debido a que los menores han dejado de ser sus únicos beneficiarios, por

entrar en escena terceros ajenos a la relación familiar que dio lugar a establecer el uso de la vivienda familiar.

Por lo tanto, el ex cónyuge no tiene por qué sufragar las necesidades de la nueva pareja del guardador y de sus allegados, respecto a los que no tiene deber alimenticio alguno, por lo que se debe tener en cuenta sus intereses como propietario.

En el caso del guardador no se produce un enriquecimiento sin causa al permanecer en compañía de sus hijos en la vivienda familiar, ya que así lo ha establecido una resolución judicial. Pero no sucede lo mismo con su pareja, que se puede enriquecer injustamente a costa del ex cónyuge, pues no se justifica su ventaja patrimonial: mora gratis en el inmueble y se ahorra buscar una residencia para el, sus descendientes y demás personas con las que pueda convivir.

Afortunadamente, la interpretación que ha hecho el TS, ha rebajado el automatismo que caracterizó a la aplicación del art. 96.1 del CC en un principio, llegando, incluso, a admitir que no se reconozca el uso a favor del guardador cuando presente indicios de riqueza que lo hagan innecesario y también, se ha relativizado la exigencia de que la residencia del menor deba amoldarse a unos cánones.

En consecuencia, la vivienda familiar no se le adjudica a quien queda a cargo de los menores cuando tiene una economía lo suficientemente saneada como para procurar alojamiento en propiedad o en alquiler a sus hijos. Ni siquiera es necesario que los progenitores mantengan al menor en el mismo nivel que tenían antes de la ruptura (STS de 5 de noviembre de 2012 [RJ 2012/10135]).

En este sentido, la jurisprudencia ha relativizado la importancia de que el menor permanezca en el mismo lugar, si se le ofrece otra alternativa habitacional similar, incluso, se acepta que no conserven las mismas comodidades o confort que tenían sus progenitores antes de la separación o divorcio, cuando fuera una meta inalcanzable para éstos, si se le garantiza un techo digno donde residir.

Esta doctrina ya se aplicó en la STS de 5 de noviembre de 2012 [RJ 2012/10135], donde la madre y custodia adquirió un piso cuyas dimensiones no admitían comparación con el que tenía asignado en uso. Es significativo que el TS desestima el recurso entendiendo que el “*favor filii*” quedaba plenamente salvaguardado trasladándose a un alojamiento que, aunque más reducido, era perfectamente digno: “*ocurre así en el caso presente en que la madre ha adquirido una nueva vivienda en la que puede habitar la hija menor, sin que esta quede desprotegida de sus derechos pues, de acuerdo con lo que resulta probado en el procedimiento, ‘cubre sus necesidades de alojamiento en condiciones de dignidad y decoro en el inmueble de la madre’, y no solo cubre estas necesidades sino que como consecuencia del cambio, además de que el padre recupera la vivienda y le permite disfrutar de un status similar al de su hija y su ex esposa, mejora con ello su situación económica permitiéndole hacer frente a una superior prestación alimenticia a favor de su hija al desaparecer la carga que representaba el pago de la renta de alquiler*”.

En un sentido similar, la STS 641/2018, de 20 de noviembre de 2018 [RJ 2018/5086] se posiciona en el entendimiento de que sólo reorganizando una economía debilitada en las clases medias, sería posible que el matrimonio se remontase tras la ruptura y dispensara a los menores las atenciones de rigor. Por lo tanto, las necesidades de alojamiento no tienen que cumplirse necesariamente a través del inmueble que constituía la vivienda familiar, y pueden ser solventadas en otro si reuniera unos ciertos requisitos.

Por su parte, la STS de 29 de mayo de 2014 [RJ 2014/3889] acota temporalmente el uso habiendo menores: “*el reparto del valor del bien inmueble común y los ingresos mensuales de cada progenitor permiten seguir facilitando a los hijos un nivel de atención en el alojamiento correspondiente al rango económico familiar, por lo que uno solo de los cónyuges no tiene que soportar, en exclusiva, las consecuencias de la crisis matrimonial cuando el patrimonio de la familia permite cubrir los intereses de ambos así como los de los hijos comunes, debiendo acomodarse los derechos alimenticios de los hijos a la nueva*



*situación económica familiar quizá menos holgada, al no acumularse los ingresos de ambos progenitores, pero sí suficiente y adaptada a la nueva situación*<sup>398</sup>.

Esta medida no priva a los menores de su derecho a una vivienda, ni cambia la custodia, que se mantiene en favor de la madre, pero no es posible mantenerlos en el uso de un inmueble que no tiene el carácter de domicilio familiar, puesto que dejó de servir a los fines que determinaron la atribución del uso en el momento de la ruptura matrimonial. Tal atribución no puede extenderse más allá del tiempo necesario para liquidar la sociedad legal de gananciales existente entre ambos progenitores.

Concluye esta sentencia alegando que, la misma decisión adoptada en su día por los progenitores para poner fin al matrimonio, deben tenerla ahora para actuar en beneficio e interés de sus hijos respecto de la vivienda, una vez que se ha extinguido la medida inicial de uso, y que se ve favorecida por el carácter ganancial del inmueble y por la posibilidad real de poder seguir ocupándolo si la madre adquiere la mitad indivisa. En caso de que se produzca su venta, podrá adquirir o arrendar otra y ello se tendrá en cuenta para la fijación de los alimentos que el progenitor no guardador ha de satisfacer a los hijos<sup>399</sup>.

Como puede observarse, en algunas de las sentencias citadas, y en algunas otras que se mencionarán a continuación, se reconoce que el carácter familiar de la vivienda puede desaparecer.

---

<sup>398</sup> CABEZUELO ARENAS, A. L.: “Desafectación del inmueble y extinción del uso por convivencia de la madre guardadora con su nueva pareja. Creación de una familia distinta a la que justificó el reconocimiento del uso. Compaginación del interés del menor con el de sus progenitores. Comentario a la STS de 20 de noviembre de 2018 [RJ 2018/5086]”, *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 109/2019 [BIB 2019\1389].

<sup>399</sup> SALAS CARCELLER, A.: “La introducción de otra persona en el domicilio familiar y sus consecuencias respecto del derecho de uso atribuido en juicio de divorcio Comentario a la sentencia de la Sala Primera del TS núm. 641/2018, de 20 de noviembre”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1/2019 [BIB 2018\14698].

En primer lugar, pueden identificarse un grupo de resoluciones que vincula la pérdida del carácter familiar con la ruptura de la pareja<sup>400</sup>.

Por otro lado, existen otras sentencias más recientes que las anteriores, que reconocen a los miembros de la pareja la facultad de desafectar la vivienda del uso familiar<sup>401</sup>.

En esta última tendencia, se encuentra la STS 524/2017, de 27 de septiembre de 2017 [RJ 2017/5912] considera que, en este supuesto, en el que se ha perdido el carácter familiar de la vivienda, cuyo uso se atribuyó al progenitor por el convenio aprobado en la sentencia de divorcio, y en la que dejaron de vivir la madre y el hijo común de acuerdo

---

<sup>400</sup> Es el caso de la ya aludida STS de 5 noviembre de 2012 [RJ 2012/10135], cuando afirma que: *“el interés sin duda prevalente de la menor demanda una vivienda adecuada a sus necesidades y que, conforme a la regla dispuesta en el art. 96 del CC, se identifica con la que fue vivienda familiar hasta la ruptura del matrimonio. Ocurre que, en principio, la situación del grupo familiar no es la misma antes que después de la separación o divorcio de los progenitores, especialmente para las economías más débiles que se dividen y, particularmente, cuando uno de ellos debe abandonar el domicilio”*.

En la misma línea, está la STS 1025/2008, de 29 octubre de 2008 [RJ 2008/6923], al declarar que: *“si bien es posible reconocer en las circunstancias en que se produjo la cesión los elementos característicos de un préstamo de uso, delimitado precisamente por la asignación del destino de servir de morada familiar y de subvenir de ese modo las necesidades de la familia, se ha de convenir, empero, en línea con el criterio jurisprudencial expuesto, que este elemento caracterizador ha desaparecido al romperse la convivencia conyugal, encontrándose quien posee el inmueble desde entonces en la situación de precarista, que es la que, en cualquier caso, se da cuando, por cesar la convivencia conyugal, desaparece el uso concreto y determinado al que eventualmente pudiera considerarse que fue destinada la vivienda cedida. Y esta situación no se ve afectada por la atribución judicial a la esposa demandada del derecho de uso y disfrute de la vivienda en su condición de vivienda familiar, pues, tal y como se ha indicado, semejante declaración jurisdiccional no conforma un derecho nuevo”*.

En un sentido parecido a las sentencias anteriores, se encuentra la STS 1077/2008, de 13 de noviembre de 2008 [RJ 2009/5].

<sup>401</sup> Es el caso de la STS 284/2016, de 3 de mayo de 2016 [RJ 2016/2215] y la STS 524/2017, de 27 de septiembre de 2017 [RJ 2017/5912], en las que se manifiesta que la vivienda que fue familiar puede dejar de serlo *“por acuerdo entre los esposos y porque como consecuencia de la atribución al esposo del domicilio conyugal y la compra de otra por la esposa, a la que se trasladó a vivir con la hija, quedaron satisfechas las necesidades de habitación”*, carácter que también se pierde cuando dejan de ocuparla (de forma habitual, precisa el Auto TS de 29 de noviembre de 2017 [RJ 2017/5304]) la progenitora custodia y sus hijos (STS 646/2017, de 27 de noviembre de 2017 [RJ 2017/6187]).

La STS 641/2018, de 20 de noviembre de 2018 [RJ 2018/5086], admite una nueva causa de extinción del carácter familiar de la vivienda, al afirmar que: *“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 (STS 726/2013, de 19 de noviembre de 2013 [RJ 2013/7447]). 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’, como dice la sentencia recurrida”*.

En este conjunto también se encuentra la STS 168/2017, de 8 de marzo de 2017 [RJ 2017/696]: en el supuesto litigioso quedó acreditado que por convenio regulador se había acordado atribuir el uso de la vivienda familiar con carácter provisional a la progenitora custodia y al hijo menor, hasta que se le adjudicara a aquella una vivienda de protección oficial y, en cualquier caso, que la progenitora abandonaría la vivienda que había sido familiar una vez transcurridos tres años desde la firma del convenio, con independencia de que se le hubiera entregado o no la vivienda. El TS considera que, a pesar de que no se adjudica ninguna vivienda a la madre, hubo acuerdo de las partes sobre la limitación temporal en el uso de la vivienda (como pone de manifiesto la firma del convenio regulador), que además fue aprobado judicialmente, lo que denota que el interés del menor se consideró suficientemente protegido, y por lo tanto, considera que es de aplicación la estipulación contenida en el convenio.

con lo pactado, no cabe deducir “*que los progenitores, en este caso el padre, pueda desentenderse de las necesidades de habitación del hijo menor, pero ello habrá de ser planteado en el ámbito del derecho a alimentos (arts. 142 y ss. del CC) y no como atribución posterior del uso de una vivienda que, habiendo sido familiar, perdió tal condición*”.

En definitiva, el TS ha reconocido, en los últimos años a través de sus sentencias, la existencia de un concepto dinámico, que admite que, lo que en su momento fue vivienda de la familia pueda dejar de serlo en algunos casos, incluso, cuando sigan habitando en ella el progenitor custodio y los hijos menores de edad. Las posibilidades que se han ido admitiendo progresivamente por nuestros tribunales son múltiples: a partir de la ruptura; cuando los cónyuges se ponen de acuerdo para que el custodio abandone el inmueble, por lo general, porque adquiere una nueva vivienda o tiene otra vivienda a su disposición; porque el progenitor custodio y el hijo menor dejan de ocupar el inmueble con carácter habitual; y cuando el titular del uso convive de forma estable con un tercero en la que fuera vivienda familiar<sup>402</sup>.

En este sentido, cabe aludir a la STS 641/2018, de 20 de noviembre de 2018 [RJ 2018/5086], que es una sentencia de Pleno, que se convierte en jurisprudencia a los efectos del art. 1.6 del CC, sin que sea necesario que el TS vuelva a pronunciarse sobre esta cuestión. En base a esta doctrina, la convivencia de un tercero en la vivienda familiar “*en manifiesta relación estable de pareja*” hace que el inmueble pierda el carácter de domicilio familiar. Esta convivencia supone un cambio sustancial de circunstancias que motiva la extinción del derecho de uso de la vivienda familiar que se concedió al progenitor custodio y a los hijos.

Sin embargo, la cuestión puede resultar complicada, ya que la petición de extinción del uso de la vivienda familiar por convivencia de la nueva pareja del progenitor custodio en el domicilio familiar pasa por acreditar, precisamente, esa convivencia, y

---

<sup>402</sup> SÁNCHEZ JORDÁN, M. E.: “Consecuencias de la convivencia de un tercero con el cónyuge custodio (y con los hijos menores del matrimonio) en la casa ganancial: la «desfamiliarización» de la vivienda”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 48/2019 [BIB 2019\1093].

además con las características que menciona la sentencia del TS, esto es, “*manifiesta relación estable de pareja*”<sup>403</sup>. Obviamente no sirven los parámetros que se utilizan para extinguir la pensión compensatoria por convivencia de la beneficiaria con otra persona, dado que si el progenitor custodio tiene una nueva pareja pero no conviven juntos en la vivienda familiar no se darán los requisitos para aplicar la nueva jurisprudencia del TS. Por tanto, el primer requisito del procedimiento de modificación de medidas será acreditar que, efectivamente, en el domicilio familiar reside, de forma permanente, el nuevo cónyuge o pareja del progenitor que tiene atribuido el uso<sup>404</sup>.

Por último hay que hacer mención a que la convivencia *more uxorio* con un tercero en el domicilio familiar ha recibido respuesta por parte de la normativa civil autonómica.

El CC Catalán dispone en su art. 233-24.2b) que si el derecho de uso se atribuyó con carácter temporal por razón de la necesidad del cónyuge, se extingue por matrimonio o por convivencia marital del cónyuge beneficiario del uso con otra persona.

En una línea semejante, el art. 12.11.d) de la Ley 7/2015, de 30 de junio, de *relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores del País Vasco*, prevé que el nuevo matrimonio o la convivencia marital con un tercero del beneficiario del derecho de uso pueda dar lugar a su extinción.

---

<sup>403</sup> En el caso analizado por la SAP Barcelona, Sección 12ª, 591/2018, de 28 de mayo de 2018 [JUR 2018/166158] no se consideró que existiese realmente una convivencia permanente del tercero en el domicilio familiar: “*no podrá prosperar el recurso de apelación cuando pretende que se declare extinguido el uso de la que fue vivienda familiar por la Sra. Elisenda ya que para ello sería preciso que el demandante hubiese probado el cumplimiento de la condición impuesta, a saber, la convivencia de la misma con una tercera persona en dicho domicilio; y desde luego no la ha probado ya que la demandada ha negado categóricamente tal convivencia y ha presentado el contrato de arrendamiento de la tercera persona en cuestión respecto de otra vivienda en la misma localidad; se trata de un contrato de 11 de marzo de 2014 prorrogable por un mínimo de tres años (recordemos que la demanda se interpuso el 15 de octubre de 2015) y por una renta de 750 euros al mes; y también presenta su empadronamiento en la misma junto con su hijo a fecha 3 de diciembre de 2015; la demandada afirma que se trata solo de una amistad pero, aunque fuera una relación sentimental, salir juntos o estar juntos de vez en cuando en la referida vivienda no es lo mismo que “convivir” en ella, ya que la convivencia implica vivir juntos compartiendo el día a día en el mismo inmueble, lo que no se ha probado y la documental aportada lo contradice; alegó el apelante que en el juzgado no se admitió la testifical del presunto conviviente y solicitó la práctica de la misma en segunda instancia, que tampoco le fue admitida, no interponiendo recurso de reposición al respecto; en cualquier caso, con toda seguridad esta persona hubiese negado también la convivencia y las pruebas que hubiesen podido servir al efecto (otros testigos, detectives privados, etc.) no se han realizado por el actor, al que correspondía la carga de la prueba”.*

Tampoco se consideró que existiese una convivencia permanente en el domicilio familiar en el caso resuelto por la SAP de Guipúzcoa, Sección 3ª, 108/2017, de 31 de mayo de 2017 [JUR 2017/199677].

<sup>404</sup> PÉREZ MARTÍN, A. J.: “Luces y sombras tras la STS de 20 de noviembre de 2018 que extingue el uso de la vivienda por convivencia del progenitor custodio con un tercero”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 82/2019 [BIB 2019\645].

Por lo que se refiere al CDF de Aragón, aunque su art. 81 no regula expresamente el supuesto de convivencia marital con una nueva pareja en el domicilio familiar y su relación con el derecho de uso, tampoco impone la atribución automática del uso al progenitor custodio, dando preponderancia al “*mejor interés para las relaciones familiares*”, al tiempo que, en su núm. 3, establece la obligatoria limitación temporal del derecho de uso de la vivienda

### **XIII.- LAS DISTINTAS RESPUESTAS A LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA EN EL DERECHO CIVIL PROPIO DE LAS CCAA**

#### **XIII.1.- La Ley 25/2010, de 29 de junio, que aprueba el Libro II del CC de Cataluña, relativo a la persona y a la familia<sup>405</sup>**

El CC Catalán regula todo lo relativo a la atribución de la vivienda familiar y los problemas que plantea en la separación y el divorcio dedicándole una sección (la 4ª), concretamente en los arts. 233-20 a 233-26, los cuales disponen lo siguiente:

El art. 233-20 del CCCat regula la atribución o distribución del uso de la vivienda familiar en la separación y el divorcio:

1. *“Los cónyuges pueden acordar la atribución del uso de la vivienda familiar con su ajuar a uno de ellos, a fin de satisfacer, en la parte que proceda, los alimentos de los hijos comunes que convivan con el beneficiario del uso o la prestación compensatoria de este. También pueden acordar la distribución del uso de la vivienda por periodos determinados.*
2. *Si no existe acuerdo o si este no es aprobado, la autoridad judicial debe atribuir el uso de la vivienda familiar, preferentemente, al progenitor a quien corresponda la guarda de los hijos comunes mientras dure esta.*
3. *No obstante lo establecido por el apartado 2, la autoridad judicial debe atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge más necesitado en los siguientes casos:*
  - a) *Si la guarda de los hijos queda compartida o distribuida entre los progenitores.*
  - b) *Si los cónyuges no tienen hijos o estos son mayores de edad.*
  - c) *Si pese a corresponderle el uso de la vivienda por razón de la guarda de los hijos es previsible que la necesidad del cónyuge se prolongue después de alcanzar los hijos la mayoría de edad.*
4. *Excepcionalmente, aunque existan hijos menores, la autoridad judicial puede atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge que no tiene su guarda si es el más*

---

<sup>405</sup> La Ley 25/2010, de 29 de junio, que aprueba el Libro II del CC de Cataluña, relativo a la persona y a la familia (BOE de 21 de agosto de 2010, núm. 203).

*necesitado y el cónyuge a quien corresponde la guarda tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos.*

*5. La atribución del uso de la vivienda a uno de los cónyuges, en los casos de los apartados 3 y 4, debe hacerse con carácter temporal y es susceptible de prórroga, también temporal, si se mantienen las circunstancias que la motivaron. La prórroga debe solicitarse, como máximo, seis meses antes del vencimiento del plazo fijado y debe tramitarse por el procedimiento establecido para la modificación de medidas definitivas.*

*6. La autoridad judicial puede sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por la de otras residencias si son idóneas para satisfacer la necesidad de vivienda del cónyuge y los hijos.*

*7. La atribución del uso de la vivienda, si esta pertenece en todo o en parte al cónyuge que no es beneficiario, debe ponderarse como contribución en especie para la fijación de los alimentos de los hijos y de la prestación compensatoria que eventualmente devengue el otro cónyuge”.*

Por su parte, el art. 233-21 del CCCat trata de la exclusión y de los límites de la atribución del uso de la vivienda:

*1. “La autoridad judicial, a instancia de uno de los cónyuges, puede excluir la atribución del uso de la vivienda familiar en cualquiera de los siguientes casos:*

*a) Si el cónyuge que sería beneficiario del uso por razón de la guarda de los hijos tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos.*

*b) Si el cónyuge que debería ceder el uso puede asumir y garantizar suficientemente el pago de las pensiones de alimentos de los hijos y, si procede, de la prestación compensatoria del otro cónyuge en una cuantía que cubra suficientemente las necesidades de vivienda de estos.*

*2. Si los cónyuges poseen la vivienda en virtud de un título diferente al de propiedad, los efectos de la atribución judicial de su uso quedan limitados por lo dispuesto por el título, de acuerdo con la ley. Si los cónyuges detentan la vivienda familiar por tolerancia de un tercero, los efectos de la atribución judicial de su uso acaban cuando este reclama su restitución. Para este caso, de acuerdo con lo establecido por el artículo 233-7.2, la sentencia puede ordenar la adecuación de las pertinentes prestaciones alimentarias o compensatorias.*

*3. En previsión de ruptura matrimonial, puede pactarse sobre la atribución o distribución del uso de la vivienda y sobre las modalidades de este uso. No son eficaces los pactos que perjudiquen el interés de los hijos, ni tampoco, si no se han incorporado a un convenio regulador, los que comprometan las posibilidades de atender a las necesidades básicas del cónyuge beneficiario del uso”.*

El art. 233-22 del CCCat regula la publicidad del derecho de uso de la vivienda:

*“El derecho de uso de la vivienda familiar atribuido al cónyuge se puede inscribir o, si se ha atribuido como medida provisional, anotar preventivamente en el Registro de la Propiedad”.*

El art. 233-23 del CCCat establece las obligaciones por razón de la vivienda familiar:

*1. “En caso de atribución o distribución del uso de la vivienda, las obligaciones contraídas por razón de su adquisición o mejora, incluidos los seguros vinculados a*

*esta finalidad, deben satisfacerse de acuerdo con lo dispuesto por el título de constitución.*

*2. Los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación de la vivienda, incluidos los de comunidad y suministros, y los tributos y las tasas de devengo anual corren a cargo del cónyuge beneficiario del derecho de uso”.*

El art. 233-24 del CCCat estipula cuales son las causas de la extinción del derecho de uso:

*1. “El derecho de uso se extingue por las causas pactadas entre los cónyuges y, si se atribuyó por razón de la guarda de los hijos, por la finalización de la guarda.*

*2. El derecho de uso, si se atribuyó con carácter temporal por razón de la necesidad del cónyuge, se extingue por las siguientes causas:*

*a) Por mejora de la situación económica del cónyuge beneficiario del uso o por empeoramiento de la situación económica del otro cónyuge, si eso lo justifica.*

*b) Por matrimonio o por convivencia marital del cónyuge beneficiario del uso con otra persona.*

*c) Por el fallecimiento del cónyuge beneficiario del uso.*

*d) Por el vencimiento del plazo por el que se estableció o, en su caso, de su prórroga.*

*e) De común acuerdo entre los cónyuges o por renuncia del cónyuge beneficiario.*

*3. Una vez extinguido el derecho de uso, el cónyuge que es titular de la vivienda puede recuperar su posesión en ejecución de la sentencia que haya acordado el derecho de uso o de la resolución firme sobre la duración o extinción de este derecho, y puede solicitar, si procede, la cancelación registral del derecho de uso”.*

El art. 233-25 del CCCat regula los actos dispositivos sobre la vivienda sujeta a derecho de uso:

*“El propietario o titular de derechos reales sobre la vivienda familiar puede disponer de ella sin el consentimiento del cónyuge que tenga su uso y sin autorización judicial, sin perjuicio del derecho de uso”.*

El CCCat establece, en su art. 231-3.1, que: *“los cónyuges determinan de común acuerdo el domicilio familiar. Ante terceras personas, se presume que el domicilio familiar es aquel donde los cónyuges o bien uno de ellos y la mayor parte de la familia conviven habitualmente”.*

En base a este articulado, cuando no exista acuerdo entre los cónyuges o no sea aprobado por el juez, éste atribuirá el uso temporal de la vivienda familiar, por regla general, al progenitor a quien corresponda la guarda de los hijos (art. 233-20.2 del CCCat); sin perjuicio de que, en ciertos casos, se atribuya temporalmente el uso de la vivienda familiar al cónyuge más necesitado (art. 233-20.3 del CCCat).

El CCCat distingue entre la “*atribución*” y la “*distribución*”, cuando los cónyuges hacen un “*uso alternativo del domicilio familiar*”, manteniendo así ambas posibilidades<sup>406</sup>.

Por su parte, el art. 233-20.6 del CCCat admite que el uso de la vivienda familiar pueda ser sustituido por el uso de otras residencias, si son idóneas para satisfacer las necesidades del cónyuge y de sus hijos, poniendo la protección en satisfacer la necesidad básica de contar una vivienda, más que en proteger la vivienda familiar en sí. De este modo, uno de los cónyuges puede solicitar permanecer en la vivienda familiar, asegurando suficientemente las pensiones de alimentos de los hijos y de ser el caso, la prestación compensatoria del otro cónyuge, siempre y cuando, cubra las necesidades de la vivienda de todos ellos. Asimismo, los cónyuges pueden pactar el uso de otras viviendas distintas a la que ha constituido el domicilio familiar, si bien esta posibilidad es más limitada cuando sea el juez quien tiene que establecerla.

Por otra parte, el art. 233-21.2 del CCCat, estipula que los efectos de la atribución judicial del uso se limitan al título y, en el caso del precario, se especifica que la atribución judicial del uso no debe alterar la naturaleza de la detentación. Por lo tanto, los terceros que ostentan derechos sobre un determinado inmueble los podrán reclamar judicialmente frente al cónyuge al que se le ha atribuido el uso.

Respecto a la repercusión económica que tiene la atribución del uso de la vivienda familiar en las pensiones, este valor debe ser ponderado como contribución en especie. Pues, si uno de los cónyuges es privado en todo o en parte del uso de la vivienda familiar de la que es titular, porque al otro cónyuge se le atribuye el uso al ostentar la custodia de los hijos o porque se encuentre más necesitado, esta repercusión económica ha de tenerse en cuenta para la fijación de los alimentos de los hijos y en su caso, para la prestación compensatoria (arts. 233-20.1 y 233-20.7 del CCCat). También cabe la posibilidad de

---

<sup>406</sup> TENA PIAZUELO, I.: “Atribución del uso de domicilio, tras la ruptura de la convivencia, que no tiene actualmente la condición de vivienda familiar. Comentario a la Sentencia de 16 de enero de 2015 [RJ 2015/355]”, *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 101/2016 [BIB 2016/4027].



establecer una cuantía en concepto de alimentos de los hijos y fijar una cantidad para el alquiler de la vivienda.

Por lo que se refiere al derecho de disposición, el CCCat permite disponer de la vivienda familiar sin contar con el consentimiento del usuario, si bien deja a salvo el derecho de uso (art. 233-25 y 233-22 del CCCat). Esta posibilidad se puede dar cuando la vivienda familiar es de titularidad única del cónyuge al que se le ha atribuido el uso, puede disponer de la misma sin perjuicio del derecho de uso. Lo mismo sucede si la vivienda familiar es de titularidad compartida con el cónyuge que tiene atribuido el uso, consistiendo en un proindiviso ordinario, también habrá que tener en cuenta los derechos de adquisición preferente en caso de comunidad romana.

Pero, cuando la vivienda familiar se encuentra en régimen de gananciales y no ha sido objeto de liquidación en un convenio regulador, habrá que seguir las normas de la liquidación de gananciales.

Respecto a la atribución del uso de la vivienda familiar, se realiza teniendo en cuenta tres parámetros, así como la posición económica de ambos cónyuges:

En primer término, por convenio entre los cónyuges (art. 233-20.1 del CCCat), ya que el uso de la vivienda se puede atribuir a uno de los cónyuges, o bien a ambos de forma discontinua. Sin embargo, el pacto entre los cónyuges respecto a la atribución del uso del domicilio familiar, puede no ser aprobado judicialmente, los motivos suelen ser porque resulten perjudiciales para el interés de los hijos, si se imponen obligaciones a terceros que no sean parte en el procedimiento y si vulneran derechos fundamentales de las partes o una especial protección reconocida en una resolución judicial.

En segundo lugar, la atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge guardador, se trate o no del más necesitado, ya que el CCCat considera que se trata de un criterio supletorio y preferente, pero no excluyente (art. 233-21.1.a)).

En último término, la atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge más necesitado, con independencia de que sea a quien se le ha concedido la guarda y custodia de los hijos que, al igual que en el supuesto anterior, se trata de un criterio supletorio y subsidiario del criterio de guarda, en el que hay que tener en cuenta los supuestos siguientes:

- En el caso de que los cónyuges carezcan de hijos o bien, los hay mayores de edad, el criterio prevalente es el del cónyuge más necesitado.

- En el caso de que el cónyuge más necesitado sea también el guardador, prevalecerá el criterio de la necesidad. Si se tiene en cuenta la atribución de la guarda, la atribución del uso sería hasta la mayoría de edad (art. 233-20.2 del CCCat); pero si prevalece la necesidad del cónyuge, la atribución del uso puede prolongarse después de alcanzada la mayoría de edad por los hijos (art. 233-20.3,c) del CCCat).

- En el caso de que el cónyuge más necesitado no sea a quien se le ha otorgado la guarda de los hijos menores, sólo se permite la atribución de uso al primero cuando quien se queda a cargo de los hijos, tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de sus hijos (art. 233-20-4 del CCCat).

Por lo que se refiere a la duración del derecho de uso, los cónyuges pueden pactar libremente la duración del uso, que puede ser por tiempo determinado o vitalicio, hasta que se produzca una determinada condición o hasta que llegue un término cierto o incierto; también se puede atribuir el uso en función de la guarda y custodia y por tanto, mientras dure ésta.

Un caso particular, se plantea cuando la atribución del uso se hace en base al cónyuge más necesitado, que tiene carácter temporal mientras se mantengan las circunstancias que la van a motivar. Este plazo puede ser prorrogado, si bien se exige, expresamente, que la prórroga se solicite antes de los seis meses a que finalice el término previsto y se ha de tramitar por el procedimiento establecido para la modificación de las

medidas definitivas (art. 233-5.5 del CCCat), aunque nada impide que se vuelva a solicitar otra prórroga, no se establece esta opción en la norma.

Asimismo, el CCCat admite establecer un término para la extinción del derecho de uso, como puede ser hasta la venta de determinados bienes.

Por lo que se refiere a los gastos de la vivienda familiar, establece el art. 233-23.2 del CCCat, que son a cargo del cónyuge que ostenta el uso aquellos gastos que son de conservación, mantenimiento y reparación de la vivienda, teniendo en cuenta que tendrán esta consideración los gastos de comunidad, suministros, los tributos y las tasas de vencimiento periódico. Por su parte, corresponde al propietario de la vivienda, el pago de las obligaciones contraídas que tengan su causa en la adquisición o mejora (art. 233-23.1 del CCCat).

Por último, el art. 233-24 del CCCat regula la extinción del derecho de uso, que se producirá cuando así lo hayan acordado los cónyuges, o bien, fundamentalmente, en dos supuestos:

En primer lugar, cuando se ha atribuido el uso la vivienda familiar por razón de la custodia de los hijos (art. 233-20.2 del CCCat), en cuyo caso, al finalizar la custodia se pone fin también al uso. El ordenamiento catalán no permite que, una vez extinguido el uso por este motivo, se plantee una modificación de medidas, solicitando de nuevo el uso en base al criterio de la necesidad.

En segundo y último término, cuando se ha atribuido el uso de la vivienda familiar por razón de la necesidad de uno de los cónyuges con carácter temporal (art. 233-20.3 del CCCat) el derecho de uso se extingue cuando desaparece esa necesidad porque mejora su situación económica. También puede extinguirse si varía el desequilibrio económico entre ambos cónyuges que se ha tenido en cuenta para establecer el uso; y asimismo, puede

extinguirse el uso si ya no hay necesidad, motivado por el matrimonio o la convivencia estable con otra persona del cónyuge al que se le ha adjudicado el uso<sup>407</sup>.

**XIII.2.- El Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el Título del “Código del Derecho Foral de Aragón”, el *Texto refundido de las Leyes Civiles Aragonesas*<sup>408</sup>**

El art. 81 del CDFA recoge un criterio de atribución automática del uso de la vivienda familiar a los menores y al progenitor custodio en los casos de guarda y custodia exclusiva, siendo escasas las resoluciones judiciales que atribuyen el uso al progenitor no custodio en función del criterio del mejor interés para las relaciones familiares.

Este Código realiza importantes menciones a la atribución del uso de la vivienda. Así, el art. 77 del CDFA, se refiere al “*pacto de relaciones familiares*”, que “*deberá concretar, como mínimo, los acuerdos sobre los siguientes extremos relacionados con la vida familiar: c) El destino de la vivienda y el ajuar familiar*”.

El CDFA concede prioridad a los acuerdos de los progenitores en coherencia con el principio de libertad de pacto, así ambos pueden llegar a un consenso sobre el uso de la vivienda familiar, pacto que si es aprobado por el juez, por no ser contrario a las normas o no resultar perjudicial al interés de los hijos, deberá respetarse (art. 77.5 del CDFA).

Por la contra, si los progenitores no llegan a un acuerdo, el juez decidirá sobre el uso de la vivienda familiar conforme a lo dispuesto en el art. 81 del CDFA, dicho precepto contiene tres normas diferentes y que consisten en las siguientes

---

<sup>407</sup> GARRIDO MELERO, M.: *Derecho de Familia (Un análisis del Código Civil Catalán y su correlación con el Código Civil español)*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, págs. 489 a 502.

<sup>408</sup> El Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el Título del “Código del Derecho Foral de Aragón”, el *Texto refundido de las Leyes Civiles Aragonesas* (BA de 29 de marzo de 2011, núm. 67).

- En primer término, fija los criterios de atribución del uso de la vivienda familiar (apdos. 1 a 3).

- En segundo lugar, articula un sistema judicial de venta de la misma (apdo. 4).

- Y, por último, regula el destino del ajuar familiar (apdo. 5).

Por lo tanto, la atribución del uso de la vivienda familiar se vincula a la existencia de hijos a cargo, por lo que se trata de otra manifestación del principio del superior interés del menor, en un planteamiento que coincide con la jurisprudencia del TS relativa al art. 96.3 del CC. Este principio del interés superior del menor es un principio general, con carácter de orden público, que debe guiar la adopción de cualquier medida en una situación de ruptura de la convivencia de los progenitores (art.76.2 del CDFa).

En el Derecho aragonés la atribución del uso de la vivienda familiar viene condicionada por el concreto régimen de guarda y custodia que se adopte respecto a los hijos a cargo, esto es, los criterios de atribución son diferentes según se opte por la custodia compartida o individual.

Así, en la custodia compartida (opción prioritaria del legislador aragonés), el criterio preferente de atribución del uso de la vivienda familiar es el de mayor dificultad de uno de los progenitores para acceder a una vivienda (art. 81.1 del CDFa). Según precisa el mismo art. 81.1 del CDFa, esta mayor dificultad debe obedecer a razones objetivas, y no meramente personales, siendo, a tal efecto, determinante la desigual situación económica de los progenitores o el hecho de que uno de los progenitores carezca de vivienda mientras que el otro sea titular de una segunda residencia.

Si no se puede aplicar este criterio, el juez podrá decidir el destino de la vivienda, en función del criterio del mejor interés para las relaciones familiares. En la práctica, se trata de un criterio genérico de atribución subsidiaria, que confiere al juez amplias

facultades para resolver sobre la atribución del uso de la vivienda familiar, atendiendo a la situación existente en el momento de la ruptura.

La amplitud de la previsión confiere al juez la posibilidad de atribuir el uso alternativo de la vivienda a uno u otro progenitor, alternancia de la que se han hecho eco algunas resoluciones judiciales si bien con carácter excepcional.

Si se otorga la custodia a uno solo de los progenitores, el art. 81.2 del CDFFA dispone que: *“se le atribuirá el uso de la vivienda familiar, salvo que el mejor interés para las relaciones familiares aconsejen su atribución al otro progenitor”*.

Si se otorga la custodia individual, los criterios que debe tener en cuenta el juez a la hora de decidir la atribución del uso de la vivienda familiar son:

- La atribución del uso al progenitor custodio, con carácter preferente, que coincide con lo previsto en el art. 96.1 del CC.
- El novedoso criterio del mejor interés para las relaciones familiares, con carácter subsidiario, que concede un amplio arbitrio judicial.

Según establece el art. 81.3 del CDFFA, el derecho de uso de la vivienda familiar se configura como un derecho de carácter temporal o provisional. La atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores debe tener una limitación temporal que establecerá el juez, a falta de acuerdo entre ambos, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada familia.

Una de las novedades más destacadas en el Derecho aragonés, radica en la posibilidad de acordar judicialmente la venta de la vivienda familiar, siempre que concurren dos presupuestos:

- Solo es posible que el juez acuerde la venta judicial de la vivienda familiar cuando sea de titularidad conjunta de ambos progenitores o, más exactamente, tenga la naturaleza de bien consorcial.

- Si la venta de la vivienda es necesaria para garantizar unas adecuadas relaciones familiares y para que cada progenitor pueda hacer frente a sus necesidades de alojamiento y las de sus hijos. Con lo que parece restringirse la facultad del juez de acordar la venta a los supuestos de custodia compartida, y no a los de custodia individual<sup>409</sup>.

### **XIII.3.- La Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil<sup>410</sup> y la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores del País Vasco<sup>411</sup>**

El art 12 de la LRF en sus 14 apdos. pretende remediar los problemas establecidos en la atribución del uso de la vivienda familiar, siendo más flexible que el CC, y estableciendo, como principios básicos, la conveniencia de los menores, las necesidades de los progenitores y la titularidad de la vivienda.

La atribución del uso de la vivienda familiar se establecerá en función de la custodia, si va a ser exclusiva, el juez debe otorgar el uso de la vivienda “*preferentemente al progenitor a quien corresponda la guarda y custodia de los hijos e hijas si es lo más conveniente para el interés de éstos*” (art. 12. 2 de la LRF).

“*El juez podrá sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por el de otra vivienda propiedad de uno o ambos miembros de la pareja si es idónea para satisfacer la necesidad de vivienda de los hijos e hijas menores y, en su caso, del progenitor más necesitado*” (art.12.6 de la LRF).

---

<sup>409</sup> BAYOD, M. C. y SERRANO, J. A.: *Relaciones entre padres e hijos en Aragón: ¿un modelo a exportar?*, Ed. IFC, Zaragoza, 2014, págs. 88 a 101.

<sup>410</sup> La Ley 5/2015, de 25 de junio, de *Derecho Civil Vasco* (BOE de 24 de julio de 2015, núm. 176).

<sup>411</sup> Ley 7/2015, de 30 de junio, de *relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores* (BOE de 24 de julio de 2015, núm. 176).

Por su parte, si se ha establecido una guarda conjunta, no se prioriza ninguna solución, pues se establece que: *“si el uso de la vivienda no fuera atribuido por periodos alternos a ambos, se atribuirá al progenitor que objetivamente tuviera mayores dificultades de acceso a una vivienda si ello fuera compatible con el interés superior de los hijos e hijas”* (art.12.4 de la LRF).

También se puede establecer un sistema por turnos, en el que los menores permanecen en el hogar familiar, instalándose en él cada uno de los progenitores durante el periodo en el que le corresponde el ejercicio de la guarda, vinculándose así el uso de la vivienda con el ejercicio de la custodia, alternadamente, por parte de los progenitores.

Respecto a la atribución del uso de la vivienda familiar según las necesidades de los cónyuges (art. 12.1 de la LRF) conlleva, en los casos de custodia compartida, a atribuir el uso a aquel progenitor que tenga más dificultad de acceso a una vivienda, teniendo en cuenta el interés superior del menor (art.12.4 de la LRF). En consecuencia, el progenitor a quien no se atribuye el uso, tiene que contar con medios suficientes para cubrir sus propias necesidades de vivienda y la de los hijos cuando se encuentren en su compañía.

Cuando la custodia se atribuye individualmente a uno de los progenitores, cabe atribuirle el uso de la vivienda al no guardador, si tiene *“mayores dificultades de acceso a otra vivienda”* y el custodio cuente con *“medios suficientes para cubrir la necesidad de vivienda de los y las menores”* (art.12.3 de la LRF).

Por lo que se refiere a la duración del uso sobre la vivienda familiar, la LRF ha establecido una limitación temporal del derecho de uso, distinguiendo las circunstancias que han motivado la atribución del uso de la vivienda.

Si el uso de la vivienda se ha otorgado con la custodia de los hijos individual o compartida, ya sea de manera continuada o por turnos, el progenitor que no sea titular único de la vivienda *“dispondrá del uso sólo mientras dure la obligación de prestarles alimentos”* (art.12.5.2 de la LRF). Por lo tanto, el uso puede prolongarse después de



adquirida la mayoría de edad de los hijos, pues la normativa vasca vincula el uso de la vivienda a la prestación alimenticia debida a los hijos mayores.

Por la contra, la propia LRF se contradice con su art. 12.11 que, al enumerar las causas de extinción del derecho de uso, dice que: *“si se hubiera atribuido judicialmente por razón de la guarda, se extinguirá por la finalización o cese de ésta o de la obligación de prestar alimentos”*.

Es obvio que lo normal es que no se produzca de forma simultánea la extinción de la guarda por alcanzar la mayoría de edad y la obligación de prestar alimentos. Interpretando ambas normas, lo lógico es pensar que la circunstancia que producirá la extinción del derecho de uso es la desaparición de la obligación de prestar alimentos.

En otro orden de cosas, el art. 12.5 LRF dispone que: *“la atribución del uso de la vivienda a uno de los progenitores por razones de necesidad deberá hacerse con carácter temporal por un máximo de dos años”*, dicha atribución *“será susceptible de prórroga, también temporal, si se mantienen las circunstancias que la motivaron”*.

El derecho que exista antes sobre el inmueble, no cambiará su titularidad, si se trataba de un arrendamiento, comodato, precario, usufructo, habitación, etc. A tal efecto, dice el art. 12.8 de la LRF que: *“si los progenitores poseen la vivienda en virtud de un título diferente al de propiedad, los efectos de la atribución judicial de su uso quedan limitados por lo dispuesto en el título, de acuerdo con la ley”*.

Por lo tanto, se producirá la extinción del derecho de uso atribuido a uno de los cónyuges, por un motivo inherente al derecho del tercero. Pero si la extinción se produce por un acto de disposición de su titular, el art. 12.4 de la LRF establece que: *“para disponer de la vivienda y ajuar familiar cuyo uso corresponda al beneficiario no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en ausencia del mismo, autorización judicial”*.

El art. 12 de la LRF contiene otras previsiones para resarcir de las consecuencias negativas de la atribución del uso de la vivienda familiar. Entra ellas se incluye el pago de una compensación al progenitor no adjudicatario que sea titular o cotitular de la vivienda.

Por lo que se refiere a los gastos de la vivienda generados por la adquisición de la misma, el art. 12.9 de la LRF, es muy similar al art. 233-23 del CCCat., y dispone que: *“en caso de atribución o distribución del uso de la vivienda, las obligaciones contraídas por razón de su adquisición o mejora, incluidos los préstamos hipotecarios y los seguros vinculados a esta finalidad, deben satisfacerse por las partes de acuerdo con lo dispuesto por el título de constitución”*.

Esta semejanza que se mantiene en el apdo. 9 del art. 12 de la LRF relativo a los *“los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación de la vivienda, incluidos los de comunidad y suministros, y los tributos y las tasas o impuestos de devengo anual”* ya que también en el art. 233-23.2 del CCCat *“corren a cargo del beneficiario del derecho de uso”*.

En cuanto a las causas de extinción del derecho de uso, las enumera el art. 12 de la LRF, con una redacción que da lugar a confusiones, pues en su apdo. e) se dice expresamente que: *“si se hubiera atribuido judicialmente por razón de la guarda, se extinguirá por la finalización o cese de ésta o de la obligación de prestar alimentos”*, como si el resto de las causas estipuladas en los otros apdos. estuvieran pensados para la atribución del uso por motivos de necesidad, pero tampoco queda suficientemente claro.

Algunos otros apdos. son obvios e innecesarios como la del apdo. a) que extingue el uso por *“el fallecimiento del beneficiario del uso”*, e incluso el b) que se refiere a *“las pactadas entre los miembros de la pareja o partes”*.

También resulta obvia la extinción por el *“vencimiento del plazo previsto”*, referencia a la atribución por causas de necesidad que se establece con carácter temporal, por un máximo de dos años, con derecho a prórroga.

El apdo. c) dice que: “*la mejora de la situación económica del beneficiario del uso con otra persona, salvo que expresamente se hubiera pactado lo contrario*”. Si bien, lo más lógico es pensar que está pensando para la atribución del uso por razones de necesidad, adolece de falta de precisión en su enunciado, ya que no toda mejora siempre conlleva la extinción del uso

El apdo. e) manifiesta que: “*el matrimonio o convivencia marital del beneficiario del uso con otra persona, salvo que expresamente se hubiera pactado lo contrario*”. Al igual que en el caso anterior, puede haber supuestos que no impliquen siempre la extinción del uso. Además, siempre se trataría de un uso temporal y que incluso, puede dar lugar a una compensación económica a la otra parte<sup>412</sup>.

Por último, hay que aludir a los criterios de atribución de la vivienda familiar en los supuestos contenciosos, al no haber alcanzado los cónyuges un acuerdo, son: lo que sea más conveniente para el interés superior de los hijos e hijas; la necesidad de los miembros de la pareja y la titularidad de la vivienda. Estos criterios se han de aplicar por el orden en que están establecidos, si bien habrá que tener en cuenta también el tipo de custodia establecida, dado que es un criterio más determinante para establecer la atribución del uso de la vivienda. La normal general, si se otorga la custodia exclusiva, será atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge custodio, si se trata de “*lo más conveniente para el interés de estos*”<sup>413</sup> (de los menores).

---

<sup>412</sup> GIL RODRÍGUEZ, J. G.: *Manual de Derecho civil Vasco*, Ed. Atelier, Barcelona, 2016, págs. 112 a 118.

<sup>413</sup> AYERRA MICHELENA, K.: *Derecho Civil Vasco de Familia, Comentario crítico a la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2016, págs. 337 a 339.

#### **XIII.4.- La Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de la *Compilación Foral de Navarra o Fuero Nuevo*<sup>414</sup>**

A la vivienda familiar se refiere la Ley 81 del FN que trata textualmente de: Limitaciones sobre la vivienda familiar y ajuar. Se necesitará el consentimiento de ambos cónyuges para disponer “*inter vivos*” o sustraer al uso común los derechos sobre la vivienda habitual o sobre el mobiliario ordinario de la misma.

En el supuesto de que pertenezcan a uno de los cónyuges con carácter privativo, será necesario el asentimiento del otro, si bien el juez podrá suplir el consentimiento o el asentimiento de conformidad con lo establecido en el apdo. 2º de la ley 79. No obstante, la manifestación errónea o falsa del cónyuge titular, respecto a no ser vivienda habitual, no perjudicará a terceros de buena fe.

#### **XIV.- LA ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN EL DERECHO COMPARADO DE LOS PAÍSES DE NUESTRO ENTORNO JURÍDICO-CULTURAL: FRANCIA, ITALIA Y PORTUGAL**

##### **XIV.1.- La atribución de la vivienda familiar en Francia**

El domicilio familiar goza de una particular protección en el divorcio en el Derecho francés. Existen diferentes posiciones respecto a si la residencia pertenece a uno o a otro o a ambos.

El juez, en las medidas provisionales, puede atribuir el uso a uno de los cónyuges mientras dure el proceso de divorcio.

Habrá que precisar su carácter gratuito o, en su caso, una cuantía que habrá de pagar el usufructuario en concepto de renta al otro cónyuge por la ocupación (art. 255, 4º

---

<sup>414</sup> La Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de *modificación y actualización de la Compilación Foral de Navarra o Fuero Nuevo* (BOE de 8 de junio de 2019, núm. 137).

del CCF<sup>415</sup>), aunque en ausencia de dicha precisión, la ocupación se presume onerosa. No obstante, el juez puede decidir que, ante la falta de recursos de la parte, el uso se realizará a título gratuito, aplicando el deber de socorro entre cónyuges (art. 255, 4° del CCF).

Si se trata de una vivienda en alquiler, mientras no exista pronunciamiento relativo al divorcio, el alquiler corresponde a ambos cónyuges aunque sea sólo uno el que lo haya contratado. Ninguno de los cónyuges puede rescindir el contrato de manera unilateral.

Cuando la vivienda es ganancial, uno de ellos podrá obtener su adjudicación una vez disuelta la sociedad de gananciales (art. 831-2 del CCF) y el otro cónyuge recibirá una cantidad o bienes por valor equivalente.

Hay que tener en cuenta que, desde el momento en que existe la sentencia de divorcio, y mientras no tenga lugar la liquidación de los bienes, el cónyuge que ocupe el inmueble deberá de pagar una renta al otro.

En último término, la adjudicación de la vivienda a una de las partes puede, asimismo, ser realizada con motivo de la ejecución del impago de la pensión compensatoria, aunque lo será de manera subsidiaria o, también, puede ser la manera de ejecutar el impago de la pensión de alimentos<sup>416</sup> (art. 373-2-3 del CCF).

#### **XIV.2-La atribución de la vivienda familiar en Italia**

A partir de la Ley de 8 de febrero de 2006, núm. 54, en Italia *“el disfrute de la casa familiar se atribuye, teniendo en cuenta, de manera prioritaria, el interés de los hijos”*. Así, el interés de los hijos es el criterio preferencial (aunque no exclusivo) de la asignación, precisando que el juez, al efectuarla, debe tener en cuenta *“la regulación de*

---

<sup>415</sup> Code Civil francés que incluye las reformas siguientes: Loi 70-459 de 4 de junio de 1970; Loi 2002-305 de 4 de marzo de 2002; Loi 2004-439 de 26 de mayo de 2004; Loi 2016-1547 de 18 de noviembre de 2016; Loi 20149-1480 de 28 de diciembre de 2019; y Loi 2020-936 de 30 de julio de 2020.

<sup>416</sup> AVENA-ROBARDET, V: “Résidence alternée et supplément familial de traitement”, *AJ famille*, núm. 12/2020.

*las relaciones económicas entre los cónyuges, considerado el eventual título de propiedad*". Sin embargo, el CCI No menciona la atribución del uso al cónyuge sin hijos.

El art. 337 *sexies*, párr. 1.º del CCI disciplina, además, expresamente, algunas causas de cesación y revocación de la asignación, como la falta de utilización de la vivienda, la convivencia *more uxorio* o el nuevo matrimonio del progenitor asignatario; asimismo, reglamenta el régimen de oponibilidad a terceros del derecho de uso y la inscripción de la resolución judicial que lo establezca en los registros inmobiliarios. Este art. 337 *sexies*, párr. 1.º del CCI regula también la asignación del uso de la casa familiar de modo unitario para las situaciones de separación y divorcio.

La atribución del disfrute de la casa familiar a uno de los progenitores resulta de la prevalencia de la "*localización*" del hijo, la cual permite la determinación del "*grupo familiar residual*" merecedor de mayor protección desde el punto de vista habitacional. Por lo tanto, la exigencia de protección de los hijos menores (o de los mayores de edad con derecho a alimentos) marca una clara tendencia preferencial hacia la asignación del inmueble al progenitor con el que convivan.

La Corte de Casación<sup>417</sup>, por un lado, excluye que la decisión sobre la atribución pueda "*estar condicionada por la ponderación entre los intereses de naturaleza exclusivamente patrimonial de los cónyuges y de los hijos*". Y por otro lado, requiere que la medida se dirija, únicamente, a la tutela de la personalidad de la prole. Es decir, aunque la atribución de la vivienda tenga efectos de carácter económico, los intereses patrimoniales de la crisis familiar pueden interferir, pero no prevalecer sobre la exigencia prioritaria de la naturaleza existencial de los hijos.

El concepto de casa familiar resulta claramente configurado de la *ratio* personalista de la disciplina de la asignación del derecho de uso. Si el interés que se

---

<sup>417</sup> En la jurisprudencia italiana en este sentido se han dictado, Cass., de 20 de abril de 2011, núm. 9079; Cass., de 22 de marzo de 2007, núm. 6979; Cass., de 26 de mayo de 2004, núm. 10102; siendo especialmente relevante Cass., de 22 de noviembre de 2010, núm. 23591, la cual ha casado un fallo, que había excluido la atribución al progenitor custodio, por razones de carácter patrimonial, consistentes en los excesivos costes de mantenimiento y gestión del alojamiento, que hubiera determinado un empobrecimiento constante y previsible del caudal hereditario, contrario a los intereses patrimoniales de los hijos.

protege es el de la continuidad habitacional de la prole, la “*casa familiar*” será la residencia en la que se haya desenvuelto la vida de la familia durante la convivencia de los progenitores. La casa familiar se basa en los caracteres de estabilidad, habitualidad y continuidad del ambiente doméstico.

Por otra parte, la asignación de la vivienda se excluye cuando la unidad inmobiliaria no haya constituido el lugar de desenvolvimiento de la vida familiar, como, *v.gr.*, en los casos de un consolidado desarraigo del mismo de los hijos y del progenitor conviviente; o cuando falte una convivencia estable con el progenitor por parte de los hijos, que se alejan por motivos de estudio o de trabajo. También se rechazan las demandas de asignación de inmuebles usados durante la convivencia de los progenitores de modo ocasional o intermitente, como las casas de campo.

Sin embargo, teniendo en cuenta la *ratio* del art. 337 *sexies*, párr. 1 del CCI, dirigida a la promoción de la personalidad de los hijos (arts. 2 y 30 de la Constitución italiana), el juez puede atribuir una casa diversa a la familiar, cuando ello suponga una decisión que, en el caso concreto, satisfaga mejor las exigencias existenciales de la prole.

Como principio general a tener en cuenta, se respeta el acuerdo entre los cónyuges en las crisis familiares, como establece el art. 337 *ter*, párr. 2º del CCI, según el cual, el juez “*respeto, si no son contrarios al interés de los hijos. Los acuerdos adoptados por los padres*”.

La obligación de alimentos de los progenitores, parte de la equivalencia entre la posición jurídica de los hijos menores y la de los mayores de edad que no hayan alcanzado una independencia económica por causas ajenas a su voluntad, lo que confirma el art. 337 *septies* del CCI, según el cual, en los casos de separación, el juez “*puede disponer en favor de los hijos mayores no independientes económicamente el pago de una pensión periódica*”.

Partiendo de esta premisa, la doctrina y la jurisprudencia entienden que la atribución del uso de vivienda familiar no establece diferencias entre los hijos menores de edad y los hijos mayores con derecho a alimentos.

Sin embargo, al asignar la casa familiar, la doctrina y la jurisprudencia han realizado algunas correcciones para ponderar de manera más adecuada todos los intereses en conflicto: el derecho a habitación se valora de manera inversamente proporcional al aumento de la edad; además, el derecho de uso de la casa familiar, presupone, en la misma medida que el derecho de alimentos, que el hijo mayor de edad no sea culpable de no haber alcanzado su independencia económica; por último, se tiene en cuenta el valor económico del derecho de uso en la determinación de la cuantía de la pensión alimenticia del hijo mayor de edad.

El art. 337 *sexies*, párr. 1º del CCI no establece la duración de la atribución, limitándose a prever que el derecho de disfrute: *“se extingue cuando el asignatario no habite o cese de habitar establemente en la casa familiar o conviva more uxorio o contraiga nuevo matrimonio”*.

La norma, al no contemplar una duración máxima de la atribución, no enumera, entre las causas de extinción del derecho el transcurso del plazo. Sin embargo, el carácter temporal de la atribución permite fijar un término explícito, sea en la resolución judicial de asignación, sea en un procedimiento de revisión de medidas.

Ha sido la jurisprudencia la que ha establecido las causas de extinción que son las siguientes: la mayoría de edad o la autosuficiencia económica de los hijos; la cesación de la convivencia con ellos; la muerte del asignatario; la atribución al mismo de la propiedad exclusiva del inmueble como consecuencia de la división; la extinción del título de disfrute del bien (p. ej., por transcurso del término del usufructo, del arrendamiento, del comodato).



Por último hay que hacer una breve alusión a que en los casos de nuevo matrimonio o de convivencia del progenitor la Corte Constitucional ha excluido el automatismo de la revocación, subordinándola a un juicio de conformidad al interés de los hijos, precisado que existe un “*principio general*” de “*posibilidad de modificación en todo momento*” de la resolución judicial que atribuye el derecho de uso “*por circunstancias sobrevenidas*”; no obstante, dicho principio no opera *ipso iure*, sino que siempre se requiere una nueva valoración judicial a la luz del interés del menor<sup>418</sup>.

### **XIV.3- La atribución de la vivienda familiar en Portugal**

El juez en el Derecho portugués, podrá dar en arrendamiento la vivienda conyugal a cualquiera de los cónyuges (art. 1793 del CCP<sup>419</sup>) considerando las necesidades de cada uno de ellos y el interés de los hijos del matrimonio<sup>420</sup>.

---

<sup>418</sup> VERDA BEAMONTE, J. R. Y CARAPEZZA FIGLIA, G.: “El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 752/2015, págs. 3.387 a 3.414.

<sup>419</sup> Código Civil, DL 47344, aprobado por Decreto- Ley 47 344, de 25 de noviembre de 1966 que incluye las reformas siguientes: Decreto-Lei 496/77, de 25 de noviembre de 1977; Ley 84/1995, de 31 de agosto de 1995; Ley 61/2008, de 31 de octubre de 2008; Ley 122/2015, de 1 de septiembre de 2015; Ley 43/2017, de 14 de junio de 2017; Lei 65/2020, de 4 de noviembre de 2020.

<sup>420</sup> MARTINS LEITAO, H.: *Da acção de divórcio e da separação judicial de pessoas e bens*, Elcla Editora, Porto, 2007, págs. 33 a 56.

## CAPÍTULO VII

### NATURALEZA, REQUISITOS PARA LA FIJACIÓN Y DURACIÓN DE LA PRESTACIÓN COMPENSATORIA

#### **I.- CONCEPTO DE PRESTACIÓN COMPENSATORIA**

El art. 97 del CC dispone respecto de la prestación compensatoria:

*“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.*

*A falta de acuerdo de los cónyuges, el juez, en sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:*

*1ª Los acuerdos a que hubieren llegado los cónyuges.*

*2ª La edad y estado de salud.*

*3ª La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.*

*4ª La dedicación pasada y futura a la familia.*

*5ª La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.*

*6ª La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.*

*7ª La pérdida eventual de un derecho de pensión.*

*8ª El caudal y medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.*

*9ª Cualquier otra circunstancia relevante.*

*En la resolución judicial o en el convenio regulador formalizado ante el Secretario judicial o el Notario se fijarán la periodicidad, la forma de pago, las bases para actualizar la pensión, la duración o el momento de cese y las garantías para su efectividad”.*

En virtud del art. 97 del CC, a la prestación compensatoria tiene derecho el cónyuge que, como consecuencia de la separación o divorcio, pasa a peor situación económica de la que disfrutaba en el matrimonio y de la que sigue disfrutando su consorte<sup>421</sup>. Puede pactarse en convenio regulador (arts. 90.1.f) y 97.I del CC) o que el juez la establezca por medio de sentencia (art. 97.I del CC), pero, al tener carácter dispositivo, es necesario que la solicite el cónyuge en un proceso matrimonial de separación o divorcio, no siendo posible que el juez la decrete de oficio.

---

<sup>421</sup> Como dice la STS 453/2018, de 18 de julio de 2018, la razón de ser de la pensión compensatoria está en relación con la comunidad de disfrute entre dos personas unidas por matrimonio de una determinada posición económica, lo que da lugar a que, extinguido el vínculo, deba ser compensado aquel de los cónyuges que sufre un desequilibrio perjudicial respecto de la situación en que se encontraba vigente el matrimonio; compensación que se extinguirá cuando esa comunidad de disfrute se instaure, de nuevo, con otra persona.

Se trata de un derecho de crédito personalísimo e intransmisible, lo que implica que no pueda cederse a un tercero el derecho a cobrar pensiones futuras, y que tampoco pueda reclamarse por los acreedores del cónyuge acreedor por medio de la acción subrogatoria.

Para que se produzca el nacimiento de la compensación hay que tener en cuenta el momento en que tiene lugar la efectiva ruptura del matrimonio, que es cuando debe apreciarse el desequilibrio económico, por lo tanto, si la prestación no se estipula en la sentencia de separación, no podrá establecerse en la posterior sentencia de divorcio. A excepción de que en el momento de la separación exista un desequilibrio económico, pero los cónyuges acuerden el pago de alimentos a uno de ellos, teniendo en cuenta que tras el divorcio los alimentos se extinguen, ese desequilibrio económico podrá generar una pensión compensatoria, lo cual no implica que la extinción del derecho de alimentos conceda el derecho a obtener una prestación compensatoria<sup>422</sup>.

Por lo tanto, las circunstancias posteriores a la ruptura no pueden dar lugar al nacimiento de una pensión compensatoria ya que, dada su condición de hipotéticos, no han sido acreditados al momento de producirse la crisis matrimonial<sup>423</sup>.

Se plantea una excepción a esta regla general en supuestos concretos, según dispone la STS 120/2018, de 7 de marzo de 2018 [RJ 2018\763], pues aunque mantiene que el momento de apreciar el desequilibrio económico es el de la ruptura, debiendo traer causa aquel de la misma, sin embargo, relativiza el carácter general de dicha doctrina en casos especiales, como en el caso en que los únicos ingresos de la esposa proceden del trabajo que actualmente desempeña en una empresa regida por el esposo, realizando un juicio prospectivo de futuro. La relevancia de esta STS radica en que introduce una importante inflexión en el alcance de la doctrina expuesta. Sin obviar que el desequilibrio económico se mide en el momento de la crisis matrimonial, deben considerarse los

---

<sup>422</sup> DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Comentario al art. 97 del CC”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Comentarios al Código Civil*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 1.017 - 1.038.

<sup>423</sup> ALONSO BEZOS, J. J.: “Pensión compensatoria. Momento en que debe concurrir el desequilibrio. Reiteración de la doctrina jurisprudencial”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3/2015 [BIB 2015\549].

acontecimientos posteriores cuando la suerte de uno de los cónyuges depende, en buena medida, de la voluntad del otro. Esto es lo que sucede cuando uno de los cónyuges viene percibiendo sus principales ingresos como consecuencia de la actividad desplegada por cuenta del otro.

Desde el mismo momento de la ruptura concurre una circunstancia de futuro relevante: pues la continuidad de la situación actual de equilibrio o desequilibrio depende de una compensación económica preexistente, a cargo del obligado y para la beneficiaria como contraprestación por el trabajo que realiza, la cual puede desaparecer por la propia decisión del deudor, lo que supone una afectación directa y cuantitativamente importante sobre la situación económica de la esposa.

Por lo tanto, la existencia de desequilibrio se estima en función de los ingresos profesionales, si bien, esa cantidad no ha de desembolsarse por el obligado como pensión por desequilibrio, precisamente, porque la percibe la esposa por su trabajo. En cambio, sí que habrá de abonarse íntegramente en el caso de que finalice la actual relación laboral, por causa no imputable a ella, sin perjuicio de la posibilidad de modificación o extinción posterior de la medida por alteración de las circunstancias<sup>424</sup>.

## **II.- LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRESTACIÓN COMPENSATORIA**

En cuanto a la naturaleza jurídica de la prestación compensatoria, la redacción del art. 97 del CC evidencia que no se trata de una indemnización por la ruptura del matrimonio, ni de una prestación de alimentos, sino que tiende a “compensar” el desequilibrio económico sufrido por el cónyuge que la solicita. El objeto es situar al cónyuge desfavorecido a causa de la ruptura matrimonial en una posición similar a la que se encontraría si no hubiera contraído matrimonio. La compensación únicamente puede

---

<sup>424</sup> SEMPERE NAVARRO, A. V.: “Laboralización de la pensión compensatoria”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11/2018 [BIB 2018\14139].

establecerse en los procedimientos de separación y divorcio, y no en la nulidad matrimonial (sólo cabría la indemnización del art. 98 del CC)<sup>425</sup>.

No obstante, la naturaleza compensatoria de la prestación compensatoria se ve limitada por el máximo del nivel de vida disfrutado durante el matrimonio, en el sentido de que no puede solicitarse una prestación que coloque al beneficiario en una situación mejor en comparación con la ostentada durante la convivencia, ni tampoco al obligado al pago de la misma en una situación que no pueda económicamente mantener<sup>426</sup>.

Como indica la STS 76/2018, de 14 de febrero de 2018 [RJ 2018\468]: *“en cuanto a la pensión compensatoria debe decirse que la misma tiene, como es sabido, una finalidad indemnizatoria y reequilibradora, pues trata de restaurar el desequilibrio económico que la ruptura de la relación de convivencia provoca en uno de los cónyuges, y que comporta un empeoramiento patrimonial en relación con el nivel de vida disfrutado por ambos durante la vida en común, y en comparación con el status conservado por el otro cónyuge”*. Y añade que: *“no persigue igualar economías dispares, ni tampoco equiparar económicamente los patrimonios de los cónyuges, sino remediar un agravio comparativo, cumpliendo una triple función: resarcir el daño objetivo consistente en la pérdida de expectativas de toda índole como consecuencia del vínculo matrimonial, colocar al cónyuge que experimenta un empeoramiento económico en situación de potencial igualdad de oportunidades a la que hubiese tenido de no haber contraído el matrimonio, y facilitar al cónyuge que sufre tal desequilibrio un status semejante al que mantiene el otro al tiempo de la ruptura, y que guarde relación proporcional con la duración de la vida en común”*.

Concluye el TS afirmando que: *“el derecho al percibo económico de dicha pensión descansa, pues, sobre tres presupuestos esenciales: uno, de carácter económico, cual es la existencia de un claro e inequívoco desequilibrio patrimonial en uno de los*

---

<sup>425</sup> DÍAZ MARTÍNEZ, A.: *“Comentario al art. 97 del CC”*, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Comentarios al Código Civil, op. cit.*, págs. 1.017 - 1.038.

<sup>426</sup> ALLUEVA AZNAR, L.: *Prestación Compensatoria y Autonomía Privada Familiar*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, págs. 24 a 37.

*cónyuges en relación con el otro y respecto al nivel de bienestar por ambos disfrutado durante la etapa de normal convivencia marital; otro, de índole temporal, consistente en la realidad de una agravación en la situación económica comparada con el nivel de vida anteriormente mantenido; y un tercero, de carácter causal, como es la relación de causalidad material y directa entre aquella situación económica, desventajosa para uno de los cónyuges, y el hecho del cese de la vida en común”.*

### **III.- REQUISITO BÁSICO DEL DERECHO A LA COMPENSACIÓN: EL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO**

El derecho a la compensación procede cuando concurre el efectivo desequilibrio económico, producido en uno de los cónyuges a causa de la separación o el divorcio, que implica un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio. Este empeoramiento sólo puede afectar a uno de los cónyuges, ya que si ambos sufren el mismo perjuicio, no existe desequilibrio y, en consecuencia, no habrá compensación.

El desequilibrio ha de referirse al momento de producirse la ruptura matrimonial y debe traer causa de la misma, sin que la modificación de las circunstancias posteriores den derecho a que nazca la prestación, siendo necesario acreditar que se ha producido un empeoramiento en la situación económica del cónyuge en comparación con la que disfrutaba constante matrimonio y respecto del otro cónyuge<sup>427</sup>.

Usualmente, la ruptura del matrimonio implicará una disminución en el nivel de vida que disfrutaban los cónyuges, ya que se incrementan los gastos, razón por la cual, el art. 97 del CC no sólo alude al empeoramiento económico en comparación con la situación anterior en el matrimonio, sino que la pone en relación con la posición del otro.

---

<sup>427</sup> DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Comentario al art. 97 del CC”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Comentarios al Código Civil, op. cit.*, págs. 1.017 - 1.038.

Partiendo del art. 97 del CC, dividido en párrafos, ha dado lugar a diferentes interpretaciones. Por un lado, está la tesis objetiva, para la que el desequilibrio afecta a un cónyuge respecto de otro, determinando un deterioro con respecto a la posición mantenida durante el matrimonio por el cónyuge que va a resultar acreedor de la pensión, por lo que las circunstancias enumeradas en el párr. 2º del art. 97 serían simplemente parámetros para valorar la cuantía de la pensión ya determinada.

Defienden la tesis objetiva, autores como GARCÍA RUBIO<sup>428</sup>, ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA<sup>429</sup> y MORENO VELASCO<sup>430</sup>.

Por su parte, la tesis subjetiva, armoniza el párr. 1º del art. 97 del CC con las circunstancias que, como *numerus apertus*, enumera el mismo art., en orden a graduar o eliminar la prestación al considerar que, aún existiendo desequilibrio económico, el cónyuge más desfavorecido no ha sufrido ningún perjuicio con la separación o divorcio por el que deba ser compensado.

En la doctrina, son partidarios entre otros de la tesis subbjetiva, la cual comparto, ALLUEVA AZNAR<sup>431</sup>, BELÍO PASCUAL<sup>432</sup>, CABEZUELO ARENAS<sup>433</sup>, DE LA HAZA DÍAZ<sup>434</sup>, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO<sup>435</sup> y PÉREZ CONESA<sup>436</sup>.

---

<sup>428</sup> GARCÍA RUBIO, Mª P.: *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*, Ed. Civitas, Madrid, 1995, pág. 147.

<sup>429</sup> ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: “La pensión compensatoria, hoy”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 868/2013 [BIB 2013/1635].

<sup>430</sup> MORENO VELASCO: “La relación de causalidad matrimonio-desequilibrio en la pensión compensatoria”, *Diario La Ley*, 2010, pág. 2.

<sup>431</sup> ALLUEVA AZNAR, L.: *Prestación compensatoria y autonomía privada familiar*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 63 y 64.

<sup>432</sup> BELÍO PASCUAL, A. C.: *La pensión compensatoria*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 91.

<sup>433</sup> CABEZUELO ARENAS, A. L.: *La limitación temporal de la pensión compensatoria en el Código Civil: estudio jurisprudencial y doctrinal*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2002, pág. 57.

<sup>434</sup> DE LA HAZA DÍAZ, P.: *La pensión de separación y divorcio*, Ed. La Ley, Madrid, 1989, pág. 35.

<sup>435</sup> MARÍN GARCÍAS DE LEONARDO, Mª T.: “Consecuencias negativas de la relación pensión compensatoria-pensión de viudedad de separados y divorciados”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 56/2012 [BIB 2013/14771], pág. 4.

<sup>436</sup> PÉREZ CONESA, C.: *Las medidas judiciales definitivas tras las crisis matrimoniales y su modificación*, Ed. Dykinson, Madrid, 2006, pág.146.

A este respecto, ORDÁS ALONSO<sup>437</sup> defiende la tesis subjetiva y considera que, cuando se produce la ruptura matrimonial, ello no implica un derecho a mantener el mismo nivel de vida que tiene el otro cónyuge y a su costa, sino que lo que se debe valorar es la dedicación de uno de los cónyuges al otro o a la familia, lo que ha imposibilitado su propia proyección personal o profesional.

Esta misma opinión se asume en la STS 1/2012, de 23 de enero de 2012, al afirmar que la finalidad de la pensión compensatoria: *“no es perpetuar, a costa de uno de sus miembros, el nivel económico que venía disfrutando la pareja hasta el momento de la ruptura, sino que su objeto es lograr reequilibrar la situación dispar resultante de aquella, no en el sentido de equiparar plenamente patrimonios que pueden ser desiguales por razones ajenas a la convivencia, sino en el de colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas respecto de las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial”*.

Esta tesis subjetiva, ha sido acogida por el TS en sentencia del Pleno 864/2010, de 19 de enero de 2010 [RJ 2010/417], que ha declarado las circunstancias que deben integrar el propio concepto de desequilibrio, por lo que deben de tenerse en cuenta tanto para la determinación de su procedencia como para la cuantificación de la prestación. De este modo, se fija como doctrina jurisprudencial que: *“para determinar la existencia de desequilibrio económico generador de la prestación compensatoria debe tenerse en cuenta, básicamente y entre otros parámetros, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge, el régimen de bienes a que ha estado sujeto el patrimonio de los cónyuges, en tanto que va a compensar determinados desequilibrios, y su situación anterior al matrimonio”*<sup>438</sup>.

---

<sup>437</sup> ORDÁS ALONSO, M.: *La cuantificación de las prestaciones económicas en las rupturas de pareja. Alimentos, pensión compensatoria, compensación por trabajo doméstico de las parejas de hecho*, Ed. Bosch, Barcelona, 2017, págs. 331.

<sup>438</sup> En esta línea, v.gr., la STS 897/2010, de 14 de abril de 2011 [RJ 2011/7421]; STS 434/2011, de 22 de junio de 2011 [RJ 2011/5666]; STS 1/2012, de 23 de enero de 2012 [JUR 2012/42722]; y STS 432/2014, de 12 de julio de 2014 [RJ 2014/4583], entre otras.



Por lo tanto, debe compensarse el desequilibrio que tiene su origen en la pérdida de derechos económicos o expectativas del cónyuge que se ha dedicado al cuidado de la familia, compensándose así, el sacrificio de esa dedicación, si se acredita que le impidió acceder a otro nivel por su formación.

En sentido contrario, no existe desequilibrio en aquellos casos en que uno de los cónyuges no tiene una pérdida de derechos económicos o expectativas que se concreta en situaciones como las siguientes:

- No hay desequilibrio si durante el tiempo que duró el matrimonio, no impidió a los cónyuges desarrollar sus respectivos trabajos. Así lo establece la STS 749/2021, de 4 de diciembre de 2021, al considerar que no existe desequilibrio ya que la convivencia matrimonial no impidió a ninguno de los cónyuges desarrollar sus respectivas actividades profesionales.

- No existe desequilibrio si el matrimonio no ha impedido desarrollar actividades de formación.

- La pensión compensatoria no es un título dador de cualidades profesionales y actitudes para generarlos. Al respecto, resulta muy gráfica la definición de CABEZUELO ARENAS, al decir que: *“la pensión no puede ser entendida como un vehículo para dotar indirectamente de una inteligencia que la naturaleza ha negado a uno de los cónyuges, ni para investirle de una ‘dignidad académica’ que no posee, creando artificialmente un derecho adquirido a participar, a toda costa de un estatus social al que accedió, siquiera momentáneamente, por estar unido a una persona cuyo talento superior le permitió gozar de ciertas ventajas durante el poco tiempo que se mantuvo la convivencia”*<sup>439</sup>.

- No se trata de equiparar económicamente los patrimonios de ambos cónyuges, porque la pensión compensatoria no significa paridad o igualdad absoluta entre dos patrimonios. Entender que el matrimonio concede un derecho adquirido de disfrutar de un

---

<sup>439</sup> CABEZUELO ARENAS, A. L.: *La Limitación Temporal de la Pensión Compensatoria en el Código Civil. Estudio Jurisprudencial y Doctrinal*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2002, pág. 51.

nivel de vida, a costa del otro cónyuge, implicaría lo que algunos autores han denominado la “profesionalización del matrimonio”<sup>440</sup>. En esta línea, la STS de 27 de junio de 2017 [RJ 2017/3295], afirma que la pensión compensatoria no es un mecanismo equilibrador de patrimonios de los cónyuges: *“no resulta indiferente cuando los cónyuges llegan al matrimonio con un desequilibrio económico entre ellos, que éste tenga su origen en sus diferentes condiciones personales o familiares, fruto de la trayectoria independiente de sus vidas, con ingresos profesionales o patrimonios notoriamente desiguales, o que, por el contrario, el desequilibrio, total o parcial de un cónyuge respecto de otro, venga propiciado por éste”*.

- No se puede negar la extinción de un desequilibrio cuando ambos cónyuges trabajan, sino que hay que averiguar si uno de los cónyuges no ha podido promocionar profesionalmente a causa del tiempo dedicado a la familia, pues, aunque ambos sean independientes económicamente, puede existir desequilibrio.

- Se suele afirmar que el desequilibrio proviene de una relación de causalidad entre la situación económica desventajosa para uno de los cónyuges y el cese del matrimonio, sin embargo, el desequilibrio no se produce por la ruptura, sino que ya existía durante la convivencia matrimonial, el cual se origina por la pérdida de oportunidad de un cónyuge por su dedicación familiar. La STS de 27 de junio de 2017 [RJ 2017/3295], dispone que la pensión compensatoria no es un mecanismo equilibrador de patrimonios de los cónyuges y así suele afirmarse que: *“no resulta indiferente cuando los cónyuges llegan al matrimonio con un desequilibrio económico entre ellos, que éste tenga su origen en sus diferentes condiciones personales o familiares, fruto de la trayectoria independiente de sus vidas, con ingresos profesionales o patrimonios notoriamente desiguales, o que, por el contrario, el desequilibrio, total o parcial de un cónyuge respecto de otro, venga propiciado por éste”*.

- Una vez que el TS se ha decantado por la tesis subjetiva, el desequilibrio no se produce por una comparación de los ingresos de uno y otro cónyuge, sino que habrá que

---

<sup>440</sup> CABEZUELO ARENAS, A. L.: *La Limitación Temporal de la Pensión Compensatoria en el Código Civil. Estudio Jurisprudencial y Doctrinal*, op. cit., pág. 51.

tener en cuenta las circunstancias que enumera el art. 97 del CC. En efecto, el TS declara, inequívocamente, que la combinación de la regla inicial del párr. 1º del art. 97 CC y los criterios del párr. 2º del art. 97 CC genera, a favor del cónyuge más desfavorecido, el derecho a ser compensado. Esta conexión la plasma muy bien la STS 96/2019, de 14 de febrero de 2019 [RJ 2019\447], al indicar que: *“la simple desigualdad económica no determina de modo automático un derecho de compensación y es preciso ponderar en conjunto la dedicación a la familia, la colaboración en las actividades del otro cónyuge, la situación anterior al matrimonio, el régimen de bienes a que haya estado sometido el matrimonio, así como ‘cualquier otra circunstancia relevante’, de acuerdo con lo dispuesto en la recogida en último lugar en el art. 97 CC”*.

- Es necesario tener en cuenta el caudal y medios económicos de los cónyuges, así como el régimen económico matrimonial, ya que puede compensar el desequilibrio producido durante el matrimonio, lo cual puede resultar complicado si no se alcanza un acuerdo en la liquidación de gananciales que puede retrasar su reparto<sup>441</sup>.

En definitiva, el tipo de desequilibrio será determinante a la hora de establecer el carácter temporal o indefinido de la pensión compensatoria. Si el equilibrio es coyuntural se puede pactar su carácter indefinido y a la inversa, si es perpetuo se puede pactar su temporalidad. Si bien esta última opción será de difícil materialización cuando su constitución provenga de la decisión judicial precisamente por falta de acuerdo de los cónyuges y forme parte del convenio regulador, por cuanto no habiendo consenso, el tipo de desequilibrio desencadenará sus consecuencias naturales, esto es, el establecimiento de la pensión compensatoria temporal o indefinida según sea coyuntural o perpetua.

Un ejemplo del carácter esencial del desequilibrio lo encontramos en la STS 106/2014, de 18 de marzo de 2014 [RJ 2014/2122] que consideró inadmisibile la concesión judicial por convenio regulador de una pensión compensatoria futura o condicionada a la futura existencia de un desequilibrio, razonando al respecto que: *“la sentencia recurrida niega que exista desequilibrio económico que fundamenta la pensión*

---

<sup>441</sup> ORDÁS ALONSO, M.: *La cuantificación de las prestaciones económicas en las rupturas de pareja. Alimentos, pensión compensatoria, compensación por trabajo doméstico de las parejas de hecho*, op. cit., págs. 330 - 350.

*compensatoria y sin embargo concede a la esposa de una forma preventiva o condicionada una pensión compensatoria de futuro sin cuantificación económica en razón a una hipotética pérdida de trabajo en la empresa de su esposo tras la ruptura matrimonial, lo que no sólo no está previsto en el art. 97 del CC, sino que contradice la jurisprudencia de esta Sala. Es cierto que la esposa puede quedarse sin trabajo, pero también lo es que puede encontrar un nuevo empleo, y que la sociedad de su marido puede verse también afectada por la crisis económica, colocándole en una situación de desempleo. Situaciones indeseadas pero reales que obligarían a replantear la situación conyugal en unas condiciones distintas. Si ello ocurriera, dice la sentencia de 19 de octubre de 2011, dejando aparte compensaciones laborales a que en este caso tendría derecho la esposa, el desequilibrio que hipotéticamente podría producirse no tendría lugar como consecuencia del desequilibrio producido por la ruptura matrimonial, sino que vendría provocado por el despido posterior. 'El desequilibrio que da lugar a la pensión debe existir en el momento de la separación o del divorcio y los sucesos posteriores no pueden dar lugar al nacimiento de una pensión que no se acreditaba cuando ocurrió la crisis matrimonial'. A partir de entonces se desvinculan los patrimonios de uno y otro cónyuge a expensas de lo que resulte de la liquidación de la sociedad conyugal y, en su caso, de una modificación o extinción de las medidas que pudieran haberse acordado en el momento del divorcio. Lo demás supone mantener tras la ruptura una vinculación económica entre cónyuges distinta de la que la ley autoriza, y, propiciar, en definitiva, una suerte de problema añadidos y en ningún caso deseables”.*

Es fundamental en el art. 97 del CC el desequilibrio patrimonial y para ello es esencial el factor tiempo y lo es en un doble sentido, por un lado, es preciso determinar los momentos de la comparativa, la situación económica en el matrimonio y después de la ruptura matrimonial que suele ser cuando se rompe la convivencia, lo cual no necesariamente coincidirá con el divorcio y, por otro lado, en qué momento se puede solicitar<sup>442</sup>.

---

<sup>442</sup> ROVIRA SUEIRO, M. E.: “La limitación temporal sobrevenida de la pensión compensatoria indefinida”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 107/2018 [BIB 2018\10404].

## IV.- DURACIÓN DE LA PRESTACIÓN COMPENSATORIA

El CC no dispone nada respecto a si debe prevalecer la pensión temporal o la indefinida, estableciendo el párr 1º de su art. 97 lo siguiente:

*“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”.*

### IV.1.- Prestación indefinida

En base al referido art. 97 del CC, la prestación puede ser vitalicia cuando el desequilibrio es perpetuo, lo que se produce en aquellos casos en que la avanzada edad, el estado de salud, un largo matrimonio, etc., impiden que supere el desequilibrio que produce la ruptura del matrimonio en un plazo.

Al no establecer nada el CC, ha sido la jurisprudencia la que ha ido delimitando cuando se puede otorgar una prestación vitalicia<sup>443</sup>, así, la STS 345/2016, de 24 de mayo de 2016 [2016/2290], casa la sentencia y atribuye carácter indefinido a la pensión compensatoria acordada en el proceso de divorcio, al considerar que existía una alta probabilidad y certidumbre de que la esposa no superara el desequilibrio, dada su edad de 54 años, y al haberse dedicado todo el tiempo de duración del matrimonio únicamente al

---

<sup>443</sup> Las sentencias que no admiten limitar temporalmente la prestación son: STS 466/2015, de 8 de septiembre de 2015 [RJ 2015\3978]; STS 304/2016, de 11 de mayo de 2016 [RJ 2016\2112]; STS 323/2016, de 18 de mayo de 2016 [RJ 2016\2002]; STS 345/2016, de 24 de mayo de 2016 [RJ 2016\2290]; STS 598/2016, de 5 de octubre de 2016 [RJ 2016\4770]; STS 657/2016, de 10 de noviembre de 2016 [RJ 2016\5244]; STS 34/2017, de 19 de enero de 2017 [RJ 2017\274]; STS 69/2017, de 3 de febrero de 2017 [RJ 2017\399]; STS 128/2017, de 24 de febrero de 2017 [RJ 2017\669]; STS 217/2017, de 4 de abril de 2017 [RJ 2017\2663]; STS 391/2017, de 20 de junio de 2017 [RJ 2017\3048]; STS 412/2017, de 27 de junio de 2017 [RJ 2017\3295]; STS 538/2017, de 2 de octubre de 2017 [RJ 2017\4215]; STS 545/2017, de 6 de octubre de 2017 [RJ 2017\4262]; STS 553/2017, de 11 de octubre de 2017 [RJ 2017\4302]; STS 589/2017, de 6 de noviembre de 2017 [RJ 2017\4707]; STS 606/2017, de 13 de noviembre de 2017 [RJ 2017\4738]; STS 9/2018, de 10 de enero de 2018 [RJ 2018\56]; STS 66/2018, de 7 de febrero de 2018 [RJ 2018\396]; STS 153/2018, de 15 de marzo de 2018 [RJ 2018\1096]; STS 263/2018, de 8 de mayo de 2018 [RJ 2018\1974]; STS 324/2018, de 30 de mayo de 2018 [RJ 2018\2396]; STS 389/2018, de 21 de junio de 2018 [RJ 2018\2668]; STS 409/2018, de 29 de junio de 2018 [RJ 2018\3262]; STS 692/2018, de 11 de diciembre de 2018 [RJ 2018\5457]; STS 450/2019, de 18 de julio de 2019 [RJ 2019\3009]; STS 495/2019, de 25 de septiembre de 2019 [RJ 2019\3769]; STS 598/2019, de 7 de noviembre de 2019 [RJ 2019\4630]; STS 245/2020, de 3 de junio de 2020 [RJ 2020\1598]; STS 403/2020, de 6 de julio de 2020 [RJ 2020\2315]; STS 418/2020, de 13 de julio de 2020 [RJ 2020\2502] y STS 549/2020, de 22 de octubre de 2020 [RJ 2020\3847].

cuidado de su familia, por lo que le resultaría sumamente difícil acceder al mercado laboral, cuando esa dificultad la comparten también las personas más jóvenes.

En un caso similar, la STS 450/2019, de 18 de julio de 2019 [RJ 2019\3009], menciona la doctrina sentada en anteriores sentencias, en la que se explica que las circunstancias de cada caso deben actuar como elementos integrantes del desequilibrio que permiten valorar la idoneidad o aptitud de la beneficiaria para superar dicho 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 mismo. En este juicio prospectivo, el órgano judicial debe actuar con prudencia, ponderación y criterios de certidumbre<sup>444</sup>.

#### **IV.2.- Prestación temporal**

El art. 97 del CC, recoge expresamente el criterio de la temporalidad de la prestación compensatoria y procederá, en este caso, si el desequilibrio puede ser superado en tiempo limitado con la actuación normal del acreedor.

La pensión compensatoria no debe ser una renta vitalicia, fundamentalmente, en aquellos casos en que el cónyuge deudor es joven, tiene buena salud y posibilidades reales de tener ingresos por cuenta propia o ajena, sino que debe paliar el desequilibrio producido por la ruptura del matrimonio, por lo que resulta conveniente fijar un límite temporal razonable para que el cónyuge pueda acondicionarse a su nueva situación.

A mayor abundamiento, al tener fijado ese límite temporal, el cónyuge que percibe la pensión compensatoria no se vuelve ocioso, sino que conocer el final de la compensación, le incentiva para mejorar su situación económica.

---

<sup>444</sup> AGORRETA MARTÍNEZ, I.: “No procede la limitación temporal de la pensión por desequilibrio cuando el acceso al mercado laboral es sumamente difícil”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10/2019 [2019/8971].

En base a lo referido anteriormente, ha sido la jurisprudencia<sup>445</sup> la que, a través de diversas resoluciones ha ido extendiendo la atribución de las pensiones con carácter temporal, estableciendo doctrina al respecto.

El hecho de reconocer una prestación compensatoria de carácter temporal, no impide que concurran los presupuestos establecidos en los arts. 100 y 101 del CC, pues puede haberse establecido el derecho a percibir una compensación y posteriormente, sobrevenir una alteración sustancial de las circunstancias que puede derivar, incluso, en la conversión de un pensión vitalicia en temporal.

Para que prospere la temporalidad se exige que se tenga la certidumbre de que el cónyuge que va a percibir la pensión tiene la idoneidad adecuada para superar el desequilibrio económico, por lo tanto, se requiere una potencialidad real *ex ante* de que se cumplen esas condiciones, que choca frontalmente con lo que se ha denominado futurismo o adivinación.

Se tiene que tomar como referencia la tesis subjetiva que ha seguido el TS en sentencia del Pleno 864/2010, de 19 de enero de 2010 [RJ 2010/417], señalando las circunstancias que deben integrar el concepto de desequilibrio, y fijando como doctrina jurisprudencial que: *“para determinar la existencia de desequilibrio económico generador de la prestación compensatoria debe tenerse en cuenta, básicamente y entre otros parámetros, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge, el régimen de bienes a que ha estado sujeto el patrimonio de los cónyuges, en tanto que va a compensar determinados desequilibrios, y su situación anterior al matrimonio”*<sup>446</sup>. Con estas indicaciones y las circunstancias que rodeen el caso en cuestión, el juez deberá tener en cuenta si se ha producido un desequilibrio que genere una

---

<sup>445</sup> La jurisprudencia ha dictado diversas sentencias en relación con el carácter temporal de la pensión compensatoria: STS 55/2016, de 11 de febrero de 2016 [RJ 2016\249]; STS 209/2016, de 5 de abril de 2016 [RJ 2016\4284]; STS 340/2017, de 30 de mayo de 2017 [RJ 2017\2504]; STS 577/2017, de 25 de octubre de 2017 [RJ 2017\4682]; STS 300/2018, de 24 de mayo de 2018 [RJ 2018\2136]; STS 572/2018, de 15 de octubre de 2018 [RJ 2018\4424] y STS 100/2020, de 12 de febrero de 2020 [RJ 2020\450].

<sup>446</sup> En esta línea, *v.gr.*, la STS 897/2010, de 14 de abril de 2011 [RJ 2011/7421]; STS 434/2011, de 22 de junio de 2011 [RJ 2011/5666]; STS 1/2012, de 23 de enero de 2012 [JUR 2012/42722]; y STS 432/2014, de 12 de julio de 2014 [RJ 2014/4583], entre otras.

pensión compensatoria, la cuantía de la pensión determinada su existencia y si la pensión se establece con carácter definitivo o temporal.

En base a lo referido anteriormente, según la certeza que se tenga de que es posible superar el desequilibrio, se fijará un plazo, lo que consiste en un juicio prospectivo para el cual el juez ha de actuar con prudencia y ponderación, lo que implica que puede ser prudente establecer plazos flexibles, generosos, adoptar medidas o cautelas que eviten una desprotección. En definitiva, se sienta como doctrina jurisprudencial, la posibilidad de establecer una duración limitada para la pensión compensatoria que preceptúa el art. 97 del CC, cuando concurren circunstancias que aconsejen una limitación temporal, las que permiten valorar la aptitud para superar el desequilibrio económico, exigiéndose como condición para su establecimiento temporal que cumpla la función reequilibradora, la cual es la razón de ser de la prestación compensatoria.

Por lo tanto, el plazo habrá de estar en consonancia con la previsión de superación del desequilibrio, conforme establece la STS 692/18, 11 de febrero de 2018 [RJ 2018\5457].

#### **IV.2.A.- El presupuesto de la prestación compensatoria temporal: la capacidad para superar el desequilibrio**

Este desequilibrio coyuntural se basa en la idoneidad o aptitud del cónyuge acreedor de la compensación para superar el desequilibrio con el transcurso del tiempo, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes que rodean el caso, para establecer uno u otro plazo en función del tiempo que se prevé que pueda necesitar para superar ese desequilibrio. Habitualmente, el desequilibrio temporal se produce en supuestos de matrimonios de escasa duración, que carecen de hijos, que no tienen una edad avanzada, que no tienen una dedicación presente y futura a la familia, etc.



Es relativamente frecuente limitar el plazo vinculándolo al acontecimiento de un hecho concreto, como puede ser la edad de jubilación que implicaría el percibo de una pensión que sustituiría a la prestación compensatoria.

Si una vez que se ha alcanzado el plazo previsto no se ha superado el desequilibrio, en opinión de ORDÁS ALONSO<sup>447</sup>, y de acuerdo con la normativa, no se puede ampliar el plazo de la pensión, ya que una vez extinguida, no puede renacer y dado que carece de naturaleza alimenticia, nunca se podría fundamentar una prórroga en las necesidades de quien la solicita, sino en un desequilibrio existente en el momento en que se produjo la ruptura.

### **IV.3.- Prestación única**

El art. 97 del CC incluye la posibilidad de establecer una prestación única, que supone abonar la prestación compensatoria en una única suma, en principio, no plantea problemas, si se establece de mutuo acuerdo entre los cónyuges, pero, en caso contrario, el juez deberá estar a lo solicitado por las partes, no pareciendo muy lógico que pueda fijarla si no ha sido solicitada por el cónyuge que se encuentra en una situación de desequilibrio económico frente al otro.

Este tipo de compensación plantea como principal inconveniente para el deudor, el hecho de no tener conocimiento de lo que va a suceder en el futuro a efectos de modificación o extinción, por la contra, esto supone una ventaja para el acreedor.

Sin embargo, no todo son inconvenientes, pues también plantea la ventaja de poner punto y final a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges respecto a la compensación del desequilibrio producido por su separación o divorcio.

Aunque parece que el art. 97 se refiere exclusivamente a la entrega de cantidad pecuniaria, si hay acuerdo entre los cónyuges, pueden entregarse bienes o reconocerse

---

<sup>447</sup> ORDÁS ALONSO, M.: *La cuantificación de las prestaciones económicas en las rupturas de pareja. Alimentos, pensión compensatoria, compensación por trabajo doméstico de las parejas de hecho*, op. cit., 2017, págs. 459 - 478.

determinados derechos, como sería un usufructo temporal o vitalicio sobre un inmueble en cuestión<sup>448</sup>.

## **V.- DETERMINACIÓN DE LA CUANTÍA DE LA PRESTACIÓN COMPENSATORIA**

El importe de la compensación será el que acuerden los cónyuges o, en su defecto, el que establezca el juez en la sentencia. El art. 97.II del CC enumera unas circunstancias *ad exemplum* que deben ser tenidas en cuenta en su conjunto por el juzgador para establecer la cuantía de la prestación, disponiendo de un gran margen de discrecionalidad a la hora de adoptar la decisión pertinente<sup>449</sup>.

La enumeración que efectúa el art. 97 del CC es de *numerus apertus*, como se deduce expresamente del apdo. 9º al señalar “*cualquier otra circunstancia relevante*”, lo que implica que el juez puede tener en cuenta otras coyunturas importantes para determinar el *quantum* de la prestación compensatoria.

Las circunstancias las enumera el art. 97 del CC, teniendo presente que alguna de ellas puede estar relacionada con otra u otras y son las siguientes:

- Los acuerdos a los que hubieran llegado los cónyuges, entre los que se encuentran los pactos que hagan alusión a la prestación compensatoria al margen del convenio regulador, o bien un convenio regulador que no se hubiera homologado, siempre que el motivo de su falta de homologación no sea que pueda resultar gravemente perjudicial para uno de los cónyuges.

- La edad y el estado de salud, que unido a la cualificación profesional de ambos cónyuges, inciden en la posibilidad de acceso a un trabajo, así como en el caudal y medios

---

<sup>448</sup> ORDÁS ALONSO, M.: *La cuantificación de las prestaciones económicas en las rupturas de pareja. Alimentos, pensión compensatoria, compensación por trabajo doméstico de las parejas de hecho*, op. cit., 2017, págs. 405 a 408.

<sup>449</sup> DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “*Comentario al art. 97 del CC*”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Comentarios al Código Civil*, op. cit., págs. 1.017 - 1.038.

económicos de los cónyuges, ya que una salud precaria puede repercutir directamente en el empleo e incrementar los gastos.

- La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo, pues el acceso a un puesto de trabajo depende de varias circunstancias, como pueden ser la edad, la formación, la experiencia, la actividad en la que esté especializado y en los últimos años, la crisis económica. Por lo que, en opinión de ORDÁS ALONSO<sup>450</sup>, esta circunstancia no debe afectar a la cuantía de la prestación, sino a su duración, estableciendo una pensión de carácter temporal.

- La dedicación pasada y futura a la familia, circunstancia que se da en aquellos casos en que uno de los cónyuges se encarga, en mayor medida que el otro, al cuidado de la familia, por lo que habrá que otorgarle una pensión que tenga en cuenta esta dedicación.

- La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge, apdo. que la doctrina ha entendido como una compensación al enriquecimiento injusto por haber colaborado en estas actividades del otro cónyuge sin remuneración alguna o percibiendo una contraprestación insuficiente, si bien esta circunstancia implica cuantificar el enriquecimiento y en base a ello, establecer la pensión en una cuantía única, o bien, repartir la cantidad en mensualidades.

ORDÁS ALONSO<sup>451</sup> opina al respecto que esta circunstancia operará cuando el régimen económico del matrimonio no haya sido el de la sociedad de gananciales, ni el de participación en las ganancias, ni tampoco se le abone al cónyuge una compensación por trabajo doméstico del art. 1438 del CC. En este sentido, la STS 252/2017, de 26 de abril, incluye en el ámbito de aplicación del art. 1438 del CC, los casos en que se ha compatibilizado el trabajo para el hogar con el trabajo para el otro cónyuge no retribuido, pues de otorgarse una compensación en base a este último art., no se debe tener en cuenta

---

<sup>450</sup> ORDÁS ALONSO, M.: *La cuantificación de las prestaciones económicas en las rupturas de pareja. Alimentos, pensión compensatoria, compensación por trabajo doméstico de las parejas de hecho*, op. cit., pág. 382.

<sup>451</sup> ORDÁS ALONSO, M.: *La cuantificación de las prestaciones económicas en las rupturas de pareja. Alimentos, pensión compensatoria, compensación por trabajo doméstico de las parejas de hecho*, op. cit., pág. 385.

para valorar si existe un desequilibrio, ni a la inversa, esto es, afirmar que existe el desequilibrio, y ser tenida en cuenta a los efectos de su cuantificación económica, pues se estaría computando dos veces la misma circunstancia.

Tratando la misma cuestión, una muy interesante STS 692/2018, de 11 de diciembre [RJ 2018\5457], aclara que no es incompatible el derecho del art. 97 del CC con la compensación liquidatoria del régimen de separación de bienes del art. 1438 del CC, de tal manera que cabe fijar la cuantía de ambas y ser conjuntamente percibidas por el cónyuge acreedor: *“mientras que la compensación del art. 1438 del CC, lo que valora es la dedicación pasada a la familia por el trabajo para la casa, la pensión compensatoria del art. 97 CC, tiene en cuenta tanto la pasada como la futura, tras la disolución del vínculo matrimonial. Ésta se basa en el desequilibrio económico en relación con la posición del otro cónyuge, que implica un empeoramiento en su posición anterior en el matrimonio, mientras que el art. 1438 del CC pretende compensar la aportación al levantamiento de las cargas familiares, que no deja de constituir una obligación de ambos consortes proporcionalmente a sus ingresos y/o posibilidades (arts. 1318 y 1438 del CC). La pérdida de oportunidades laborales es contemplada en la apreciación del desequilibrio y en la cuantificación de la pensión compensatoria”*.

- La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal, se trata de una circunstancia que suele ir acompañada de otra, ya que cuanto más haya durado la convivencia, mayor habrá sido la dedicación a la familia y en consecuencia, la pensión será también mayor; y a la inversa, cuanto menor haya sido la duración de la convivencia, será más complejo acreditar esa dedicación. Por lo tanto, para determinar si existe un desequilibrio económico que debe ser compensado, hay que tener en cuenta la situación previa al matrimonio y si hay desequilibrio, dado que también repercute a la hora de establecer la cuantía de la pensión.

A este respecto, la STS 713/2015, de 16 de diciembre de 2015 dice que: *“no resulta indiferente cuando ambos cónyuges llegan al matrimonio con un desequilibrio económico entre ellos, que éste tenga su origen en sus diferentes condiciones personales y*

*familiares, fruto de la trayectoria independiente de sus vidas, con ingresos profesionales o patrimonios notoriamente desiguales, o que, por el contrario, el desequilibrio, total o parcial de un cónyuge respecto de otro, venga propiciado por éste, como sería el supuesto aquí contemplado de una convivencia more uxorio desde el año 2003, durante la cual, la conviviente dedicó a esa convivencia sus esfuerzos y colaboración, merced a la relación sentimental que mantenía con el que luego llegó a ser su esposo, viendo quebradas sus expectativas y oportunidades laborales, según se recoge como hechos probados. Tal dedicación al hogar y a la colaboración profesional con el recurrente tuvo lugar, según se ha expuesto, sin solución de continuidad, durante la unión de hecho y durante la convivencia conyugal, hasta que se produjo la ruptura de esta; por lo que debe computarse aquel tiempo de convivencia, sobre todo si se tiene en cuenta que la jurisprudencia no admite fórmulas resarcitorias en caso de ruptura de parejas de hecho”.*

Esta sentencia, en opinión de ORDÁS ALONSO<sup>452</sup>, debería haber establecido una pensión compensatoria, en función del tiempo de convivencia de la pareja previo a contraer matrimonio y, de ser el caso, una indemnización fundada en el enriquecimiento injusto, cuestión esta última en la que no podía entrar el TS en la sentencia anteriormente referenciada al no haber sido reclamada por el cónyuge.

- La pérdida eventual de un derecho de pensión, entendida la pensión como una prestación de carácter periódico regulada en el Derecho público y en el privado, cuya pérdida sea consecuencia directa de la separación o divorcio.

- El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge, para calcular la pensión se empieza por averiguar los ingresos del cónyuge obligado a prestarla, teniendo en cuenta los rendimientos netos anuales que recibe, para posteriormente, dividirlo entre doce. En este sentido, si la situación en la que se encuentra el cónyuge deudor es precaria, difícilmente podrá apreciarse desequilibrio económico.

---

<sup>452</sup> ORDÁS ALONSO, M.: *La cuantificación de las prestaciones económicas en las rupturas de pareja. Alimentos, pensión compensatoria, compensación por trabajo doméstico de las parejas de hecho*, op. cit., págs. 371 a 401.

En la práctica, uno de los problemas que se plantea es averiguar dichos ingresos a la hora de considerar si existe o no desequilibrio y también, cuando una vez fijada la pensión, se trata de modificar medidas, sobre todo, cuando el cónyuge deudor trata de ocultar su verdadera capacidad económica con el fin de no abonar la pensión, o bien, pagar lo menos posible.

Al igual que hemos visto en el Capítulo V de este estudio, en la parte dedicada al caudal del alimentante, si los ingresos del cónyuge constan en nómina (lo que ocurrirá cuando realice una actividad por cuenta ajena, en virtud de una relación laboral, funcional o similar), será sencillo acreditar la realidad de lo que percibe por el desarrollo de su trabajo, pero hay casos en los que las declaraciones del IRPF de uno o varios años anteriores a la ruptura no acreditan sus verdaderos ingresos y la cuestión se complica cuando el cónyuge ejerce una profesión por su cuenta. En estos casos, será clave valorar los indicios que clarifiquen realmente el nivel de vida que llevaba el matrimonio y que puede no corresponderse con los ingresos que trata de justificar. Sin embargo, si no existen suficientes indicios que permitan deducir que el cónyuge deudor tiene más ingresos de los que aporta, sino meras especulaciones, no se puede llegar a la conclusión de que el nivel de vida del cónyuge en cuestión es más elevado del que dice tener.

Precisamente, de la prueba indiciaria y de presunciones trata la STS 259/2017, de 26 de abril de 2017, que considera que son un modo idóneo para fijar la realidad de las situaciones económicas sobre el antes y después de la economía del obligado al pago, ya que la pensión se nutre de los ingresos regulares, de los rendimientos del capital mobiliario y de las ganancias patrimoniales, por lo que la carga sobre esta prueba no puede recaer sobre el acreedor, siendo el deudor quien puede justificarlo fácilmente.

- Por último, para cuantificar el caudal y medios económicos de los cónyuges, hay que tener en cuenta el régimen económico que regía en el matrimonio que puede determinar que se establezca o no la pensión compensatoria, como su cuantía y duración.

## **VI.- LA INCIDENCIA DE LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LA PRESTACIÓN COMPENSATORIA**

En cuanto a la influencia de la atribución del uso de la vivienda familiar en la cuantía de la prestación compensatoria va a conllevar un cierto enriquecimiento en el beneficiario, quien no tendrá que hacer frente al arrendamiento o compra de otra vivienda y un cierto empobrecimiento en el no beneficiario, sobre todo si se trataba del titular de la vivienda, pues tendrá que hacer frente a la adquisición de otro sitio donde vivir, pese a tener uno propio que no puede ocupar.

En consecuencia, el valor de esta atribución, con la que se intenta corresponder a la necesidad de una vivienda, acabará influyendo en el mayor o menor perjuicio experimentado por los cónyuges como consecuencia del matrimonio y, con ello, en la cuantificación de la prestación: la posición de un cónyuge tras la ruptura matrimonial variará sustancialmente dependiendo de si cuenta o no con el uso de la vivienda.

Es más, el art. 97 CC establece que, el importe de la prestación compensatoria se determinará en virtud de una serie de circunstancias, una de ellas, la 9ª, es “cualquier otra circunstancia relevante” y la atribución del uso de la vivienda familiar podría ser considerada como tal y, por lo tanto, como moduladora del importe de la prestación compensatoria<sup>453</sup>.

## **VII.- LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LOS CÓNYUGES**

En la redacción del art. 97 del CC queda muy claro que lo que prevalece es el mutuo acuerdo de los cónyuges, por eso cabe destacar la importancia que tiene el principio de autonomía de la voluntad en materia de prestación compensatoria, no sólo para cuantificar su cuantía o determinar su temporalidad, sino también para establecer si procede o no dicha prestación compensatoria.

---

<sup>453</sup> GARCÍA MAYO, M.: *Vivienda familiar y crisis de pareja: régimen jurídico*, Ed. Reus, Madrid, 2019, pág. 156.

Así pues, a la hora de fijar la existencia de desequilibrio económico, prima el consenso entre los cónyuges con lo que, implícitamente, se está admitiendo que pacten una prestación con independencia de que haya o no ese desequilibrio<sup>454</sup>, pues no deja de ser una prestación compensatoria al amparo del art. 97 del CC y este precepto se debe de poner en relación con el art. 1323 del CC que recoge la libre contratación entre cónyuges<sup>455</sup>.

Por lo tanto, los cónyuges pueden disponer de sus relaciones económicas, en virtud del principio de autonomía de la voluntad de los contratantes, ya que se trata de un pacto económico entre personas mayores de edad y capaces, las cuales pueden, como dice el art. 1255 del CC, establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, y ello hasta el extremo de que su libertad contractual no puede tener más límites que los generales<sup>456</sup>.

Es más, el propio TS considera que nada impide que las partes puedan pactar libremente que la pensión compensatoria se ajuste a parámetros determinados y diferentes a los usualmente aceptados por los cónyuges en situación de crisis.

En este sentido, la STS 233/2012, de 20 de abril de 2012 [RJ 2012\5911] señala que la pensión compensatoria es un derecho disponible por la parte a quien puede afectar y en el cual, rige el principio de autonomía de la voluntad, de modo que, puede renunciarse y los cónyuges pueden pactar lo que consideren más conveniente sobre la regulación de las relaciones que surgen como consecuencia de un divorcio o de una separación.

Y posteriormente, la STS 678/2015, de 11 de diciembre de 2015, considera perfectamente posible que las partes, de común acuerdo, hayan excluido la modificación

---

<sup>454</sup> Cabe pactar una pensión en ausencia de desequilibrio, es el supuesto de la STS de 20 de abril de 2011 [RJ 2011/5911].

<sup>455</sup> HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M<sup>a</sup> D.: *Estudio crítico de la pensión compensatoria*, Ed. Reus, Madrid, 2017, págs. 44 - 48.

<sup>456</sup> MONTERO AROCA, J.: *La pensión compensatoria en la separación y en el divorcio (La aplicación práctica de los artículos 97, 99, 100 y 101 del Código Civil)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 74 - 76.



de la prestación compensatoria en los términos que contempla el art. 100 del CC, pues no atenta contra la ley, la moral o el orden público (art. 1255 del CC).

En opinión de ORDÁS ALONSO<sup>457</sup>, el art. 97 del CC al referirse a los pactos entre los cónyuges, engloba aquellos convenios relativos a la pensión compensatoria que se hayan plasmado al margen del convenio regulador previos a la ruptura y aquellos convenios reguladores no homologados, cuando la falta de aprobación no se deba a que resultase gravemente perjudicial para uno de los cónyuges.

### VIII.- EXTINCIÓN DE LA PRESTACIÓN COMPENSATORIA

A la extinción de la prestación compensatoria se refiere el art. 101 del CC, enumerando en el párr. 1º las causas y dictando en el párr. 2º una disposición muy concreta para el caso de fallecimiento del deudor. Estas causas sólo operan cuando la compensación del art. 97 del CC es una pensión periódica indefinida o temporal, pero no cuando consiste en una prestación única. Dispone el artículo que nos ocupa:

*“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. 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”.*

Con relación al párr. 1º del art. 101 CC, hay que señalar que las tres causas que se indican cese de la causa que lo motivó, contraer el acreedor nuevo matrimonio o convivencia marital con otra persona, no son las únicas posibles, ya que existen otras causas de extinción de la prestación compensatoria como son: el fallecimiento del acreedor; la renuncia del derecho a la prestación; el acuerdo entre los cónyuges en el que declaran extinguida la prestación o la sustituyen en los términos previstos en el art. 99 del CC; la prescripción de la acción para reclamar las pensiones devengadas; así como en aquellos casos en que la prestación se estableció en la sentencia de separación y no figura

---

<sup>457</sup> ORDÁS ALONSO, M.: *La cuantificación de las prestaciones económicas en las rupturas de pareja. Alimentos, pensión compensatoria, compensación por trabajo doméstico de las parejas de hecho*, op. cit., 2017, págs. 371 - 380.

en la posterior sentencia de divorcio, pues las medidas del divorcio sustituyen en su integridad a las de la separación<sup>458</sup>.

### VIII.1.- Cese de la causa que motivó la prestación compensatoria

La primera de las causas de extinción de la prestación a la que se refiere el art. 101.I del CC es la del “cese de la causa que lo motivó” y es la que con más frecuencia se invoca de las tres causas que contiene la norma, ya que, a su vez, contiene varios supuestos. Así, se extingue la pensión cuando cesa la separación, porque los cónyuges se reconcilian; cuando desaparece la situación de divorciados de los dos cónyuges, que vuelven a contraer matrimonio entre sí; y también cuando desaparece el desequilibrio económico.

Respecto a la desaparición del desequilibrio, no produce automáticamente la extinción de la pensión, sino que el cónyuge deudor tendrá que solicitarlo al juez, quien podrá declarar la extinción<sup>459</sup>.

La prestación se extingue cuando desaparece el desequilibrio económico<sup>460</sup>, bien por mejora de la situación económica del acreedor, bien por empeoramiento de la situación económica del obligado al pago. Esta causa de extinción está muy relacionada con la modificación de la prestación, ya que según los casos, unos hechos similares pueden dar lugar a la modificación o a la extinción de la prestación, hasta tal punto que, habitualmente, quien pide la extinción pide, al mismo tiempo y para el caso de que no pueda demostrarse que haya cesado totalmente el desequilibrio, la modificación de la prestación. Esto plantea dificultades prácticas a la hora de discernir entre alteraciones en

---

<sup>458</sup> DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Comentario al art. 101 del CC”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Comentarios al Código Civil, op. cit.*, págs. 1.061 - 1078.

<sup>459</sup> DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Comentario al art. 101 del CC”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Comentarios al Código Civil, op. cit.*, págs. 1.061 - 1078.

<sup>460</sup> Las sentencias que fallan entorno a la supresión de la prestación por el cese de la causa que motivó el desequilibrio son, entre otras, las ss.: STS 99/2016, de 19 de febrero de 2016 [RJ 2016\554]; STS 75/2018, de 14 de febrero de 2018 [RJ 2018\470]; STS 76/2018, de 14 La segunda causa extintiva es la de nuevo matrimonio del acreedor de la prestación febrero de 2018 [RJ 2018\468]; STS 236/2018, de 23 de abril de 2018 [RJ 2018\1596]; STS 525/2018, de 24 de septiembre de 2018 [RJ 2018\3856] y STS 584/2018, de 17 de octubre de 2018 [RJ 2018\4474].

la fortuna de los cónyuges que solo justificarían la modificación y la verdadera desaparición del desequilibrio que lleva a la extinción<sup>461</sup>.

En consecuencia, se producen muchos supuestos dudosos en los que resulta difícil averiguar si producen la modificación o la extinción de la prestación compensatoria. Entre ellos se encuentra la liquidación de gananciales, a la que se refiere la STS 84/2018, de 14 de febrero de 2018 [RJ 2018\467], que extingue la prestación compensatoria por cese de la causa que lo motivó, señalando concretamente que dicho cese es la desaparición del desequilibrio económico. El razonamiento sobre el que se argumenta esta consecuencia jurídica es el siguiente: *“téngase en cuenta que cuando se fijó la pensión ella carecía de ingresos, pues la explotación ganadera familiar la siguió administrando y gestionando el demandante. Sin embargo, ahora, tras la liquidación de la sociedad de gananciales y adjudicación de bienes a ella, sí tiene ingresos que pueden rentar las fincas adjudicadas y, además, 210.000 euros en metálico que sería la pensión de 1200 euros mensuales durante 14 años”*, añadiendo que *“esta circunstancia es sustancial y relevante para la modificación del quantum de la pensión”*. Es decir, el desequilibrio ha desaparecido tras la liquidación de la sociedad de gananciales<sup>462</sup>.

Otro supuesto que puede dar lugar a dudas, es el de la falta de acceso a un empleo por el cónyuge que percibe la prestación, asunto que trató la STS 69/2017, de 3 febrero de

---

<sup>461</sup> En esta línea, la STS 118/2016, de 1 de marzo de 2016 [RJ 2016/925], a propósito de una demanda de modificación de medidas solicitando la extinción de la pensión compensatoria e interesando subsidiariamente la limitación a un año y la rebaja a la cuantía de 300 euros mensuales, entiende que se ha producido un cambio sustancial de las circunstancias, derivado de la percepción de pensión de jubilación, en un importe mensual medio de 563 euros, lo que de acuerdo con los arts. 100 y 101 CC, debe llevar a la reducción de la pensión compensatoria en la misma cantidad del importe de la pensión de jubilación que percibe la demandada. Que obtenga rendimientos por el alquiler de los bienes gananciales que se adjudicó no es un cambio de circunstancias.

Otro tema que plantea dudas respecto a la modificación o extinción de la prestación es el recibir una herencia que no implica por sí alteración sustancial de las circunstancias, sino que deberá estarse al caso concreto. Así, la STS 133/2014, de 17 de marzo de 2014 [RJ 2014/1501] establece como doctrina jurisprudencial que: *“el hecho de recibir una herencia es una circunstancia en principio no previsible, sino sobrevenida, susceptible de incidir favorablemente en la situación económica del beneficiario o acreedor de la pensión y como tal determinante de su modificación o extinción”*. En la fundamentación jurídica señala que en STS 700/2011, de 3 de octubre de 2011 [RJ 2014/6697] la Sala se pronunció sobre la posible incidencia de la herencia recibida por el cónyuge perceptor de la pensión, en orden a apreciar la concurrencia de alteración sustancial y que en dicha sentencia se dijo que: *“en teoría, es razonable valorar el hecho de recibir una herencia como una circunstancia no previsible y, por ende, que no procedía tomar en cuenta cuando se fijó la pensión compensatoria. [...] Sin embargo, que en la práctica tal alteración tenga efectivamente lugar con ese carácter de sustancial o esencial a consecuencia de la herencia aceptada es algo que no puede afirmarse sino tras examinar las circunstancias del caso concreto, y en particular, después de valorar su entidad en el plano económico, la disponibilidad que al acreedor corresponde sobre los bienes que la integran, y, en suma, la posibilidad efectiva de rentabilizarlos económicamente”*.

<sup>462</sup> CHAPARRO MATAMOROS, P. y MUÑOZ RODRIGO, G.: *Las crisis familiares*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, págs. 291 - 315.

2017 [RJ 2017/399], en el caso de una esposa de 55 años que, desde que contrajo matrimonio, abandonó su ocupación laboral para dedicarse a la familia y, en particular, al cuidado de uno de los hijos que requería cuidados especiales, circunstancias que, evidentemente, le restan posibilidades de acceso al trabajo, por lo que la Sala considera que no procede la extinción de la pensión compensatoria. El TS establece, como doctrina para estos casos, la imposibilidad de aplicar la pérdida del derecho al percibo de la pensión compensatoria como una especie de sanción por el hecho de no haber accedido a un empleo, salvo que se acredite que las circunstancias concurrentes en quien resulta ser beneficiario de la pensión demuestran una verdadera desidia y desinterés respecto del acceso al mercado laboral<sup>463</sup>.

Posteriormente, en la misma línea, la STS 525/2018, de 24 de septiembre de 2018 [RJ 2018\3856], revoca la sentencia de la AP de Cádiz que declaraba extinguida la pensión compensatoria, argumentando que la pérdida del derecho al percibo de la pensión compensatoria no puede concebirse como una especie de sanción por el hecho de no haber accedido a un empleo, salvo que se acredite que las circunstancias concurrentes en quien resulta ser beneficiario de la pensión demuestran una verdadera desidia y desinterés respecto del acceso al mercado laboral. Circunstancias que, prescindiendo de los datos probados por la Audiencia, no pueden afirmarse como acreditadas.

Esta doctrina jurisprudencial es compartida por ORDÁS ALONSO<sup>464</sup> al poner de manifiesto que el hecho de no haber accedido a un empleo, no puede conllevar la pérdida del derecho a percibir la pensión compensatoria como si se tratase de una sanción, a excepción de que el beneficiario de la pensión demuestre desidia y desinterés a acceder al mercado laboral.

---

<sup>463</sup> BARBERÍA LEGARRA, A.: “La pensión compensatoria pactada en convenio no se extingue por no acceder a un empleo”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11/2018 [BIB 2018\14164].

<sup>464</sup> ORDÁS ALONSO, M.: “La desidia en la búsqueda de empleo extingue el derecho a percibir una pensión compensatoria. ¿O no?”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 110/2019 [BIB 2019\5867].

## VIII.2.- Nuevo matrimonio del acreedor de la prestación compensatoria

La segunda causa extintiva es la de nuevo matrimonio del acreedor de la prestación que, obviamente, sólo puede operar cuando ese cónyuge se encuentra divorciado. Puede tratarse de un matrimonio civil o religioso, pero en este último caso, ha de ser reconocido como válido y eficaz en el orden civil.

La razón de ser de esta causa se encuentra en el deber de ayuda y socorro que nace con el nuevo matrimonio, pues se considera incompatible el nuevo matrimonio con el mantenimiento de una prestación que tiene origen en un matrimonio anterior.

La prestación se extingue en la fecha de celebración del matrimonio, no en la de su inscripción, y sin necesidad de declaración judicial al respecto. Ahora bien, puede que sea necesario instar una declaración judicial que declare la extinción, en ese caso, el deudor de la pensión debe probar el hecho del matrimonio del acreedor y su eficacia civil en España. Además, si el cónyuge deudor ha continuado pagando la pensión tras el matrimonio, al no haber tenido conocimiento del mismo, las cantidades percibidas por el acreedor después de contraer matrimonio deben considerarse como indebidas y está justificado solicitar su devolución<sup>465</sup>.

Así lo confirma la STS 453/2018, de 18 de julio de 2018, que señala que la causa de extinción consistente en contraer nuevo matrimonio habrá de producir su efecto desde que este hecho se produce, con independencia de la fecha en que, conocida dicha situación, se interpone la demanda y se dicta sentencia decidiendo sobre la extinción. La justificación de esta doctrina está en que, la razón de ser de la prestación compensatoria, se encuentra en el desequilibrio de uno de los cónyuges respecto de la situación en que se encontraba vigente el matrimonio, compensación que se extinguirá cuando esa comunidad de disfrute se instaure de nuevo con otra persona.

---

<sup>465</sup> DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Comentario al art. 101 del CC”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Comentarios al Código Civil, op. cit.*, págs. 1.061 - 1078.

### VIII.3.- Mantener el beneficiario una convivencia *more uxorio* con otra persona

La tercera causa extintiva a la que alude el art. 101 del CC es la de “*vivir maritalmente con otra persona*”, lo que implica compartir una situación de vida análoga al matrimonio, y no una relación esporádica u ocasional, pudiendo ser de carácter homosexual o heterosexual. La extinción no opera automáticamente, sino que habrá que probar la convivencia marital y el momento en el que se inició, resultando irrelevante que cuando se interponga la demanda la convivencia con la nueva pareja haya llegado a su fin<sup>466</sup>.

El fundamento de esta causa se centra en evitar situaciones fraudulentas, pues si contraer nuevo matrimonio extingue la prestación, la intención del cónyuge acreedor de mantenerla, derivará en una convivencia de hecho que tratará de ocultar al cónyuge deudor de la prestación.

En consecuencia lógica, la prueba de la existencia de una convivencia marital puede resultar muy dificultosa a la hora de discernir entre una convivencia marital y una mera relación amorosa o sentimental, a veces también llamada “relación personal”, siendo clave la existencia de un proyecto de vida en común, similar al matrimonial, y no tanto la mayor o menor duración que pueda tener la relación, lo que implicará acudir a indicios y pruebas que concluyan si existe o no una relación análoga al matrimonio.

Baste como ejemplo, que no puede entenderse como prueba indiciaria la pretensión de acreditar la convivencia análoga a la marital a través de informes elaborados por detectives privados, ratificados testificalmente, realizados en momentos distanciados y en los que lo único que se pone de manifiesto es que ambas personas están juntas, pero no que lleven a cabo una relación análoga a la marital. Por la contra, no desvirtúa la posibilidad de una convivencia *more uxorio*, que la persona en cuestión se halle

---

<sup>466</sup> DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Comentario al art. 101 del CC”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Comentarios al Código Civil, op. cit.*, págs. 1.061 - 1078.

empadronada en una localidad distinta, al tratarse de un elemento meramente formal y administrativo<sup>467</sup>.

En relación con la extinción por convivencia análoga a la matrimonial, la sentencia de referencia en los recursos interpuestos por interés casacional, suele ser la STS 42/2012, de 9 de febrero de 2012 [RJ 2012/2040]<sup>468</sup>, que consideró que se había producido una relación sentimental pública y notoria, aunque no había habido convivencia continuada bajo el mismo techo, sí se produjeron continuas permanencias de uno en casa de la otra, por lo que dicha relación tuvo carácter de permanencia, de exclusividad, y la pareja dio a entender, en el entorno social, que se trataba de una relación sentimental con cierta estabilidad.

Así, el TS afirma que la razón por la que se introdujo esta causa de extinción de la pensión compensatoria fue la de evitar que se ocultaran auténticas situaciones de convivencia con carácter de estabilidad, más o menos prolongadas, no formalizadas como matrimonio, con el fin de impedir la pérdida de la pensión compensatoria, habiendo

---

<sup>467</sup> PÉREZ UREÑA, A. A.: *Uniones de hecho: Estudio práctico de sus efectos civiles*, Ed. Edisofer, S.L., Madrid, 2000, págs. 64 - 66.

<sup>468</sup> Esta STS 42/2012, de 9 de febrero de 2012 [RJ 2012/2040] extingue la prestación compensatoria en base a que la convivencia de D<sup>a</sup> Florinda con una tercera persona durante un año y medio, tuvo el carácter de vida marital a los efectos de extinción de la pensión compensatoria, de acuerdo con lo establecido en el art. 101 del CC. El TS señala que: *“deben utilizarse dos cánones interpretativos: el de la finalidad de la norma y el de la realidad social del tiempo en que la norma debe ser aplicada. De acuerdo con el primero, la razón por la que se introdujo esta causa de extinción de la pensión compensatoria fue la de evitar que se ocultaran auténticas situaciones de convivencia con carácter de estabilidad, más o menos prolongadas, no formalizadas como matrimonio, precisamente para impedir la pérdida de la pensión compensatoria, ya que se preveía inicialmente solo como causa de pérdida el nuevo matrimonio del cónyuge deudor”*[...] *“utilizando el segundo canon interpretativo, es decir, el relativo a la realidad social del tiempo en que la norma debe aplicarse, debe señalarse asimismo que la calificación de la expresión ‘vida marital con otra persona’ puede basarse en dos puntos de vista distintos: uno, desde el subjetivo, que se materializa en el hecho de que los miembros de la nueva pareja asumen un compromiso serio y duradero, basado en la fidelidad, con ausencia de forma; otro, el elemento objetivo, basado en la convivencia estable. En general, se sostiene que se produce esta convivencia cuando los sujetos viven como cónyuges, es decir, more uxorio, y ello produce una creencia generalizada sobre el carácter de sus relaciones”*.

previsto, inicialmente, como causa de extinción, el nuevo matrimonio del cónyuge acreedor<sup>469</sup>.

Un tema bastante discutido es el relativo al momento en que operan los efectos extintivos de la prestación, si bien una solución acorde con el espíritu de la norma sería que sus efectos se produjeran desde la interposición de la demanda<sup>470</sup>, la STS 453/2018, de 18 de julio de 2018 [RJ 2018\2828], aborda esta cuestión señalando como criterio el del momento en que se produjo el hecho extintivo. En el caso de contraer nuevo matrimonio este dato puede ser determinado fácilmente, sin embargo, presenta grandes dificultades en los casos de convivencia marital, por lo que dependerá de lo que finalmente se logre probar por el obligado al pago de la pensión. Si se consigue acreditar la fecha en que se inició la convivencia, será a partir de ese momento, por lo que las pensiones cobradas se consideran como indebidas, pudiendo solicitarse su devolución.

De este cobro de lo indebido de la prestación que había sido extinguida en un litigio anterior, trata la STS 676/2019, de 17 de diciembre de 2019 [RJ 2019\5209], que estima prudente la petición de quien reclama la devolución de las cantidades percibidas por la esposa desde la fecha de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia que extinguió la pensión por convivencia marital.

---

<sup>469</sup> En el mismo sentido, la STS 179/2012, de 28 de marzo de 2012 [RJ 2012/5591], reiteró este criterio al acreditarse que la acreedora de la prestación mantenía una relación afectiva, con exclusividad, estabilidad emocional y vocación de continuidad, por lo que los hechos probados permitieron aplicar la interpretación de lo que debía entenderse por vida marital conforme al art. 101 del CC.

Clarifica un poco más esta cuestión, la STS 678/2015, de 11 de diciembre de 2015 [RJ 2015/5414], al tratar el supuesto de un matrimonio se separa y firma un convenio regulador para la separación, acordando, entre otros extremos, que ella recibirá, durante diez años, una pensión compensatoria de 18.000 € anuales. Cuando dicho convenio se firmó, ella ya convivía maritalmente con otro hombre, del que, en ese tiempo, esperaba un hijo, y el marido conocía esta circunstancia. Un tiempo más tarde, ambos presentaron demanda de divorcio de mutuo acuerdo, pero él solicitó que se declarara extinguida la pensión, al concurrir como causa de extinción prevista en el art. 101 del CC, la vida marital de la perceptora con otra persona, mientras ella solicitaba que dicha pensión se mantuviera, ya que aquella convivencia era conocida por el marido al tiempo de acordarse la pensión compensatoria en el marco del convenio regulador de separación. El TS concluyó afirmando que la pensión se mantenía, ya que, si el marido había estado de acuerdo cuando se produjo la separación, no podía dejar de estarlo cuando se solicita el divorcio, en función de la autonomía de la voluntad.

<sup>470</sup> BARBERÍA LEGARRA, A.: “Extinción de la pensión compensatoria por convivencia marital con un tercero”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9/2018 [BIB 2018\12405].



La jurisprudencia, en estas y otras sentencias, ha interpretado lo que hay que entender por “*vivir maritalmente con otra persona*”, en cuanto causa extintiva de la pensión compensatoria, exigiendo que tenga las siguientes características:

- Estabilidad, que quiere decir el transcurso de un tiempo determinado en tal situación.

- Habitualidad, es decir, duración con visos de permanencia, duradera y continuada en el tiempo.

- Personal y exclusiva en la relación interpersonal.

- Apariencia de vida en común y de intimidad sexual, lo que confirma que la relación ha de ser estable y habitual, sin que pueda tenerse en cuenta, a estos efectos, una mera relación ocasional y transitoria, ya que el requisito es que, desde el punto de vista social, debe parecer un cuasi matrimonio.

- Práctica cohabitación, que se cree una apariencia que genera la posesión de estado familiar y conyugal.

En cambio, no son requisitos indispensables para la existencia de convivencia marital las siguientes notas:

- La notoriedad, es decir, que la convivencia mantenida sea pública y aparente.

- La plena convivencia con unidad de domicilio, es decir, que la falta de vivienda en común no elimina la posibilidad de comunidad de vida, pues ésta puede organizarse de la forma en que mejor convenga a la pareja.

- También es irrelevante que la convivencia haya concluido en el momento de instar la demanda, ya que la extinción de la pensión ha de referirse al momento en que se

inició la convivencia del acreedor con una tercera persona o en el momento en que haya podido probarse.

Como puede verse de la interpretación jurisprudencial, la convivencia *more uxorio* implica, necesariamente, una cohabitación de carácter permanente y estable, exigiendo la nota de la habitualidad. Por lo tanto, debe existir una apariencia de matrimonio al emplearse este modelo como referencia, que vendrá determinado por la notoriedad, exigiéndose, asimismo, unidad de domicilio y estabilidad, si bien, en una relación *more uxorio*, la estabilidad puede variar en función de diversas circunstancias, por lo que no se puede configurar como un requisito ineludible.

En sentido contrario, no consistiría una convivencia *more uxorio*, una relación meramente esporádica o circunstancial, ni una relación de noviazgo sin convivencia, ni tampoco la cohabitación más o menos pasajera.

A pesar de que la jurisprudencia ha señalado las características, la problemática se plantea cuando el juez ha de interpretar la expresión “*vivir maritalmente con una persona*”, a los efectos de extinguir la pensión compensatoria, que no ha de entenderse como una sanción, sino, meramente, como la cesación de la obligación de mantener una prestación a cargo de una persona que ya no tiene ningún deber de socorro para con su ex cónyuge, y que está obligado, únicamente, a pagar la pensión si el divorcio ha producido un desequilibrio.

En definitiva, en virtud del principio de rogación que informa toda la materia que concierne a la pensión compensatoria, cuya concesión o modificación no procede de oficio, ha de ser el obligado a su pago quien invoque la supresión de dicha prestación y quien alegue y acredite que el perceptor vive maritalmente con otra persona, por lo que las causas de extinción deben de estar constatadas, correspondiendo la carga de la prueba a quien insta dicha causa de extinción. No obstante, una vez que se haya acreditado la

convivencia, corresponderá a la parte demandada probar que no se equipara a una unión *more uxorio*, sino que responde a otros fines u objetivos distintos<sup>471</sup>.

#### **VIII.4.- Extinción por muerte del deudor**

Conforme al art. 101 *in fine* del CC, el fallecimiento del deudor no extingue la prestación, aunque “*los herederos [...] 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*”.

La regla general establecida en el art. 101 *in fine* del CC es que la pensión no se extingue por la muerte del cónyuge deudor, a diferencia de lo que sucede con la prestación de alimentos (art. 150 del CC), por lo que la deuda se transmite *mortis causa* a sus herederos, quienes deberán seguir pagándola en los términos establecidos.

De este modo, el cónyuge acreedor de la pensión se convierte en acreedor de la herencia y los herederos sólo quedan liberarlos de su pago, en caso de que concurra alguna causa de extinción de los arts. 100 y 101 del CC, es decir, por alteraciones en la fortuna o por cese de la causa que motivó el derecho, nuevo matrimonio o convivencia marital del sujeto beneficiario con otra persona.

El mismo artículo faculta a los herederos a solicitar al juez la reducción o supresión de la pensión cuando la insuficiencia de los bienes del caudal hereditario sea insuficiente para pagar la pensión, con el objeto de que los herederos no respondan de esa deuda con su propio patrimonio; o bien, cuando perjudique las legítimas de los herederos, ya que el carácter imperativo de los preceptos reguladores de la legítima (arts. 813 y 815 del CC) impiden cualquier menoscabo a su integridad. Por lo tanto, los intereses de los herederos del deudor de la pensión prevalecen frente a los del acreedor de la misma<sup>472</sup>.

---

<sup>471</sup> ROMERO COLOMA, A. M.: “La extinción de la pensión compensatoria por convivencia marital con otra persona”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 75/2017 [BIB 2017\1980].

<sup>472</sup> DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Comentario al art. 101 del CC”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Comentarios al Código Civil, op. cit.*, págs. 1.061 - 1078.

## **IX.- ACTUALIZACIÓN DE LA PRESTACIÓN COMPENSATORIA**

El último párr. del art. 97 del CC establece respecto de la actualización de la prestación compensatoria:

*“En la resolución judicial o en el convenio regulador formalizado ante el secretario judicial o el notario se fijarán la periodicidad, la forma de pago, las bases para actualizar la pensión, la duración o el momento de cese y las garantías para su efectividad”.*

Los cónyuges pueden llegar a un consenso sobre la actualización, pero a falta de acuerdo, le corresponde al juez fijar los criterios conforme a los cuales se podrá actualizar la prestación, tanto si se trata de una prestación indefinida como de carácter temporal, lo que sólo es posible cuando consiste en el pago de una prestación periódica, no siendo factible actualizar una prestación única. La prestación compensatoria es una deuda de valor, por lo que el objeto de la actualización es realizar una revisión periódica de la cuantía, para garantizar el mantenimiento del poder adquisitivo.

El baremo más habitual de actualización suele ser el Índice de Precios al Consumo anual, que publica el Instituto Nacional de Estadística desde la fecha en que se dictó la sentencia de separación o divorcio en un proceso contencioso<sup>473</sup>.

## **X.- RENUNCIA A LA PRESTACIÓN COMPENSATORIA**

La extinción del derecho a la prestación compensatoria puede producirse por la renuncia efectuada por el cónyuge, pudiendo convenirse en la separación o divorcio o bien previamente. En materia de prestaciones por desequilibrio, prima la voluntad de los cónyuges, por lo que los acuerdos alcanzados en capitulaciones matrimoniales, en documento privado o en convenio regulador pueden ser eficaces.

---

<sup>473</sup> DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Comentario al art. 97 del CC”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Comentarios al Código Civil, op. cit.*, págs. 1.017 - 1.038.

La renuncia es válida cuando el consentimiento es pleno, pero si se renuncia sin saber las circunstancias que concurrirán en el momento que se materialice la ruptura, y el cambio es importante y de imposible previsión en el momento de la renuncia, o bien se desconocen las circunstancias económicas del otro cónyuge, la renuncia será ineficaz, quedando la valoración del desequilibrio a discrecionalidad del juez<sup>474</sup>.

En este sentido, el CC permite la exclusión voluntaria de la ley aplicable siempre que no sea contraria al orden público y perjudique a terceros; a todo esto se añade que, cuando la ley pretende que un derecho no sea renunciable lo dice expresamente. En base a ello, la jurisprudencia ha aceptado estas renunciaciones hechas en capitulaciones matrimoniales, convenios privados o en convenios de separación de hecho, siempre que no hayan devenido ineficaces por la existencia de vicios de consentimiento o abuso de derecho, por la consideración del posible carácter alimenticio de la pensión compensatoria concreta o por la ineficacia sobrevenida por cambios de circunstancias.

Hay que tener en cuenta que, cuando los cónyuges pactan la separación de bienes no se puede establecer que incurren en una renuncia tácita a la pensión compensatoria, y así la STS 2009/1637, de 10 de marzo de 2009 [RJ 2009/1637], dice que, aunque los cónyuges disuelvan la sociedad de gananciales y liquiden la misma optando por la separación de bienes, no incurren en renuncia a la pensión compensatoria<sup>475</sup>: *“de la redacción del pacto IV, se desprende con absoluta claridad que la voluntad de los esposos de correr con sus gastos “de cualquier tipo y en cualquier circunstancia” era tan sólo una de las consecuencias del régimen de separación por el que habían optado en sustitución del legal de gananciales que hasta entonces regía la economía del matrimonio, faltando razones para entender que además existía en los cónyuges el ánimo de renunciar a la pensión por desequilibrio del art. 97 del CC”*.

---

<sup>474</sup> SAURA ALBERDI, B.: *La pensión compensatoria; criterios delimitadores de su importe y extensión*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 251 - 260.

<sup>475</sup> ZAMORA SEGOVIA, M. L., NIETO MORALES, C., HERNANDO RAMOS, S. y TORRES REVIRIEGO, M. R.: *Guía de intervención familiar en casos de separación, divorcio y protección de menores*, Ed. Dykinson, 2016, págs. 139 - 144.

También son frecuentes en la práctica, los pactos sobre la renuncia anticipada de la prestación compensatoria previos al matrimonio, si bien la tendencia actual tanto de la jurisprudencia como del legislador, es a restringir los casos en que se concede con carácter indefinido, son admisibles siempre que se respeten los límites de la autonomía privada, negándose validez a los pactos de renuncia que contravengan los límites genéricos del art. 1255 del CC; no superen el control de los requisitos generales del art. 1262 del CC, esto es, consentimiento, objeto y causa; y superen las circunstancias sobrevenidas<sup>476</sup>.

Sobre esta cuestión, se ha pronunciado la STS 315/2018, de 30 de mayo de 2018, en la que el motivo de casación se funda en la infracción de la doctrina casacional sobre la validez de los pactos prematrimoniales y los límites de los mismos, recogida, entre otras, en la STS 392/2015, de 24 de junio de 2015, conforme a la cual, los pactos prematrimoniales no pueden ser contrarios a la ley, la moral o al orden público, ni causar perjuicios a terceros. En el caso de la STS de 30 de mayo de 2018, la cónyuge había renunciado a la pensión compensatoria ante notario, concluyendo el TS que es un negocio jurídico válido al declarar que: *“ambos cónyuges habían contraído matrimonios previos, de los que habían obtenido el divorcio. Dña. Gloria se desplazó desde Rusia, para luego traer a su hija, con consentimiento de D. Jose Miguel. Convivieron desde 2006 y el acta de notarial de manifestaciones se otorga en 2009, seis meses antes de contraer matrimonio. La demanda de divorcio se interpone seis años después. En la sentencia de instancia, no contradicha en este aspecto por la de apelación, consta que Dña. Gloria conocía el idioma castellano cuando firmó el acta de manifestaciones, como lo garantiza la presencia del fedatario público. D. Jose Miguel otorgó testamento el 21 de diciembre de 2011 instituyendo heredera a Dña. Gloria y mejorándola. Igualmente la nombró beneficiaria en las prestaciones de la Mutualidad de la Abogacía. De lo expuesto cabe razonar que Dña. Gloria conocía lo que firmó y la trascendencia de lo declarado, por su conocimiento del idioma, por su experiencia en una crisis matrimonial previa, y por la posibilidad de obtener explicaciones del notario”*.

---

<sup>476</sup> SILLERO CROVETTO, B.: “Pactos en previsión de crisis matrimonial: legalidad y contenido”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 769/2018, pág. 2.796.

## **XI.- LAS DISTINTAS RESPUESTAS A LA PRESTACIÓN COMPENSATORIA EN EL DERECHO CIVIL PROPIO DE LAS CCAA**

### **XI.1.- La Ley 25/2010, de 29 de junio, que aprueba el Libro II del CC de Cataluña, relativo a la persona y a la familia<sup>477</sup>**

El CCCat, en su art. 233-14, para establecer la prestación compensatoria parte de que tiene que existir un perjuicio, además, la fijación de la prestación compensatoria tiene que tener en cuenta tres consideraciones:

- En primer término, la ruptura matrimonial supone, en muchas ocasiones, un empeoramiento en la vida de ambos cónyuges.

- En segundo lugar, la crisis matrimonial no puede producir que uno de los cónyuges pase a vivir mejor económicamente que constante el matrimonio, si bien sí puede pasar a vivir mucho mejor que antes del matrimonio.

- En último término, la prestación compensatoria no puede conllevar que el cónyuge que tiene derecho a percibirla pase a tener una posición económica mejor que el que está obligado al pago.

Así, dice el art. 233.14 del CCCat:

1. *“El cónyuge cuya situación económica, como consecuencia de la ruptura de la convivencia, resulte más perjudicada tiene derecho a una prestación compensatoria que no exceda del nivel de vida de que gozaba durante el matrimonio ni del que pueda mantener el cónyuge obligado al pago, teniendo en cuenta el derecho de alimentos de los hijos, que es prioritario. En caso de nulidad del matrimonio, tiene derecho a la prestación compensatoria el cónyuge de buena fe, en las mismas circunstancias.*
2. *Se pierde el derecho a reclamar la prestación compensatoria si no se solicita en el primer proceso matrimonial o se establece en el primer convenio regulador.*
3. *Si uno de los cónyuges muere antes de que pase un año desde la separación de hecho, el otro, en los tres meses siguientes al fallecimiento, puede reclamar a los herederos su derecho a la prestación compensatoria. La misma regla debe aplicarse si el procedimiento matrimonial se extingue por el fallecimiento del cónyuge que debería pagarla”.*

---

<sup>477</sup> La Ley 25/2010, de 29 de junio, que aprueba el Libro II del CC de Cataluña, relativo a la persona y a la familia (BOE de 21 de agosto de 2010, núm. 203).

Lo primero que establece el art. 233-14.1 del CCCat es que, atendiendo al derecho de alimentos, que es prioritario, la prestación compensatoria no excederá del nivel de vida que existía durante el matrimonio, ni de la que pueda mantener el cónyuge obligado al pago.

El ordenamiento catalán se basa en un régimen supletorio de separación de bienes y convencional de comunidad, y en él coexisten dos figuras claramente diferenciadas, como son la prestación y el derecho de compensación que se puede dar en el régimen de separación de bienes. Ambas tienen como finalidad compensar a uno de los cónyuges, pero su ámbito de aplicación es diferente.

Con la prestación compensatoria se pretende compensar a un cónyuge que, tras la separación o el divorcio, pasa a vivir peor que durante el matrimonio, con independencia de si trabajó para la casa, si trabajó para el otro cónyuge o si tiene bienes.

El derecho de compensación sólo tiene objeto cuando uno de los cónyuges ha trabajado sustancialmente para la casa más que el otro (art. 232-5 del CCCat), si ha trabajado para el otro sin retribución o con una retribución insuficiente (art. 232-5.2 del CCCat). También pueden darse casos de situaciones mixtas, en cuyo caso, se mantiene el derecho a percibir ambas compensaciones (art. 232-10 del CCCat), si bien para fijar la pensión compensatoria, se tendrá que tener en consideración lo percibido por el derecho de compensación (art. 233-15.a) del CCCat).

En el supuesto de que uno de los cónyuges fallezca antes de que pase un año desde la separación de hecho, el otro podrá interponer demanda, dentro de los tres meses siguientes a la muerte del causante, sólo a efectos de determinar su derecho a la prestación compensatoria (art. 233-14.3 del CCCat); la misma regla será de aplicación en aquellos supuestos en que el procedimiento matrimonial se extinga por causa del óbito del cónyuge que tendría que abonar la prestación compensatoria (art. 233-14.3, *in fine*, del CCCat).



En este orden de cosas, el ordenamiento catalán ha establecido diversos criterios para determinar la prestación compensatoria y así facilitar la labor del juez en aquellos supuestos en que los cónyuges no han logrado alcanzar un acuerdo. Estos criterios para determinar la prestación compensatoria los establece el art. 233-14 del CCCat:

*“Para fijar el importe y duración de la prestación compensatoria, debe valorarse especialmente:*

*a) La posición económica de los cónyuges, teniendo en cuenta, si procede, la compensación económica por razón de trabajo o las previsibles atribuciones derivadas de la liquidación del régimen económico matrimonial.*

*b) La realización de tareas familiares u otras decisiones tomadas en interés de la familia durante la convivencia, si eso ha reducido la capacidad de uno de los cónyuges para obtener ingresos.*

*c) Las perspectivas económicas previsibles de los cónyuges, teniendo en cuenta su edad y estado de salud y la forma en que se atribuye la guarda de los hijos comunes.*

*d) La duración de la convivencia.*

*e) Los nuevos gastos familiares del deudor, si procede”.*

- En primer término, hay que tomar en consideración la duración del matrimonio (art. 233-15.d) del CCCat), siendo totalmente diferente un matrimonio que ha tenido una duración prolongada en el tiempo, a otro cuya duración ha sido fugaz.

- En segundo lugar, hay que tener en cuenta la situación económica de ambos cónyuges después del matrimonio, tanto el patrimonio que tienen (art. 233-15.a) del CCCat), como las perspectivas económicas previsibles (art. 233-15.c) del CCCat). La edad y el estado de salud de ambos cónyuges también serán determinantes en la cuantificación de la prestación.

Para valorar la posición económica de los cónyuges habrá que tener en consideración, si es procedente, la compensación por razón de trabajo y otras atribuciones que se hayan podido percibir como consecuencia de la liquidación del régimen económico matrimonial, pues si el matrimonio se regía por un régimen de comunidad, la liquidación del régimen puede determinar que ambos cónyuges queden en una situación económica similar.

- En último término, el CCCat enumera tres circunstancias, más o menos abiertas, que tendrá que tener en cuenta el juez, si bien no implican una cláusula de cierre:

La primera es la forma en que se ha atribuido la custodia de los hijos, pues en el caso de otorgar la custodia exclusiva a favor de uno de los progenitores, esta circunstancia incide en sus perspectivas económicas y en su acceso al mercado laboral.

La segunda es la realización de tareas familiares u otras decisiones tomadas en interés de la familia durante el matrimonio que pudieran haber disminuido la capacidad de ingresos de uno de los cónyuges una vez producida la crisis matrimonial. Hay que tener en cuenta que el matrimonio genera unas perspectivas de perdurabilidad entre los cónyuges y en el caso de producirse la ruptura, es necesario compensar las consecuencias de la no permanencia.

La tercera consiste en tener en cuenta los nuevos gastos familiares del cónyuge deudor.

Por lo que respecta a los pactos sobre la prestación compensatoria, el art. 233-16 del CCCat establece lo siguiente:

- 1. “En previsión de ruptura matrimonial, puede pactarse sobre la modalidad, cuantía, duración y extinción de la prestación compensatoria, de acuerdo con el artículo 231-20.*
- 2. Los pactos de renuncia no incorporados a un convenio regulador no son eficaces en lo que comprometan la posibilidad de atender a las necesidades básicas del cónyuge acreedor”.*

En lo que se refiere al pago de la prestación compensatoria, los cónyuges pueden pactar el pago de una pensión o la entrega de un capital, según establece el art. 233-17 del CCCat:

- 1. “La prestación compensatoria puede atribuirse en forma de capital, ya sea en bienes o en dinero, o en forma de pensión. En caso de desacuerdo, la autoridad judicial debe emitir una resolución sobre la modalidad de pago atendiendo a las circunstancias del caso y, especialmente, a la composición del patrimonio y a los recursos económicos del cónyuge deudor.*
- 2. En caso de atribución en forma de capital, la autoridad judicial, a petición del cónyuge deudor, puede aplazar el pago u ordenar que se haga a plazos, con un vencimiento máximo de tres años y con devengo del interés legal a contar del reconocimiento.*
- 3. En caso de atribución en forma de pensión, esta debe pagarse en dinero y por mensualidades avanzadas.*
- 4. A petición de parte, pueden establecerse garantías y fijar criterios objetivos y automáticos de actualización de la cuantía. La prestación compensatoria en forma de pensión se otorga por un período limitado, salvo que concurran circunstancias excepcionales que justifiquen fijarla con carácter indefinido”.*

En principio, se parte de que, si hay acuerdo entre los cónyuges, se puede pagar la prestación compensatoria en bienes, en dinero, o mediante una pensión. Si no hay consenso entre ambos, el juez podrá acordar la modalidad de pago, precisando que deben atenderse las circunstancias del caso y, en especial, la composición y los recursos económicos del cónyuge deudor (art. 233-17.1 del CCCat). Asimismo, se señala el plazo de tres años para la liquidación en forma de capital (art. 233.17 del CCCat).

Cuando la prestación compensatoria deba abonarse en forma de pensión, será en dinero y por mensualidades anticipadas (art. 233-17.3 del CCCat) y a petición de parte, el juez puede establecer las garantías y fijar los criterios objetivos y automáticos de actualización de la cuantía (art. 233-17.3 del CCCat).

Por lo tanto, la normativa señala unos parámetros para que sean tenidos en cuenta por el juez a la hora de establecer el importe de la prestación compensatoria que, en principio, será limitado.

Por su parte, el art. 232-2.3.a) del CCCat indica que el convenio regulador de separación o divorcio puede contener la prestación compensatoria que se atribuya a uno de los cónyuges, en el cual se plasmará la forma de pago y de ser el caso, la duración, los criterios de actualización y las garantías de la prestación. Si no se ha alcanzado un acuerdo, a petición de uno de los cónyuges, el juez fijará la prestación compensatoria (art. 233-4.2 del CCCat), sin que se haga mención en la norma de las bases para su actualización.

En cuanto a la modificación de la prestación compensatoria, dispone el art. 233-18 del CCCat:

1. *“La prestación compensatoria fijada en forma de pensión solo puede modificarse para disminuir su importe si mejora la situación económica de quien la percibe o empeora la de quien la paga.*
2. *Para determinar la capacidad económica del deudor, deben tenerse en cuenta sus nuevos gastos familiares y debe darse prioridad al derecho de alimentos de todos sus hijos”.*

En este sentido, cuando se ha establecido una prestación compensatoria en forma de pensión, no puede ser modificada por alteración de las circunstancias que se tuvieron en cuenta para determinar su existencia. Sin embargo, se puede modificar la prestación si varía la situación económica de los cónyuges, esto es, si empeora el acreedor o bien, mejora el deudor (art. 233-18.1 del CCCat).

En el supuesto de que los cónyuges posean la vivienda familiar por tolerancia de un tercero, la pérdida del uso de la misma, puede suponer un aumento de la prestación compensatoria (art. 233-21.3 del CCCat).

También se puede modificar la prestación compensatoria, en este caso a la baja, si se tienen nuevos hijos de otra relación, pues así lo establece el art. 233-18.2 del CCCat al decir que, para determinar la capacidad económica del deudor, se ha de tener en cuenta sus nuevos gastos familiares y se ha de priorizar el derecho de alimentos de todos sus hijos.

En cambio, si se recibe la prestación compensatoria como capital, no le afectarán al acreedor las causas de modificación ni las de extinción.

Por lo que se refiere a las causas de extinción, si se recibe la prestación como una pensión, se extinguirá cuando transcurra el tiempo señalado y en varios supuestos que establece el art. 233-19 del CCCat:

*1. “El derecho a la prestación compensatoria fijada en forma de pensión se extingue por las siguientes causas:*

*a) Por mejora de la situación económica del acreedor, si dicha mejora deja de justificar la prestación, o por empeoramiento de la situación económica del obligado al pago, si dicho empeoramiento justifica la extinción del derecho.*

*b) Por matrimonio del acreedor o por convivencia marital con otra persona.*

*c) Por el fallecimiento del acreedor.*

*d) Por el vencimiento del plazo por el que se estableció.*

*2. El derecho a la prestación compensatoria fijada en forma de pensión no se extingue por el fallecimiento del obligado al pago, aunque el acreedor o los herederos del deudor pueden solicitar su sustitución por el pago de un capital, teniendo en cuenta el importe y, si procede, la duración de la pensión, así como el activo hereditario líquido en el momento del fallecimiento del deudor”.*

- En primer término, la prestación compensatoria puede extinguirse cuando la posición económica del deudor mejora y cuando la del acreedor empeora y esta alteración puede ser permanente.

- En segundo lugar, si se produce un nuevo matrimonio o una convivencia marital con otra pareja del acreedor de la prestación compensatoria (art. 233-19.b) del CCCat).

- En último término, la prestación compensatoria se extingue por el fallecimiento del acreedor de la pensión (art. 233-19.c) del CCCat).

Sin embargo, la muerte del deudor no produce la extinción de la obligación, que la tendrán que seguir abonando sus herederos conforme al art. 233-19.2 del CCCat, que señala que: *“el derecho a la prestación compensatoria fijada en forma de pensión no se extingue por el fallecimiento del obligado al pago, aunque el acreedor o los herederos del deudor pueden solicitar su sustitución por el pago de un capital, teniendo en cuenta el importe y, si procede, la duración de la pensión, así como el activo hereditario líquido en el momento del fallecimiento del deudor”*. Lo que se pretende, no es extinguir la pensión, sino finalizar una situación que puede ser conflictiva, así como liquidar las obligaciones pendientes, transformando la pensión en un capital<sup>478</sup>.

## **XI.2.- El Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el Título del “Código del Derecho Foral de Aragón”, el *Texto refundido de las Leyes Civiles Aragonesas*<sup>479</sup>**

El art. 84 del CDF de Aragón regula la denominada *“asignación compensatoria”* en el siguiente sentido:

---

<sup>478</sup> GARRIDO MELERO, M.: *Derecho de Familia (Un análisis del Código Civil Catalán y su correlación con el Código Civil español)*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, págs. 465 a 480.

<sup>479</sup> El Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el Título del “Código del Derecho Foral de Aragón”, el *Texto refundido de las Leyes Civiles Aragonesas* (BA de 29 de marzo de 2011, núm. 67).

1. *“El progenitor al que la ruptura de la convivencia produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior a la convivencia, tendrá derecho a percibir del otro una asignación compensatoria.*
2. *La cuantía y la naturaleza temporal o indefinida de la asignación serán determinadas por el juez mediante la ponderación equitativa de los siguientes criterios*
  - a) *Los recursos económicos de los padres.*
  - b) *La edad del solicitante, sus perspectivas económicas y las posibilidades de acceso al mercado de trabajo.*
  - c) *La atribución del uso de la vivienda familiar.*
  - d) *La duración de la convivencia.*
3. *La asignación compensatoria podrá tener cualquier contenido patrimonial, periódico o de única entrega, siempre que permita el cumplimiento de su finalidad.*
4. *La asignación compensatoria se revisará en los casos de variación sustancial de la situación económica del receptor o del pagador.*
5. *La asignación compensatoria se extinguirá en los supuestos de nueva convivencia marital del receptor, alteración sustancial de los criterios económicos en función de los cuales se determinó, la muerte del receptor, cumplimiento del plazo de duración, así como por el incumplimiento de su finalidad”.*

La asignación compensatoria se concibe como una prestación económica que se reconoce al cónyuge a quien la ruptura de la convivencia produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro. No tiene, por tanto, naturaleza indemnizatoria ni alimenticia.

El art. 83 de la CDFA contempla en sus apdos. 2 y 3 dos variantes de la asignación compensatoria:

- La prestación única.
- La pensión periódica, que como regla general, será de duración temporal, si bien también puede ser indefinida, sin un plazo concreto, lo que no significa que sea vitalicia, ya que puede ser objeto de revisión y de extinción.

Si no existe acuerdo entre los cónyuges, será el juez quien, teniendo en cuenta las circunstancias concretas, valore la idoneidad del cónyuge acreedor para superar el desequilibrio económico.

En cuanto a la forma de pago, el art. 83.3 de la CDFA prevé con gran amplitud que “podrá tener cualquier contenido patrimonial”, siempre que permita el cumplimiento de su finalidad.

- Si se trata de una prestación única, podrá consistir en la entrega tanto de una cantidad de dinero como de bienes.

- Si consiste en una pensión (lo más habitual), consistirá en la entrega de una cantidad pecuniaria.

Para la determinación de su cuantía, el juez habrá de ponderar equitativamente las circunstancias previstas en el art. 83.2 de la CDFFA:

- a) Los recursos económicos de los progenitores (debiendo tener en cuenta el régimen económico matrimonial).
- b) La edad del solicitante, sus perspectivas económicas y posibilidades de acceso al mercado de trabajo.
- c) La edad de los hijos, entendiéndose a cargo.
- d) La atribución, en su caso, del uso de la vivienda familiar.
- e) Las funciones familiares desempeñadas por los progenitores.
- f) La duración del matrimonio.

El juez podrá adoptar las medidas cautelares necesarias para garantizar la efectividad de la asignación (art. 79.3 de la CDFFA).

Por su parte, el art. 83.4 de la CDFFA permite la revisión judicial de la asignación si existe una alteración sustancial de la situación económica ya sea del perceptor o del pagador.

En último término, el art. 83.5 de la CDFFA contempla su extinción por las siguientes causas:

- Nueva convivencia marital del perceptor.
- Alteración sustancial de los criterios económicos en base a los cuales se estableció.

- Muerte del perceptor, no así del pagador, por tratarse de una obligación de índole patrimonial.
- Cumplimiento del plazo de duración, en caso de ser temporal (no es prorrogable).
- Incumplimiento de su finalidad.

Se trata de una lista abierta a la que habrá que añadir otras posibles causas de extinción, tales como el nuevo matrimonio del perceptor o su renuncia, ya sea expresa o tácita<sup>480</sup>.

**XI.3.- La Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil<sup>481</sup> y la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores del País Vasco<sup>482</sup>**

La Ley 7/2015 no incluye la pensión compensatoria, ya que sólo se aplica a las relaciones familiares en caso de progenitores con hijos menores de edad o con la capacidad modificada y, en caso de mayores de edad, en relación con los alimentos de éstos cuando se cumplan los requisitos para su procedencia.

A esta solución se llega por el propio título de la Ley que deja claro que va a regular las relaciones familiares en los supuestos de ruptura de los progenitores, no de cónyuges.

El art. 2.1 de la LRF delimita el ámbito de aplicación en los que los “*progenitores que tengan la autoridad parental sobre sus hijos o hijas, ostentan la vecindad civil vasca*”.

El hecho de no incluir la pensión compensatoria ha sido voluntario por parte del legislador vasco, dado que no tenía cabida en la presente ley.

---

<sup>480</sup> CHAPARRO MATAMOROS, P. y MUÑOZ RODRIGO, G.: *Las crisis familiares, op. cit.*, págs. 467 - 503.

<sup>481</sup> La Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco (BOE de 24 de julio de 2015, núm. 176).

<sup>482</sup> Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores (BOE de 24 de julio de 2015, núm. 176).



Sin embargo, en los supuestos de mutuo acuerdo, en el art. 5.2 de la LRF dice expresamente que “*el convenio regulador deberá contener, al menos, los siguientes extremos*”, por lo tanto, aunque no se recoja una mención a la pensión compensatoria, se puede establecer por acuerdo entre los cónyuges.

Pese a que la LRF no regula la pensión compensatoria, si se tiene que acudir a un procedimiento contencioso, podrá solicitarse, acudiendo al amparo de las normas establecidas al respecto al CC, que se mantiene como norma supletoria<sup>483</sup>.

#### **XI.4.- La Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de la *Compilación Foral de Navarra o Fuero Nuevo***<sup>484</sup>

Las normas de las leyes 103 a 105 del FN se refieren al régimen económico del matrimonio que se ve afectado por los efectos de la crisis matrimonial y se recoge la posibilidad de abonar una “*compensación por desequilibrio*”.

La ley 103 del FN establece como principio la libertad de pactos de los cónyuges en previsión de la ruptura matrimonial, relativos a los efectos económicos.

La libertad de pactos entre los cónyuges, tiene que respetar las formalidades que la ley exige para su validez, en virtud de la ley 17 del FN en relación con la ley 18 del FN, las declaraciones de voluntad que no respeten la forma establecida en normas propias carecen de eficacia, así como las formuladas tácitamente o por silencio. Por lo tanto, el Fuero Nuevo se aleja del principio de libertad de forma que inspira gran parte del Derecho del CC, otorgando relevancia a la forma en que se establezcan los pactos.

La ley 103 del FN distingue entre los pactos internos entre los cónyuges y los que se hayan incorporado al convenio regulador de separación o divorcio, pues éstos últimos,

---

<sup>483</sup> AYERRA MICHELENA, K.: *Derecho Civil Vasco de Familia, Comentario crítico a la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2016, págs. 409 a 411.

<sup>484</sup> La Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la *Compilación Foral de Navarra o Fuero Nuevo* (BOE de 8 de junio de 2019, núm. 137).

quedan sometidos en cuanto a sus requisitos (contenido mínimo, presupuestos, formalidades, etc.) a los establecidos en la normativa procesal y sustantiva de Derecho estatal que, en el ámbito sustantivo, son las de los arts. 81 a 83, y 86 y 87 y 90 del CC.

Por consiguiente, si los cónyuges pactan condiciones relativas a la ruptura de su matrimonio, podrán surtir efectos jurídicos distintos según sean o no incorporados al convenio regulador.

Dentro de los pactos no incorporados al convenio, se distingue entre los acuerdos plasmados en documento privado o en documento público y, a su vez, respecto a otros que no hayan sido documentados.

Según señala la norma, los pactos formalizados en documento privado tendrán “*los efectos que correspondan*”, pero además añade que, ocurrirá lo mismo en caso de establecerse en escritura pública (lo que puede quizá significar que se exige forma documental para la eficacia de los pactos entre los cónyuges, pero no necesariamente la escritura pública). Tampoco se establece la invalidez de los pactos que no se documenten, pues de acuerdo con la ley 19 del FN, la forma no es exigencia de validez.

En consecuencia, debe interpretarse que la escritura pública no constituye requisito de perfección *ad solemnitatem* de los pactos interconyugales, con independencia de la eficacia probatoria de los documentos públicos respecto a la de los documentos privados. Por lo tanto, y a efectos prácticos, será más fácil hacer cumplir un pacto formalizado en escritura pública que si se hubiera formalizado en documento privado; pero ello no significa que los pactos en documento privado, o incluso no documentados, sean por si mismos nulos (salvo lo dispuesto en la ley 83 del FN para el caso de las capitulaciones matrimoniales, por la trascendencia que puedan tener para terceras personas).

La libertad de pactos entre los cónyuges encuentra un límite, en caso de afectar a la titularidad de la autoridad parental sobre los hijos menores o con capacidad judicialmente modificada que se encuentren bajo su custodia, dado que se trata de una

materia indisponible que determinaría su absoluta nulidad. Del mismo modo, tampoco serían válidos los pactos que no regulen el deber de uno de los progenitores de sostener a los hijos menores o con discapacidad. Si no se alcanzan pactos válidos y eficaces entre los cónyuges, será el juez quien determine los efectos que produce la ruptura matrimonial sobre el régimen económico matrimonial.

A estos efectos, la ley 104 del FN aporta criterios sobre la contribución de cada cónyuge al sostenimiento de los hijos mayores de edad y respecto a la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de ellos, cuando no existan hijos comunes menores de edad y sea el cónyuge más necesitado de protección, con independencia de la titularidad sobre el inmueble (apdo. 2º de la ley 104 del FN). Esta posibilidad se sujeta a los tres límites legales que siguen:

- 1) Respetar la preferencia de los derechos al uso de la vivienda familiar a favor de los hijos menores de edad, cuyo régimen contempla la ley 72 del FN.
- 2) La duración será *“temporal en todo caso”*, lo que impide obtenerlo con carácter vitalicio, o indefinido.
- 3) El plazo será fijado judicialmente, teniendo en cuenta las circunstancias del caso y dejando a salvo *“las necesidades de habitación de los hijos mayores de edad que sigan siendo dependientes económicamente”*, a las que se prestará particular atención al adoptar la decisión.

La ley 105 del FN describe así la compensación por desequilibrio:

*“Cuando uno de los cónyuges quede en el momento de la ruptura del matrimonio en una situación de desequilibrio económico en relación con la posición del otro, como consecuencia de su dedicación a la familia, el juez podrá establecer a su favor, si así se solicita, una pensión por desequilibrio que podrá consistir en una prestación temporal o indefinida o en una cantidad a tanto alzado”.*

La descripción se asemeja a la del art. 97 del CC, si bien su texto es más completo pues aclara que el desequilibrio de uno de los cónyuges respecto a la posición del otro ha de provenir *“de su dedicación a la familia”*, en lugar de lo dispuesto en el CC, que se

refiere a “un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio” sin concretar la causa.

Ambas normas coinciden en que la compensación puede establecerse mediante una prestación a tanto alzado (única), o bien mediante una pensión periódica, ya sea de carácter temporal, o indefinido. Si bien, según la ley 105 del FN, en caso de pago periódico, podrá ser modificada tanto en su cuantía como en su duración, cuando “*sobrevengan circunstancias en uno u otro cónyuge que alteren las contempladas en el momento de su establecimiento*”; mientras que la modificación y actualización de la pensión aparecen en otros términos en los arts. 97 in fine, y 100 del CC.

Los tribunales, para reconocer la procedencia de la compensación, han tenido en cuenta la concurrencia de algunas de las circunstancias enumeradas en el art. 97 del CC, y también en la ley 105 del FN. En el apdo. 2 de la norma navarra se incluye como circunstancia relevante: “*la posición derivada de las transferencias patrimoniales que, conforme al régimen económico matrimonial, hayan tenido lugar durante el matrimonio para uno y otro cónyuge*” (que no explicita el art. 97 CC).

En cuanto a las causas de extinción de la prestación por compensación, se recogen las mismas previstas en el art. 101 del CC: el fallecimiento del acreedor, contraer nuevo matrimonio o relación marital o de pareja estable y el cese de la causa que la motivó; además, en la ley 105 del FN se añade la fundada en el cumplimiento del plazo por el que se concedió la pensión<sup>485</sup>.

---

<sup>485</sup> CHAPARRO MATAMOROS, P. y MUÑOZ RODRIGO, G.: *Las crisis familiares*, op. cit., págs. 581 - 616.

## **XII.- LA PENSIÓN COMPENSATORIA EN EL DERECHO COMPARADO DE LOS PAÍSES DE NUESTRO ENTORNO JURÍDICO-CULTURAL: FRANCIA, ITALIA Y PORTUGAL**

### **XII.1.- La pensión compensatoria en Francia**

En Francia, cuando se produce un procedimiento de divorcio, el juez podrá acordar provisionalmente el pago de una pensión de alimentos al cónyuge necesitado, para asegurar su subsistencia (art. 255 del CCF<sup>486</sup>), finalizando dicha obligación de socorro cuando recaiga sentencia.

Para compensar las disparidades que puede ocasionar la ruptura del vínculo matrimonial, se puede determinar una pensión compensatoria (art. 270 del CCF), o una pensión de naturaleza mixta, de alimentos e indemnizatoria.

En caso de divorcio de mutuo acuerdo, los cónyuges pueden fijar la existencia, cuantía y plazo de la prestación, si bien, en caso de homologación judicial, el juez puede rechazar esta prestación si advierte la concurrencia de perjuicios para el cónyuge acreedor (art. 268 del CCF) y lo mismo hará en caso de divorcio contencioso (art. 270 del CCF).

Respecto a la cuantía de la prestación compensatoria, se fijará en atención de las necesidades del deudor y los recursos del acreedor, para ello, el juez tendrá en cuenta la situación existente en el momento del divorcio y la evolución de las circunstancias en un futuro para cada una de las partes (art. 271 del CCF), la duración del matrimonio, edad y salud de los cónyuges, cualificación y situación profesional y laboral, las consecuencias de las decisiones tomadas por uno de los cónyuges durante la vida en común respecto a la educación de hijos y el sacrificio realizado en favor de la familia.

---

<sup>486</sup> *Code Civil* francés que incluye las reformas siguientes: Loi 70-459 de 4 de junio de 1970; Loi 2002-305 de 4 de marzo de 2002; Loi 2004-439 de 26 de mayo de 2004; Loi 2016-1547 de 18 de noviembre de 2016; Loi 20149-1480 de 28 de diciembre de 2019; y Loi 2020-936 de 30 de julio de 2020.

Asimismo, también tendrá que valorar el patrimonio estimado o previsible tras la liquidación del haber común, los derechos preexistentes y futuros y la situación de los cónyuges en el momento de jubilarse. En base a ello, los cónyuges deberán facilitar al juzgador una declaración jurada certificando la exactitud de sus recursos económicos, rendimientos, patrimonio y otras circunstancias respecto a su modo de vida (art. 272 del CCF).

Para fijar esta prestación compensatoria, la jurisprudencia ha determinado que no se tendrá en cuenta los posibles derechos en la sucesión de los cónyuges.

En cuanto al momento del devengo de la prestación, la misma resulta exigible desde el momento en que adquiere firmeza la sentencia, si bien la resolución de primera instancia puede ser objeto de ejecución provisional para el supuesto de que se aprecie en la dilación procesal y con motivo de los recursos, daños y perjuicios de difícil reparación para el deudor.

La prestación compensatoria fijada de mutuo acuerdo puede consistir en una cantidad mensual, una renta, renuncia de derechos, un pago único, o estar condicionada si ocurre un hecho determinado (art. 278 del CCF), si bien, en cualquier caso, podrá ser objeto de posterior modificación (art. 279 del CCF). Por su parte, la prestación compensatoria fijada judicialmente se regula en el art. 274 del CCF y en el mismo se indican otras formas de compensación, como la cesión de una propiedad, derechos de uso, etc., también excepcionalmente, y siempre de manera motivada, el juez podrá fijar una renta vitalicia; siendo posible su modificación o extinción en función de las circunstancias que le sobrevengan a los cónyuges (art. 276-3 del CCF).

En caso de fallecimiento del deudor, el pago de la prestación compensatoria, en la forma que se haya adoptado, se incluye como crédito en los derechos sucesorios del deudor (art. 280 del CCF). Si se previó un pago fraccionado, es inmediatamente exigible y si adoptó la modalidad de renta, se sustituye de inmediato por el capital exigible. En todo caso, los herederos pueden decidir mantener las formas y modalidades que se adoptaron

en la resolución judicial, pero deberán obligarse personalmente garantizando el pago (art. 280-1 del CCF).

Por último, el art. 266 del CCF prevé que un cónyuge pueda demandar a otro por daños y perjuicios, si bien, únicamente, puede ser interpuesta con la demanda de divorcio y sólo en los casos en que se alegue como causa la “culpa” o la alteración del vínculo conyugal<sup>487</sup>.

En esta misma línea, el cónyuge gravemente perjudicado con la disolución del matrimonio puede solicitar una indemnización, cuando las consecuencias de los daños y perjuicios sean de especial gravedad o relevancia, que serán aquellas que exceden de las habituales en personas que se encuentran en similar situación, como p. ej., que uno de los cónyuges de edad avanzada y gravemente enfermo no puede contar con el otro para que lo asista, siendo indispensable recurrir a una ayuda de un tercero<sup>488</sup>.

## **XII.2.- La pensión compensatoria en Italia**

En el momento de decretar la separación de los cónyuges en Italia, el juez, en beneficio del cónyuge que no es responsable de la separación, puede establecer el derecho a recibir del otro cónyuge lo necesario para su manutención, si no tiene ingresos propios o son insuficientes. El alcance de esta obligación se determina en relación con las circunstancias y los ingresos del cónyuge obligado a prestarla, si bien teniendo en cuenta que, la obligación de prestar pensión alimentos a los hijos, debe mantenerse intacta.

El juez que declare la separación podrá exigir al cónyuge que aporte una adecuada garantía real o personal si existe peligro de que pueda incumplir las obligaciones establecidas.

---

<sup>487</sup> DAVID, S.: “Calcul de la prestation < compensatoire > en présence d'un patrimoine professionnel”, *AJ famille*, núm. 4/2020.

<sup>488</sup> Dalloz, Lefebvre Dalloz: “Le droit de famille”; “Les cas de divorce”, 2021; “Le jugement de divorce”; “Le divorce et ses effets (personnels et patrimoniaux)”, 2021; “L’ autorité parentale”, 2021.

En caso de incumplimiento, el juez puede ordenar la incautación de parte de los bienes del cónyuge obligado y ordenar a terceros, quienes también están obligados a pagar periódicamente sumas de dinero al cónyuge obligado, a que paguen directamente al otro cónyuge. Ahora bien, si existen razones justificadas, el juez podrá modificar las obligaciones impuestas al cónyuge deudor<sup>489</sup> (art. 156 CCI<sup>490</sup>).

### **XII.3- La pensión compensatoria en Portugal**

El art. 2015 del CCP<sup>491</sup> dispone la obligación de los cónyuges de manera recíproca a la prestación alimenticia, con la separación o el divorcio, la regulación de estos alimentos se encuentra en el art. 2016 del CCP, que señala que el cónyuge, con independencia del tipo de divorcio, tiene derecho a alimentos, si bien dicha prestación puede ser denegada por razones de equidad<sup>492</sup>.

Para fijar la referida prestación, el tribunal tendrá en cuenta los años de matrimonio, la colaboración prestada a la economía familiar, la edad y el estado de salud, la cualificación profesional y posibilidades de empleo, el tiempo que habrá que dedicar a la educación de los hijos en común, los rendimientos de capital u otros, un nuevo matrimonio o unión de hecho y, de modo general, todas las circunstancias que influyan y relativas a las necesidades del cónyuge que los precisa, así como las posibilidades y recursos de quien ha de prestarlos.

En cualquier caso, el tribunal debe dar prioridad a la prestación de alimentos a favor de los hijos frente a la del cónyuge. Asimismo, el cónyuge no tiene derecho de exigir posibles emolumentos de los que se benefició constante el matrimonio.

---

<sup>489</sup> SALTARELLI, F.: “Crisi familiare: come incide il “bene casa” sul Diritto all’assegno post divorzio”, *Archivio delle locazioni e del condominio*, núm. 4/2017, págs. 401 y 402.

<sup>490</sup> *Codice civile*, Real Decreto de 16 de marzo de 1942-XX, núm. 262.

<sup>491</sup> *Código Civil*, DL 47344, aprobado por Decreto- Ley 47 344, de 25 de noviembre de 1966 que incluye las reformas siguientes: Decreto-Lei 496/77, de 25 de noviembre de 1977; Ley 84/1995, de 31 de agosto de 1995; Ley 61/2008, de 31 de octubre de 2008; Ley 122/2015, de 1 de septiembre de 2015; Ley 43/2017, de 14 de junio de 2017; Lei 65/2020, de 4 de noviembre de 2020.

<sup>492</sup> MARTINS LEITAO, H.: *Da acção de divórcio e da separação judicial de pessoas e bens*, Elcla Editora, Porto, 2007, págs. 33 a 56.



Según lo dispuesto en el art. 2018 del CCP, el cónyuge viudo tiene derecho a la prestación por los rendimientos de los bienes que dejó el fallecido, siendo los herederos o legatarios de dichos bienes quienes deban abonar la pensión en proporción al valor de lo recibido.

La obligación de alimentos al cónyuge cesará (art. 2019 del CCP) en caso de que se contraiga nuevo matrimonio, se inicie una relación de hecho, o si concurriese causa de indignidad por el comportamiento contrario a la moralidad del acreedor.

En último término, el art. 1792 del CCP determina la posibilidad de reparación de daños y perjuicios para el cónyuge lesionado que podrá ejercitarse en base a una acción de responsabilidad civil ante los tribunales ordinarios o bien, si se fundamenta en el apdo. b) del art. 1781 del CCP, podrá ser solicitado en la demanda de divorcio.

## CONCLUSIONES

A lo largo de esta investigación realizada para la elaboración de esta Memoria de Doctorado he analizado los efectos personales y patrimoniales de la separación y el divorcio, a la luz de la normativa que los regula y de su interpretación doctrinal y jurisprudencia. En consideración a los resultados alcanzados,, seguidamente procedo a enunciar las conclusiones más relevantes, en atención a las cuales realizo las pertinentes consideraciones críticas y, en su caso, las propuestas de reforma de «*lege ferenda*»:

**PRIMERA.- La separación y divorcio producen los mismos efectos, la única diferencia radica en la subsistencia del vínculo matrimonial hasta la fecha en que se decreta el divorcio**

La separación suspende la vida matrimonial al decaer el deber de convivencia entre los cónyuges, si bien el vínculo subsiste hasta que se decreta el divorcio. También se produce la desvinculación patrimonial en la responsabilidad doméstica.

Por medio de la reconciliación, los cónyuges declaran su voluntad de proseguir la vida matrimonial, después de un período de separación. Para que se produzca la reconciliación es necesario que se restablezca la convivencia y que los cónyuges tengan el firme deseo de volver a asumir los deberes matrimoniales. La reconciliación es bilateral y se trata de un acto personalísimo que, si se comunica al juez que tramitó la separación, produce todos los efectos propios del matrimonio, salvo si el régimen económico del matrimonio era el de la sociedad de gananciales, en cuyo caso, se modifica automáticamente por el régimen de separación de bienes.

El juez debe dictar un auto, o el notario hacer constar en escritura la reconciliación, en ambos casos, se remitirá al Registro Civil para que se proceda a la anotación en la inscripción del matrimonio y desde ese mismo instante, produce efectos frente a terceros.

El divorcio es una institución legal que permite la disolución del vínculo del matrimonio existente entre ambos cónyuges, siendo los presupuestos del divorcio los mismos que los de la separación, por lo que, estadísticamente, tras la reforma llevada a cabo en el año 2005, la gran mayoría de los matrimonios que toman la decisión de poner fin a su unión conyugal, se deciden por esta opción.

Para instar la separación o el divorcio se establece, como único requisito, que hayan transcurrido más de tres meses desde la celebración del matrimonio, a salvo de contadas excepciones que establece la propia Ley. Si bien es cierto que se trata de un plazo exiguo y considerablemente inferior al que preceptuaba la anterior Ley, la reforma sigue imponiendo una limitación temporal a la voluntad de las partes.

Los cambios introducidos por la Ley 15/2005 y por la *Ley de Jurisdicción Voluntaria* priorizan la voluntad de los cónyuges, quienes pueden optar entre separarse o divorciarse y no habiendo hijos menores, pueden también decidir, alternativamente, entre acudir al Juzgado ante el letrado de la Administración de Justicia o bien, al notario.

Los pactos privados en la separación y el divorcio son válidos entre los cónyuges siempre que respeten la autonomía de la voluntad y los límites de ésta (normas imperativas, la moral y el orden público) y concurren los requisitos mínimos imprescindibles, en virtud del art. 1323 del CC. Por lo tanto, al consentir los cónyuges libremente aun en un negocio jurídico documentado en forma privada, éste es plenamente válido y eficaz entre ellos, como cualquier pacto o contrato privado. Cuando los cónyuges alcanzan un consenso en cuanto a las estipulaciones que han de regir su separación o divorcio, éstas se plasman en un convenio regulador (de la separación o del divorcio) que tiene el carácter de negocio jurídico de Derecho de familia y que es expresión del principio de autonomía privada de los cónyuges, en todos aquellos aspectos y contenidos que se encuentren dentro del ámbito de ésta.

Si ese convenio regulador se ha firmado con el fin de ser presentado para su homologación y uno de los cónyuges no lo ratifica, tiene la eficacia de negocio jurídico entre los cónyuges, si reúne las condiciones de un contrato.

Ahora bien, para tener fuerza ejecutiva es requisito imprescindible que el juez competente lo homologue, lo cual ocurrirá salvo que resulte dañoso para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges, supuestos en que el juez procederá a no homologarlo a través de resolución motivada que será notificada a las partes.

Al juzgador le resultará más fácil determinar lo que es dañoso para los hijos, sobre todo cuando sean menores, que distinguir qué es perjudicial para uno de los cónyuges, máxime cuando se trata de dos personas mayores de edad y que deciden sobre medidas de interés privado o de derecho dispositivo, las cuales pueden renunciarse libremente, allanarse, desistirse o transigirse.

El CC exige un contenido mínimo del convenio regulador cuando existen hijos menores o mayores con discapacidad. La función de vigilancia que la Ley le otorga al juez puede chocar con la libertad entre las partes, pero lo cierto es que, la autonomía de la voluntad de los cónyuges, es secundaria en estos casos.

El juez sólo puede aprobar o rechazar el convenio regulador, pero si deniega la homologación, tiene que ser en resolución motivada, en cuyo caso, los cónyuges han de presentar nuevo convenio regulador, sin que legalmente se establezcan límites a las propuestas que pueden presentar. El juez, letrado de la Administración de Justicia o notario rechazará los pactos contrarios a la moral, al orden público o que estén puestos en perjuicio de terceros.

El convenio regulador de separación o divorcio debe referirse a las cuestiones que se derivan de la ruptura de la convivencia matrimonial, no siendo imprescindible que recoja las circunstancias del art. 90.I del CC, pudiendo contener otras materias que no

están contenidas en el meritado artículo, por lo que puede contener pactos típicos y atípicos.

Cuando se establezca por los cónyuges la guarda y custodia compartida, el control del juez sobre el convenio ha de ser mayor. Además, se requiere informe del Ministerio Fiscal y se oirá al menor que tenga suficiente juicio cuando se estime necesario, lo cual será decidido por el juez dependiendo de las circunstancias del caso.

Cuando se produce la crisis matrimonial y en tanto en cuanto no se procede a la separación de hecho, existe una etapa que puede ser más o menos larga, de separación de hecho, que tiene muy poco tratamiento en nuestro Ordenamiento jurídico.

El CC establece una obligación recíproca entre los cónyuges de contribuir a las cargas del matrimonio, si bien en casos de conflicto, se plantea el problema de cómo se debe asumir por cada cónyuge los gastos familiares y, especialmente, los de los hijos, una vez que ya no existe una comunidad de vida entre los consortes.

El art. 1368 del CC es de aplicación cuando los cónyuges están separados de hecho y se aplica, únicamente, a los gastos de sostenimiento y educación de los hijos. Del referido artículo se deduce que la sociedad de gananciales responderá solidariamente, junto a los bienes del cónyuge deudor, por las deudas que se generen para el sostenimiento, previsión y educación de los hijos.

Por último, la sentencia, el decreto o la escritura que decretan la separación o divorcio producen, *ipso iure*, la disolución de la sociedad de gananciales. En este sentido, las más recientes SSTs consideran que la fecha de la sentencia de separación o divorcio es la que hay que tener en cuenta para entender disuelta la sociedad de gananciales y que produzca efectos, manteniendo, por tanto, el régimen de gananciales durante el tiempo de la separación de hecho.

**SEGUNDA.- La titularidad de la patria potestad de los hijos menores es conjunta, si bien el ejercicio puede serlo o no**

Conforme establece el art. 154 del CC, los deberes de los progenitores con sus hijos son los de velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y proporcionarles una formación integral.

Los progenitores ejercerán la patria potestad conforme a los siguientes principios:

- *Favor filii*, es el principio fundamental y el que está presente en todas las decisiones que tienen que tomar tanto los progenitores como, en su caso, el juez. Se deben proteger los derechos del menor y darles prioridad frente a los demás intereses, pues el menor carece de capacidad para defenderse por sí mismo.

- Respetar la personalidad del hijo, para ello habrá que proteger sus derechos al honor, la intimidad, la imagen, la libertad religiosa, etc.

- El ejercicio de la patria potestad debe ser compartido por ambos progenitores, como regla general, lo que supone el deber de tomar conjuntamente las decisiones de especial relevancia que afecten a la vida, salud, formación y educación del hijo, primando siempre el interés del menor.

- Respetar la integridad física y mental del hijo, así que de producirse situaciones de desobediencia grave que puedan perjudicar los intereses del menor, se recabará el auxilio de la autoridad.

La titularidad, entendida como la tenencia legítima de un derecho, corresponde a los progenitores por la filiación, por lo tanto, no puede ser pactada entre ambos, al ser indisponible e irrenunciable y sólo se puede privar de ella al progenitor en base a una sentencia.

La privación de la titularidad de la patria potestad implica, apartar al progenitor de los deberes y facultades que establece el art. 154 del CC, si bien subsiste la obligación de velar por los hijos y dispensarles alimentos, así como de visitar y comunicarse con el menor.

El ejercicio de la patria potestad viene determinado por la realización por los progenitores de las funciones inherentes a la patria potestad recogidas en el CC, a diferencia de lo que sucede con la titularidad, los progenitores pueden llegar a acuerdos y distribuir las funciones que incumben a su ejercicio.

La privación de la patria potestad, tiene siempre carácter excepcional, y se adoptará en base al principio del *favor filii*, sin que sea posible establecerla por medio de acuerdo o plasmarla en un convenio regulador, debido a su carácter irrenunciable e indisponible.

Si los cónyuges llegan a un acuerdo, se plasmará en un convenio regulador, siendo válidos los pactos en el ejercicio de la patria potestad, siempre que no sean contrarios a normas imperativas, a la moral o al orden público y, en particular, que se garantice que se pueden modificar y revocar, con el límite de que no pueden eximir a uno de los progenitores de sus responsabilidades, debido a que el deber de velar por los hijos es irrenunciable.

Si existe desacuerdo entre los progenitores, cualquiera de ellos podrá acudir al juez quien, después de oírlos y al hijo, si tiene suficiente madurez, establecerá por medio de sentencia que el ejercicio de la patria potestad sea compartido por ambos progenitores, por uno, o distribuir las funciones entre ellos, siempre velando por el interés del menor. Las facultades atribuidas por el juez no afectan a la titularidad, sino al ejercicio temporal. Por lo tanto, cuando uno de los progenitores se encuentre en situación de ausencia o imposibilidad para ejercer la patria potestad, las funciones las llevará a cabo el otro progenitor.

El incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad tiene como consecuencia que el progenitor que los ha incumplido puede ser privado total o parcialmente de la patria potestad, si bien debe resultar necesario y conveniente para los intereses del menor. No se trata de privar de la patria potestad como sanción al progenitor que ha incumplido todos o gran parte de sus deberes paterno-filiales, sino de velar por el menor y actuar en su máximo beneficio, por lo que esta medida se adoptará en supuestos muy graves y teniendo siempre presente que sea lo más beneficioso para el menor. En la Memoria doctoral se da cuenta de la existencia de pronunciamientos judiciales que consideran que la falta de relación entre progenitor e hijo es causa suficiente para la privación de la patria potestad y otras que no. Aunque a un progenitor se le haya privado de la patria potestad, sigue teniendo el deber de velar por el hijo, lo que implica un cierto derecho de vigilancia y control, también sigue obligado a prestar alimentos, y puede relacionarse con el hijo.

Los progenitores pueden designar a un guardador, normalmente familiar, ya que tienen la facultad de fijar la residencia de sus hijos con terceros, con el límite de que no incumplan sus deberes y todo ello bajo la supervisión del juez que tiene que aprobar el convenio alcanzado por los cónyuges.

Cuando se han alterado sustancialmente las circunstancias, se pueden modificar las medidas adoptadas en una sentencia de separación o divorcio y, en consecuencia, las estipulaciones que se refieren a la patria potestad.

Por su parte, los deberes de los hijos sometidos a patria potestad radican en obedecer a sus progenitores mientras permanezcan bajo su responsabilidad y tratarlos siempre con respeto.



**TERCERA.- La custodia del hijo menor de edad la ostentará el progenitor que ofrezca mejores garantías para satisfacer las necesidades materiales y afectivas de aquél, que puede ser uno o ambos progenitores, teniendo en cuenta, como principio general, evitar separar a hermanos**

El establecimiento a favor de uno de los progenitores de la guarda y custodia exclusiva implica que el progenitor no custodio mantendrá el derecho a relacionarse con sus hijos menores, como consecuencia directa del principio de coparentalidad.

En el caso de alcanzar un acuerdo, serán los cónyuges quienes convendrán quien se queda con la guarda y custodia de los hijos. De no conseguir un consenso entre los cónyuges, será el juez quien establecerá el régimen de custodia más favorable para el menor y se la otorgará al progenitor que ofrezca mejores garantías para satisfacer las necesidades materiales y afectivas de los hijos, ponderando todas las circunstancias concurrentes, teniendo en cuenta la regla general de no separar hermanos.

El interés del menor es un principio básico y prevalente que, en ámbito de la custodia, considera que siempre que sea lo más adecuado para su interés, prevalecerá la custodia compartida, ya que fomenta que los hijos mantengan una relación igualitaria con ambos progenitores. En nuestro Ordenamiento jurídico, el interés del menor constituye un concepto jurídico indeterminado al que se refiere la ley sin aportar una definición, pero con el que pretende delimitar un supuesto concreto para que se precise cuando tenga que ser aplicado. A quien le corresponda aplicar y concretar lo que supone el interés del menor en cada caso concreto, realizará una valoración individual y por tanto subjetiva, que puede provocar inseguridad jurídica.

La intervención del propio menor en la concreción de su interés implica que, por quien corresponda la aplicación del principio del «*favor filii*», tenga en cuenta el criterio y la voluntad del menor manifestado a través de sus opiniones.

Nuestro Ordenamiento jurídico reconoce expresamente a través de diversas normas que se deberá oír y escuchar al menor, lo que supone prestar atención a sus deseos expresados a través de sus manifestaciones. A medida que el menor va cumpliendo edad, desarrollando sus capacidades y su personalidad, se le debe reconocer mayor libertad de opción y decisión en aquellas cuestiones que afecten a su vida.

Las personas encargadas de su cuidado, que habitualmente serán sus progenitores, tienen que fomentar la autonomía del menor, para que adquiera responsabilidades y sea consecuente con que las decisiones que tome.

Fruto de la reforma del CC llevada a cabo en junio de 2005, se contempló expresamente la posibilidad de otorgar la custodia compartida a ambos progenitores, plasmándose así, en una norma de Derecho positivo, pronunciamientos jurisdiccionales que ya la admitían, aun a falta de una previsión expresa, si bien de forma excepcional. Esta situación ha ido evolucionando a partir de la referida reforma y de las solicitudes formuladas por las partes en litigio, hasta que la custodia compartida se ha ido generando jurisprudencialmente, como primera opción. La Sala de lo Civil del TS ha tenido un papel fundamental al dictar una profusa relación de sentencias en las que ha dejado claro que su postura era primar la guarda compartida y era la que debía guiar al resto de Juzgados y tribunales, amonestando a aquellos que no han seguido sus directrices y casando numerosas sentencias hasta dejar claro los postulados fundamentales que había que seguir.

La custodia compartida ha sido una demanda reiteradamente planteada por la sociedad actual al legislador, que estaba relegada al mutuo acuerdo entre los progenitores o condenada al fracaso, mayoritariamente, por vía judicial. Esta forma de ejercer la custodia, se ha ido alzando como el modelo principal, ya que es el que mejor se adapta a la nueva realidad social y al nuevo concepto de familia, en la que ambos progenitores se implican en el cuidado y educación de sus hijos. La custodia compartida se ha convertido en una alternativa real a la custodia exclusiva, convirtiéndose en un claro ejemplo de la respuesta que ofrecen los tribunales a las necesidades y cambios que necesita la sociedad

y que, en muchas ocasiones, no son amparados por el legislador ya que dependen de cuestiones estrictamente políticas.

En los procedimientos matrimoniales contenciosos ya no hay que probar que la custodia compartida es el mejor sistema para los intereses del menor, antes al contrario, será la parte que pretenda que se otorgue la custodia exclusiva, la que tendrá que acreditar que la custodia compartida no es lo más beneficioso para el menor.

El TS ha dictado doctrina jurisprudencial sobre la custodia compartida, por lo tanto, debe ser seguida por los jueces y tribunales que tienen que acordarla siempre que se den los requisitos necesarios, lo cual es muy favorable debido a que ha unificado la doctrina de las AP y está generando seguridad jurídica en los tribunales.

Siendo el sistema de guarda compartida el deseable para las familias, no en todos los casos se puede otorgar y es ahí donde la jurisprudencia ha dado una serie de pautas o factores que se deben tener en cuenta a la hora de otorgarla o denegarla. Los argumentos son los mismos tanto para conceder la custodia compartida como para rechazarla y sirven para que el juzgador pueda tomar una decisión teniendo en cuenta el caso concreto y el principio del "*favor filii*".

Es posible también, aun cuando sea de manera excepcional, la guarda y custodia de los hijos puede encomendarse a los abuelos, parientes, otras personas o a una institución, cuando los progenitores no estén en una situación idónea para asumir la guarda y custodia. Se requiere una sentencia firme de separación o divorcio, o bien, en caso de interés del menor, de otro procedimiento no matrimonial. Se trata de una solución subsidiaria y temporal, ya que se mantendrá mientras duren las circunstancias que aconsejaron su adopción.

**CUARTA.- El principio del *favor filii* implica que el menor tiene derecho a relacionarse con sus progenitores, hermanos, abuelos, demás familiares y allegados**

El derecho de visita es un derecho-deber: se trata de un derecho vinculado a la filiación del que dispone el progenitor que no tiene atribuida la guarda y custodia de sus hijos menores o de los mayores con discapacidad. En este ámbito no rige el principio dispositivo, por lo que, aunque que no haya una petición de parte sobre el régimen de visitas, esta cuestión deber ser acordada en sentencia dictada en el correspondiente procedimiento matrimonial. Asimismo, cuando se plantea judicialmente una modificación de medidas el juez, de oficio, puede cambiar el régimen de visitas, aunque no fuese objeto de debate entre las partes, si bajo su criterio, considera que ha existido un cambio de circunstancias.

En consecuencia, no se exige tampoco el principio de congruencia en la sentencia, al no ser necesario que exista una relación entre lo pedido por las partes y lo que se resuelve por el juzgador. No obstante, aunque por los razonamientos expuestos, se pueda producir un pronunciamiento o una modificación en el régimen de visitas distinto al solicitado por las partes, la sentencia deberá estar motivada y explicar a qué obedece el fallo.

Todo progenitor que no ostente la guarda y custodia tiene derecho a visitar y comunicar con sus hijos, a menos que concurren circunstancias graves y justificadas que puedan provocar una suspensión o una supresión del derecho de visita. Se puede considerar causa justificada de suspensión o supresión, el incumplimiento grave y reiterado del ejercicio de las visitas por aquel progenitor que las tenga establecidas a su favor.

Sin embargo, por si sola, la privación o suspensión de la patria potestad, no se considera causa de suspensión o supresión del derecho de visita, a no ser que las causas que hayan motivado la privación o suspensión de la patria potestad, sean extensibles al ejercicio de las visitas y puedan causar un perjuicio al menor. Esta limitación al derecho

de visita del progenitor no custodio, tendrá carácter excepcional, en principio, será temporal y siempre se establecerá en interés del menor.

El menor tiene derecho a relacionarse con sus progenitores, hermanos, abuelos, demás familiares y allegados, primando con quien mantiene una relación más estrecha y con el principio de intentar no separar hermanos. El juez, a petición de cualquiera de ellos, resolverá lo procedente, atendidas las circunstancias y primando el interés del menor, para ello, el menor tiene derecho a ser oído si tiene suficiente madurez y, en todo caso, si es mayor de doce años.

Atendiendo a las consideraciones que preceden, las relaciones entre abuelos y nietos se inspiran en el principio del *favor filii*, en virtud del cual, todas las medidas que deban adoptarse en relación con los menores habrán de priorizar su beneficio frente a cualquier derecho o pretensión por legítima que sea. El derecho de visitas entre abuelos y nietos se encuentra protegido por la Ley a fin de evitar que uno o ambos progenitores impidan su ejercicio. Con esta finalidad, se han establecido los medios necesarios para restablecer las relaciones entre ambos en caso de pérdida del vínculo.

Este amparo legal obedece a que los abuelos son figuras de referencia para los menores, muy necesarios en su vida y a que se han incrementado las rupturas entre progenitores e hijos o bien con el otro miembro de la pareja, lo cual también afecta a la relación cuando existen descendientes de estos últimos.

Si se consigue alcanzar un acuerdo mutuo, las visitas entre abuelos y nietos se plasman en un convenio regulador de la separación o del divorcio, que habrá de ser aprobado judicialmente. Cuando la relación entre los progenitores está tan deteriorada que no es posible alcanzar un acuerdo, será el juez quien establezca un régimen de visitas a favor de los abuelos, determinando a su vez, la extensión y la forma de ejercerlo, tomando siempre como referencia el interés superior del menor. Este derecho de visita de los abuelos puede colisionar con el derecho del progenitor separado o divorciado, en cuyo

caso, prevalecerá siempre el derecho de este último cuando la guarda y custodia no le ha sido otorgada.

El art. 160.2 del CC, a *sensu contrario*, permite denegar las relaciones del nieto con sus abuelos cuando concurra justa causa, si bien, al no existir una definición de lo que se entiende por “*justa causa*”, deberá analizarse y argumentarse en cada caso en concreto. Lo que no es ajustado a Derecho es impedir el derecho de los nietos al contacto con sus abuelos, únicamente, por la falta de entendimiento de éstos con los progenitores de los menores. Por el contrario,, se considera justa causa para denegar el derecho de visita a los abuelos, la existencia de un perjuicio para el menor, si bien será necesario probar que las relaciones perjudican el desarrollo y equilibrio emocional del menor.

Salvo circunstancias específicas que aconsejen lo contrario, el derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos se traduce en un auténtico régimen de visitas y bajo sanción de nulidad, debe adoptarse, siempre que su edad lo permita, con audiencia de los menores, sin que ello interfiera o perturbe el ejercicio de la patria potestad, con el que debe compatibilizarse.

**QUINTA.- La obligación de alimentos a los hijos menores es consecuencia directa de la filiación y se presume su necesidad por el hecho de la menor edad**

Las cargas del matrimonio consisten en el deber de los cónyuges de satisfacer las necesidades ordinarias y extraordinarias de la familia de acuerdo con sus usos y circunstancias. El concepto de cargas del matrimonio es el adecuado para englobar en una cuantía todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y asistencia médica. Sólo se podrá utilizar el término de cargas del matrimonio en sede de medidas provisionales y en ningún caso, en la sentencia de separación o divorcio, pues el CC exige especificar claramente las diversas obligaciones económicas que debe abonar el alimentante a los hijos comunes, siendo el concepto jurídico adecuado el de alimentos cuando recae sentencia.

La obligación de alimentos a los hijos menores es consecuencia directa de la filiación, siendo su forma de pago mancomunada entre ambos progenitores, quienes están obligados a prestar alimentos en una cantidad proporcional a sus respectivos caudales.

Rige el principio de proporcionalidad al establecer la pensión de alimentos, que implica tener en cuenta, en cada caso concreto, los medios de quien presta los alimentos y las necesidades de quien los recibe. Con esta premisa, se fijará el *quantum* de la prestación alimenticia que corresponde a los cónyuges, o queda a la discrecionalidad del juez o tribunal de instancia, con carácter exclusivo, al ser una materia vedada al TS, que no puede ser objeto de recurso de casación, salvo que se haya vulnerado el principio de proporcionalidad.

Nos encontramos ante una materia de *ius cogens*, por lo tanto, no se encuentra sujeta a la libre disposición de las partes (no estamos en presencia del ámbito de la autonomía privada), por lo que el juez puede apreciar de oficio cuál es la pensión de alimentos a abonar por el alimentante, incluso, aunque no haya sido solicitada por las partes, sin que por ello, se incurra en incongruencia en la sentencia que la acuerde.

La pensión de alimentos es de orden público, por lo tanto, es irrenunciable y no puede compensarse, ya que es un derecho propio del beneficiario de la pensión. Al tratarse de un derecho de crédito que ostenta el hijo, mientras es menor, aquél de sus progenitores en cuya compañía quede, estará legitimado activamente para reclamar, en el procedimiento matrimonial y al progenitor no custodio obligado a ello, el pago de la pensión alimenticia.

El CC y la jurisprudencia diferencian claramente entre la obligación de prestar alimentos a los hijos menores y la que hay que abonar a los hijos que han alcanzado la mayoría de edad. En el caso de los hijos mayores de edad, para que la pensión de alimentos tenga cabida en un procedimiento matrimonial, será necesario que convivan en el domicilio familiar y que carezcan de independencia económica. La obligación de alimentos de los hijos que ya han alcanzado la mayoría de edad no es incondicional, ni

preferente frente a otros parientes, no tiene que ser necesariamente actualizada y para que se establezca, será imprescindible acreditar la necesidad de ser alimentados.

En cambio, los alimentos de los hijos menores de edad son de mayor amplitud y tienen preferencia sobre los alimentos del resto de los parientes. La obligación viene impuesta *ex lege* por el simple hecho de ser menor y rige la presunción de que los menores necesitan alimentos, no siendo necesario acreditar tal circunstancia. Esta obligación no cesa, ni se extingue, tiene que ser actualizada y siempre ha de tener un contenido mínimo.

En aquellos casos en que el progenitor ingrese en prisión, no se extingue la pensión de alimentos por este motivo, habrá que valorar el resto de las circunstancias económicas del obligado al pago para ver si puede hacer frente a su abono.

En este orden de cosas, el TS ha dictado doctrina jurisprudencial al acordar la suspensión de la obligación de prestar alimentos, incluso del mínimo vital, en casos de pobreza absoluta del progenitor obligado, limitando esta suspensión a aquellos casos en que el alimentante se encuentra en situación de desempleo, sin subsidio y no cuenta ni con los medios necesarios para poder subsistir por si mismo.

Entiendo plenamente acertada la solución ofrecida por la Sala de lo Civil del TS a casos de precariedad absoluta del alimentante, pues en el caso de establecer el pago de un mínimo vital, se estaría imponiendo una obligación de imposible cumplimiento, con las consiguientes implicaciones que podría acarrear.

Con esta solución se respeta el principio de proporcionalidad entre los ingresos del alimentante y las necesidades del alimentista, quedando siempre la vía de la modificación de medidas en caso de mejor fortuna del obligado a prestar alimentos.

Por lo que se refiere a los gastos extraordinarios, es una cuestión muy debida si nos encontramos ante gastos ordinarios o no, debido al gran número de gastos



extraordinarios que puede haber y a su carácter no periódico e imprevisible. Así, para discernir de qué tipo de gasto se trata, se tendrá que tener muy en cuenta el entorno social y cultural en que se desarrolla la vida familiar, pues se trata de mantener al menor en un estatus similar al que disfrutaban sus progenitores durante la convivencia, ponderando la situación producida tras la crisis matrimonial.

Respecto a la cuantía de los alimentos en la custodia compartida, el CC no establece nada al respecto, siendo los progenitores quienes la fijarán de mutuo acuerdo o el juez si no se alcanza un consenso. Teniendo en cuenta que el menor convive el mismo o parecido tiempo con ambos progenitores, no se suele establecer una pensión de alimentos a cargo de ninguno de ellos, salvo que exista una situación económica diferente entre uno y otro progenitor.

La obligación de alimentos respecto de hijos menores no podrá prestarse manteniendo el alimentante en su propia casa al que tiene derecho a ellos, puesto que contravendría la resolución judicial o lo que la ley diga al respecto. Esta opción sí resulta viable cuando se trate de hijos mayores de edad y teniendo en cuenta su voluntad.

#### **SEXTA.- El menor de edad se presume que es el titular del interés más necesitado de protección: consecuencias**

La atribución del uso de la vivienda familiar es uno de los efectos con más repercusión en la separación y el divorcio, precisamente, por su marcado carácter patrimonial y por el impacto económico que puede provocar en el cónyuge no adjudicatario de la vivienda, cuando ostenta algún título sobre la misma.

En orden a atribuir el uso de la vivienda familiar en la separación o el divorcio, los hijos menores bajo la patria potestad de sus progenitores o mayores con discapacidad, serán objeto de una especial protección, ya que rige el principio de que el interés de estos hijos en la vivienda familiar es el más necesitado de protección y, por tanto, la atribución del uso de la vivienda quedará vinculada a la potestad de guarda.

El cónyuge no guardador, que discrepe de esta protección, tendrá que presentar prueba en contrario y el juez habrá de valorar las circunstancias concurrentes, con el objeto de averiguar si el interés de los hijos es prioritario y, caso de serlo, cómo quedará mejor protegido, en este sentido, tanto la edad como la vinculación del menor con su entorno son los dos aspectos fundamentales a tener en cuenta.

Prima el principio del *favor filii* a costa de los derechos dominicales del propietario de la vivienda, quien ve cercenada su posibilidad de uso, e incluso, de cualquier acto de disposición sobre la vivienda.

La atribución del uso de la vivienda al cónyuge no titular de la misma tiene siempre carácter temporal, siendo los jueces y tribunales los encargados de ponderar su duración, pudiendo fijar un límite temporal o bien, esperar a que se alegue la causa de extinción cuando concurra. Así, cuando desaparezcan las circunstancias que motivaron al juez a establecer su atribución, la vivienda queda libre del gravamen del uso.

Del mismo modo, también será temporal la atribución del uso de la vivienda a los hijos menores y el cónyuge con quien convivan, ya que cuando el último de los hijos alcance la mayoría de edad, extinguida la patria potestad, se entenderá extinguido el derecho de uso, si bien las sentencias optan por establecer términos concretos.

Partiendo de que el interés de los menores es prioritario, también resulta necesario limitar el uso de la vivienda familiar para proteger los intereses de su titular y evitar abusos por parte del cónyuge adjudicatario.

Los hijos mayores no pueden incluirse como sujetos especialmente beneficiarios de la atribución del uso de la vivienda familiar, supuesto que el TS ha asimilado a los casos de ausencia de hijos de los cónyuges, aplicando analógicamente el art. 96.3 del CC.

En el caso de cónyuges sin hijos, para que la atribución del uso prevalezca sobre la titularidad del bien inmueble, el cónyuge no titular tiene que tener el interés más

necesitado de protección y que así lo aconsejen las circunstancias del caso, siendo discrecionalidad del juez su atribución. En otros supuestos de atribución del uso, éste viene condicionado por el título previo, ya sea propiedad, arrendamiento, usufructo, comodato, precario, etc.

La jurisprudencia ha reconocido que la convivencia *more uxorio* implica un cambio sustancial de circunstancias que motiva la extinción del derecho de uso de la vivienda familiar que se concedió al progenitor custodio y a los hijos. Por lo tanto, se opta por la tesis de la desafectación, en virtud de la cual, la vivienda familiar pierde su cualidad de familiar, pues deja de ser la residencia habitual y los menores dejan de ser sus únicos beneficiarios, por entrar en escena terceros ajenos a la relación familiar que dio lugar a establecer el uso de la vivienda familiar, razones que desposeen al adjudicatario del derecho de uso

La finalidad de la tesis de la desafectación radica en impedir un enriquecimiento injusto en un tercero ajeno a la relación matrimonial ya truncada, respecto al que el titular no tiene deber alimenticio alguno, por lo que se debe tener en cuenta sus intereses como propietario.

#### **SÉPTIMA.- El derecho a la percepción de la pensión compensatoria nace del desequilibrio producido a causa de la separación o del divorcio**

La pensión compensatoria ha pasado de una concepción generalista a tener una concepción específica, siendo la jurisprudencia la que ha dictado doctrina en orden a apreciar la existencia o no de desequilibrio, así como la extensión y el quantum de la prestación compensatoria.

En virtud del art. 97 del CC, tiene derecho a la prestación compensatoria el cónyuge que, como consecuencia de la separación o divorcio, pasa a peor situación económica de la que disfrutaba constante matrimonio y respecto de la que sigue disfrutando su consorte, por lo tanto, se tiende a “compensar” el desequilibrio económico

sufrido por el cónyuge desfavorecido, situándolo en una posición similar a la que se encontraría si no hubiera contraído matrimonio.

El derecho a la compensación se genera cuando, en el momento de producirse la ruptura matrimonial, existe un desequilibrio económico en uno de los cónyuges a causa de la separación o el divorcio, que implica un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio, si bien teniendo presente que, la prestación compensatoria no es un elemento equilibrador de patrimonios entre los cónyuges.

Al determinar la existencia de una prestación compensatoria, tanto para el legislador como para la jurisprudencia, prima la autonomía de la voluntad de las partes, ya que art. 97 del CC referente a la pensión compensatoria se debe de poner en relación con el art. 1323 del CC que recoge la libre contratación entre cónyuges. Por lo tanto, los cónyuges pueden disponer de sus relaciones económicas y establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, con los únicos límites que los generales de la ley.

Consecuencia directa de la libertad de pacto entre los cónyuges es que pueden darse casos en los que exista un claro desequilibrio entre los cónyuges, donde uno de ellos sería acreedor de una prestación compensatoria y que, a resultas de ese acuerdo, no se plasme ese desequilibrio y por lo tanto, se descapitalice totalmente el derecho del beneficiario a percibir la prestación. A la inversa, puede haber otros supuestos en los cuales, no habiendo un desequilibrio derivado del matrimonio, como consecuencia de la separación o divorcio, se establezca una prestación compensatoria a favor de uno de los cónyuges sin ser merecedor de la misma.

Esto plantea un dilema jurídico, en el sentido de que, plasmada la existencia o no de desequilibrio económico en un convenio regulador por ambos cónyuges, el juez se limita a corroborar por medio de sentencia la libre voluntad expresada por las partes, sin indagar si existe la verdadera naturaleza de la prestación compensatoria. Por lo tanto, al quedar en el mutuo acuerdo, la existencia o no de la compensación, al albur de la voluntad

unánime de ambos cónyuges, se puede llegar a perder la razón de ser de la prestación compensatoria, que es paliar el desequilibrio económico producido en uno de los cónyuges tras la separación o el divorcio. La doctrina jurisprudencial, en el momento presente, adopta una concepción específica, mostrándose proclive a establecer prestaciones compensatorias limitadas temporalmente y no de carácter indefinido.

Con el fin de no perpetuar situaciones injustas y pensiones indefinidas, el párr. 1º del art. 101 CC, regula tres causas que producen la extinción de la prestación compensatoria, no siendo las únicas posibles, pues pueden darse otras que no vienen enumeradas en el referido artículo, al tratarse de *numerus apertus*.

El primer supuesto es el “*cese de la causa que lo motivó*” y el que con más frecuencia se invoca al ser la única vía abierta por el legislador para incluir toda la casuística que se puede producir. Así pues, la prestación se extingue cuando desaparece el desequilibrio económico, bien por mejora de la situación económica del acreedor, bien por empeoramiento de la situación económica del obligado al pago. Esta causa de extinción está muy relacionada con la modificación de la prestación compensatoria cuantitativa o temporalmente, ya que lo habitual será solicitar la supresión y, subsidiariamente, una modificación o limitación de la misma para el caso de que no se conceda la pretensión principal, con el objeto de reducir su cuantía, o bien para cambiar la prestación indefinida en temporal.

La segunda causa extintiva es la de contraer nuevo matrimonio el acreedor de la prestación que sólo puede operar cuando ese cónyuge se encuentra divorciado. La razón de ser de esta causa se encuentra en el deber de ayuda y socorro que nace con el nuevo matrimonio, que se considera incompatible con el mantenimiento de una prestación que tiene su origen en un matrimonio anterior.

La tercera posibilidad para extinguir la prestación es la de “*vivir maritalmente con otra persona*”, que implica tener una nueva pareja de carácter estable y compartir una situación de vida análoga al matrimonio. El fundamento de esta causa se centra en evitar

situaciones fraudulentas, pues, en la mayoría de los casos, el cónyuge acreedor tratará de mantener la prestación ocultando la convivencia al cónyuge deudor de la prestación.

En consecuencia lógica, la prueba de la existencia de una convivencia *more uxorio* puede resultar muy dificultosa a la hora de discernir entre una convivencia marital y una mera relación amorosa. Para considerarla como análoga al matrimonio, la jurisprudencia exige que debe existir una apariencia de matrimonio al emplearse este modelo como referencia, que vendrá determinado por la notoriedad, manteniendo, asimismo, unidad de domicilio y una cohabitación de carácter permanente y estable.

Sin embargo, la pensión no se extingue por la muerte del cónyuge deudor, conforme establece el art. 101 *in fine* del CC, por lo que la deuda se transmite *mortis causa* a sus herederos, quienes deberán seguir abonándola en los términos establecidos. El cónyuge acreedor de la pensión se convierte así, en acreedor de la herencia y los herederos sólo quedan liberados de su pago, solicitando al juez la extinción (sin perjuicio de la viabilidad de la acción de reducción) de la prestación compensatoria en caso de que concurra alguna causa de extinción de las contempladas en los arts. 100 y 101 del CC, es decir, por alteración en la fortuna o por cese de la causa que motivó el derecho, nuevo matrimonio o convivencia marital del sujeto beneficiario con otra persona. También se producirá la extinción cuando los bienes del caudal hereditario sean insuficientes para pagar la pensión, con el objeto de que los herederos no respondan de esa deuda con su propio patrimonio, o bien, cuando perjudique las legítimas de los herederos.

## BIBLIOGRAFÍA

ACEVEDO BERMEJO, A.: *Las relaciones abuelos – nietos. Régimen de visitas. Reclamación judicial*, Ed. Tecnos, Madrid, 2006.

AGORRETA MARTÍNEZ, I.: “No procede la limitación temporal de la pensión por desequilibrio cuando el acceso al mercado laboral es sumamente difícil”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10/2019 [2019/8971].

ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M. M.: “Atribución de la guarda y custodia del menor a un tercero, no a sus progenitores”, *Revista la Ley Derecho de Familia*, núm. 3/2014.

ALGORA WESOLOWSKI, M<sup>a</sup> R.: “Los hijos y el divorcio notarial”, en ABAD TEJERINA, P. (Coord.): *Derecho de Familia, Homenaje a Encarnación Roca Trías, la jurista que se adelantó a su tiempo*, Ed. Sepín, Madrid, 2021.

ALLUEVA AZNAR, L.: *Prestación compensatoria y autonomía privada familiar*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

- *Prestación Compensatoria y Autonomía Privada Familiar*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

ALONSO BEZOS, J. J.: “Mantenimiento de la pensión de alimentos a favor de la hija mayor de treinta años y con estudios finalizados”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7/2014 [BIB 2014\3662].

- “Pensión compensatoria. Momento en que debe concurrir el desequilibrio. Reiteración de la doctrina jurisprudencial”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3/2015 [BIB 2015\549].

ÁLVAREZ OLALLA, M<sup>a</sup> P.: *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes*, Ed. Aránzazu Thomson Reuters, Madrid, 1996.

AVENA-ROBARDET, V: “Résidence alternée et supplément familial de traitement”, *AJ famille*, núm. 12/2020.

AYERRA MICHELENA, K.: *Derecho Civil Vasco de Familia, Comentario crítico a la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

AZAUSTRE GARRIDO, M. D.: “La salida de la vivienda familiar y sus consecuencias en el posterior proceso: análisis jurisprudencial”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 72/2016 [BIB 2016\4404].

BARBERÍA LEGARRA, A.: “Extinción de la pensión compensatoria por convivencia marital con un tercero”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9/2018 [BIB 2018\12405].

- “La pensión compensatoria pactada en convenio no se extingue por no acceder a un empleo”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11/2018 [BIB 2018\14164].

BASTANTE GRANELL, V.: *Patria potestad, hijos y teléfonos móviles: control y mediación parental*, Ed. Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2021.

BAUTISTA LÓPEZ, J.: “Inconstitucionalidad de la necesidad de informe “favorable” del Ministerio Fiscal para el otorgamiento de la guarda y custodia compartida”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 854/2014 [BIB 2012\3474].

BAYOD, M. C. y SERRANO, J. A.: *Relaciones entre padres e hijos en Aragón: ¿un modelo a exportar?*, Ed. IFC, Zaragoza, 2014.

BECERRIL, D. y VENEGAS, M.: *La custodia compartida en España*, Ed. Dykinson, Madrid, 2017.



BELÍO PASCUAL, A. C.: *La pensión compensatoria*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “La guarda y el acogimiento de los menores”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 9/2015 [BIB 2015/4802].

BERROCAL LANZAROT, A. I.: “El interés superior del menor y la atribución de la guarda y custodia”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 746/ 2014.

- “Los criterios para la atribución del régimen de guarda y custodia compartida”, *Revista La Ley Derecho de Familia*, núm. 3/2014.
- “La audiencia del menor en los procesos judiciales”, *Revista La Ley Derecho de Familia*, núm. 7/2015.
- Cuestiones controvertidas e implicaciones prácticas en torno a la guarda y custodia compartida, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm.756/2016.
- “Aspectos relevantes en torno a la vivienda familiar”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 762/2017.
- “Efectos patrimoniales en el régimen de separación de bienes”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 763/2017.
- “La extinción del derecho de uso de la vivienda familiar, en especial, por convivencia marital del usuario con otra persona”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 774/2019.
- “La protección jurídica del menor ante el uso de las nuevas tecnologías”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 775/2019.
- “La extinción de la prestación de alimentos de los hijos mayores de edad”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 777/2020.

BOADO OLABARRIETA, M.: «La privación de la patria potestad como medida penal y civil», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 47/2019.

BUSTOS MORENO, Y. B.: *El mantenimiento de la familia en las situaciones de crisis matrimonial*, Ed. Dykinson, Madrid, 2002.

- “*De las cargas y obligaciones de la sociedad conyugal*”, en RAMS ALBESA, J. y MORENO MARTÍNEZ, J. A. (Coord.): *El régimen económico del matrimonio*, Ed. Dykinson, Madrid, 2006.

CABEZUELO ARENAS, A. L.: *La limitación temporal de la pensión compensatoria en el Código Civil: estudio jurisprudencial y doctrinal*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2002.

- “Pensiones de alimentos de los hijos tras separación y divorcio: ¿necesidades auténticas o creadas?”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5/2009 [BIB 2009\693].
- “¿Son cargas matrimoniales los préstamos concertados durante el matrimonio para adquirir la vivienda? El problema de la alteración convencional o judicial de las cuotas concertadas con la entidad de crédito”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6/2011 [BIB 2011/1.356].
- “Desafectación del inmueble y extinción del uso por convivencia de la madre guardadora con su nueva pareja. Creación de una familia distinta a la que justificó el reconocimiento del uso. Compaginación del interés del menor con el de sus progenitores. Comentario a la STS de 20 de noviembre de 2018 [RJ 2018/5086]”, *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 109/2019 [BIB 2019\1389].

CABEZUELO ARENAS, A. L. y CASTILLA BAREA, M.: *Tratado de Derecho de la Familia* (Volumen I), Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

CALZADILLA MEDINA, M. A.: “Lo que la patria potestad no ampara”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 74/2017 [BIB 2017\10738].

CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B.: “Protección legal de la vivienda familiar”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 588/1998.

CAPELIER, F.: “Réforme de la protection de l'enfant. Présentation générale”, *AJ famille*, núm. 4/2016.

CARBAJO GONZÁLEZ, J.: “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo del 2014”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 97/2015 [BIB 20015\332].

CARPI MARTÍN, R.: “Los gastos extraordinarios en las pensiones de alimentos a los hijos: un análisis jurisprudencial”, *Diario La Ley*, 2009.

CASADO CASADO, B.: “El derecho de visitas del menor. Incumplimiento por el progenitor no custodio y consecuencias al incumplimiento: la limitación, restricción o suspensión de las visitas desde el ámbito civil y penal”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 62/2014 [BIB 2014\1395].

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: *Separaciones y divorcios ante notario*, Ed. Reus, Madrid, 2016.

- *Un nuevo derecho para las personas con discapacidad*, Ed. Olenjnik, Santiago, Chile, 2021.

CHAPARRO MATAMOROS, P.: “Naturaleza y efectos jurídicos del derecho de la vivienda familiar en España”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 50/2019 [BIB 2019\9329].

CHAPARRO MATAMOROS, P. y MUÑOZ RODRIGO, G.: *Las crisis familiares*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

COSTAS RODAL, L.: “El mínimo vital a examen. ¿Debe suspenderse en caso de pobreza extrema del progenitor alimentante? Comentario a la STS de 2 de marzo de 2015”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 4/2015 [BIB 2015\1670].

- “Novedades jurisprudenciales en materia de suspensión de la obligación de pagar alimentos a los hijos menores por ingreso en prisión del progenitor alimentante”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 9/2015 [BIB 2014\4432].

- “Limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar y custodia compartida en la reciente jurisprudencia del TS”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 11/2016 [BIB 2016\85676].
- “Nuevo pronunciamiento jurisprudencial en materia de alimentos a menores de edad y pobreza extrema del progenitor no custodio”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 9/2017 [BIB 2017\13182].

CUENA CASAS, M.: *Tratado de Derecho de la Familia (Volumen III). Los regímenes económicos matrimoniales (I)*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2017.

DAVID, S.: “Calcul de la prestation < compensatoire > en présence d'un patrimoine professionnel”, *AJ famille*, núm. 4/2020.

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: “Atribución de vivienda familiar en el supuesto de hijos mayores de edad. Uso alternativo y temporal”, *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 103/2017 [BIB 2017\10833].

DE LA HAZA DÍAZ, P.: *La pensión de separación y divorcio*, Ed. La Ley, Madrid, 1989.

DE LA IGLESIA MONJE, M<sup>a</sup> I.: “El derecho de visita de los abuelos: su denegación por favorecer la inestabilidad y el desarrollo del menor”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 779/2020 [ISSN 0210-0444].

DE LA PUENTE ALFARO, F.: “La protección de la vivienda familiar durante el matrimonio y tras su disolución”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 698/2006.

DELGADO ECHEVERRÍA, J.: *Comentarios al Código del Derecho Foral de Aragón. Doctrina y Jurisprudencia*, Ed. Dykinson, Madrid, 2015.

DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Comentarios al CC”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Comentarios al Código Civil*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

DÍEZ GARCÍA, H.: “Comentarios al CC”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Comentarios al Código Civil*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil, Volumen IV*, Ed. Tecnos, 2004.

DOMINGO MONFORTE, J.: “Custodia y nido compartido: todo cambia”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 891/2014 [BIB 2014\3390].

DOMÍNGUEZ MARTÍN, A.: “Reparto de los tiempos en guarda y custodia compartida”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5/2019 [BIB 2019\2837].

ELORRIAGA DE BONIS, F.: *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 1995.

ESQUIVIAS JARAMILLO, J. I.: “Custodia compartida y protección jurídica del menor: otra forma de verlo”, *Revista la Ley Derecho de Familia*, núm. 11/2016.

FAUS PUJOL, M.: “Efectos respecto a los hijos de la crisis matrimonial o de pareja en Navarra”, *Práctico Derecho de familia, VLex*, 2021.

- “Arrendamientos urbanos regidos por legislación especial”, *Práctico VLex*, 2021.

FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J. M.: “La guarda y custodia compartida”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 4/2013 [BIB 2013\1426].

GAFFAL, M.: “Comentario a la sentencia de 28 de septiembre de 2009 [RJ 2009/7257] Guarda y custodia de la hija menor tras sentencia de separación contenciosa. Distinción entre guarda compartida y guarda exclusiva con un régimen de visitas intersemanal muy

amplio. La desatención al interés del menor como motivo casacional”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 84/2010 [BIB 2010\1544].

GARCÍA ABURUZA, M. P.: “La violencia doméstica desde el ámbito civil”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11/2010 [BIB 2009\2237].

GARCÍA CANTERO, G.: *Configuración del concepto de vivienda familiar en el derecho español. Hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1986.

GARCÍA GARNICA, M. C.: *Aspectos actuales de la protección jurídica del menor. Una aproximación interdisciplinar*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

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

- “El interés del menor frente a la pretendida patrimonialización del derecho de uso de la vivienda familia. Comentario a la STS 284/2019, de 23 de mayo de 2019 [RJ 2019/2131]”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 50/2019 [BIB 2019\9335].

GARCÍA PASTOR, M.: *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: Aspectos personales*, Ed. MacGraw-Hill, Madrid, 1997.

GARCÍA PRESAS, I.: *La patria potestad*, Ed. Dykinson, Madrid, 2013.

GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup> P.: *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*, Ed. Civitas, Madrid, 1995.

GARRIDO MELERO, M.: *Derecho de Familia (Un análisis del Código Civil Catalán y su correlación con el Código Civil español)*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013.

GARCÍA-VALDECASAS Y ALEX, F. J.: “Uso familiar: un nuevo derecho”, *Lunes cuatro treinta*, núm. 191/1996.

GIL RODRÍGUEZ, J. G.: *Manual de Derecho civil Vasco*, Ed. Atelier, Barcelona, 2016.

GÓMEZ COLOMER, J. L.: *Violencia de Género y Proceso*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

GÓMEZ FERNÁNDEZ, I.: “Hijas e hijos víctimas de la violencia de género”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8/2018 [BIB 2018\11763].

GONZÁLEZ DEL POZO, J. P.: “Incidencias de la violencia de género en el derecho de familia: especial tratamiento del régimen de visitas”, *Diario La Ley*, núm. 6998/2008 [LA LEY 38862/2008].

- “La necesidad de una completa regulación de dos cuestiones trascendentales en la futura Ley estatal del Código Civil”, *Revista La Ley Derecho de Familia*, núm. 11/2016.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M<sup>a</sup>: “La oponibilidad del derecho de uso de la vivienda familiar”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 737/2013.

HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M<sup>a</sup> D.: *Estudio crítico de la pensión compensatoria*, Ed. Reus, Madrid, 2017.

HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C. y OLIVA BLÁZQUEZ, F.: *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*, Ed. Reus, Madrid, 2017.

ISAC AGUILAR, A.: “Las consecuencias registrales de la separación matrimonial y del divorcio; el uso de la vivienda conyugal”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 577/1986.

IVARS RUIZ, J.: *Guarda y custodia compartida. Aspectos procesales y sustantivos. Doctrina y Jurisprudencia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

JIMÉNEZ GALLEGO, C.: *Función Notarial y Jurisdicción Voluntaria*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil*, J M Bosch Editor, Barcelona, 1990.

- *Elementos de Derecho Civil. Tomo IV. Familia*, Ed. Dykinson, Madrid, 2017.

LLEDÓ YAGÜE, F. y MONJE BALMASEDA, O.: *Las relaciones paterno-filiales, adopción y potestad parental*, Ed. Dykinson, Madrid, 2017.

LÓPEZ DE LA PEÑA SALDÍAS, J. F.: “Relaciones entre nietos y abuelos: régimen de visitas”, *Repertorio de Jurisprudencia*, núm. 19/2004 [BIB 2004\1637].

LÓPEZ FRÍAS, A.: “El derecho de uso ex art 96 del CC ante la hipoteca y el embargo de la vivienda familiar”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 729/2012.

LÓPEZ JARA, M.: “La diligencia de exploración del menor en los procesos de familia”, *Revista La Ley Derecho de Familia*, núm. 20/2015.

LÓPEZ-MUELAS, L. y ZABALGO, P.: “La regulación de la patria potestad y la guarda y custodia en el Derecho comparado”, *Diario La Ley*, núm. 9443/2019 [7670/2019].

LUCINI CASALES, A.: “La vivienda familiar en el régimen del CC reformado”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 596/1990.

MALLEVAEY, B.: “Audition et discernement de l'enfant devant le juge aux affaires familiales. Remise du rapport à la mission de recherche Droit et justice”, *AJ famille*, núm. 3/2019.



MANZANO FERNÁNDEZ, M.: “La atribución judicial del uso inscrita frente a procedimientos de ejecución sobre la vivienda habitual”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 730/2012.

MARÍN GARCÍAS DE LEONARDO, M<sup>a</sup> T.: “Consecuencias negativas de la relación pensión compensatoria-pensión de viudedad de separados y divorciados”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 56/2012 [BIB 2013/14771].

MARTÍN MELÉNDEZ, M. T.: *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en crisis matrimoniales (art. 96, p.1, 2 y 3 CC). Teoría y práctica jurisprudencial*, Ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2005.

MARTÍNEZ CALVO, J.: *La guarda y custodia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: “El derecho de visitas en la reciente praxis judicial”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 2/1995 [BIB 1994\92].

MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *Responsabilidad patrimonial de la sociedad de gananciales*, Ed. Civitas, Madrid, 1995.

MARTINS LEITAO, H.: *Da acção de divórcio e da separação judicial de pessoas e bens*, Elcla Editora, Porto, 2007.

MIRALLES GONZÁLEZ, I.: “El interés del menor y la privación de la patria potestad”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 10/2004 [BIB 2004/1535].

MONJE BALMASEDA, O. y PÉREZ GALLARDO, L. B.: *Estudio sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de julio de Modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia*, Ed. Dykinson, Madrid, 2018.

MONTERO AROCA, J.: *La pensión compensatoria en la separación y en el divorcio (La aplicación práctica de los artículos 97, 99, 100 y 101 del Código Civil)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

- *El derecho de visita en los procesos matrimoniales (La aplicación práctica del artículo 94 del Código Civil)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- *El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales (La aplicación práctica del artículo 96 del Código Civil)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

MORENO VELASCO: “La relación de causalidad matrimonio-desequilibrio en la pensión compensatoria”, *Diario La Ley*, 2010.

MÚRTULA LAFUENTE, V.: *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género*, Ed. Dykinson, Madrid, 2016.

NIETO MORALES, C., TORRES REVIRIEGO, M. R., ZAMORA SEGOVIA, M. L. Y HERNANDO RAMOS, S.: *Guía de intervención familiar en casos de separación, divorcio y protección de menores*, Ed. Dykinson, Madrid, 2016.

O’CALLAGHAN MUÑOZ, X.: “Custodia compartida. Vigencia y práctica en el Código Civil. Aplicación jurisprudencial”, *Revista La Ley Derecho de Familia*, núm. 11/2016.

O’CALLAHAN MUÑOZ, X. y FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M<sup>a</sup> B.: *La reforma del Derecho de la persona y de la familia: Jurisdicción Voluntaria y protección a la infancia y a la adolescencia*, Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2017.

ORDÁS ALONSO, M.: *La cuantificación de las prestaciones económicas en las rupturas de pareja. Alimentos, pensión compensatoria, compensación por trabajo doméstico de las parejas de hecho*, Ed. Bosch, Barcelona, 2017.

- *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, Ed. Bosch, Wolters Kluwer España S.A., Madrid, 2018.

PADIAL ALBAS, A.: *La relación materno y paterno filial en el derecho de familia catalán*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

PANIZA FULLANA, A.: “Custodia compartida y atribución del uso de la vivienda familiar”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 10/2015 [PIB 2015/107].

PARRA LUCÁN, M<sup>a</sup> A.: “*La autonomía privada en el Derecho de familia*”, en ABAD TEJERINA, P.: *Derecho de Familia, Homenaje a Encarnación Roca Trías, la jurista que se adelantó a su tiempo*, Ed. Sepín, Madrid, 2021.

PERALTA CARRASCO, M.: *Derecho de familia: nuevos retos y realidades*, Ed. Dykinson, Madrid, 2017.

PÉREZ CONESA, C.: *Las medidas judiciales definitivas tras las crisis matrimoniales y su modificación*, Ed. Dykinson, Madrid, 2006.

- “Doctrina formulada por el Tribunal Supremo en torno al sistema de custodia de los menores: primacía del que mejor se adapte al interés del menor, coincida o no con la compartida”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 7/2013 [BIB 2013\2004].
- “Inconstitucionalidad del inciso “favorable” del artículo 92.8 del Código Civil relativo a la custodia compartida solicitada por un solo cónyuge (STC 17 de octubre de 2012)”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 9/2013 [BIB 2012\3457].
- *La custodia compartida*, Ed. Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2016.
- “Concesión de la custodia de los menores a ambos progenitores conjuntamente y atribución de la vivienda familiar (STS de 6 de abril de 2016)”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 6/2016 [BIB 2016\2739].
- “Mayoría de edad, pensión de alimentos y vivienda familiar”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 1/2017 [BIB 2016\85972].
- “Derecho de los menores a ser oídos. Régimen de visitas entre abuelos y nietos (STS de 15 de enero de 2018)”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 4/2018 [BIB 2018\7483].

PÉREZ DE ONTIVEROS, C.: “Separación y divorcio matrimonial: una lectura inicial tras las modificaciones introducidas por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 10/2015 [BIB 2015\15870].

PÉREZ MARTÍN, A. J.: “Luces y sombras tras la STS de 20 de noviembre de 2018 que extingue el uso de la vivienda por convivencia del progenitor custodio con un tercero”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 82/2019 [BIB 2019\645].

PÉREZ UREÑA, A. A.: *Uniones de hecho: Estudio práctico de sus efectos civiles*, Ed. Edisofer, S.L., Madrid, 2000.

PÉREZ VALLEJO, A. M<sup>a</sup> y SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, M<sup>a</sup> B.: *El convenio regulador y los procesos matrimoniales en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Comares, Granada, 2001.

PIERROT-BLONDEAU, J.: “Conflit parental: de la nécessaire intervention du juge des enfants, J. Pierrot-Blondeau”, *AJ famille*, núm. 9/2020.

PINTO ANDRADE, C.: *La atribución del uso de la vivienda familiar*, Ed. Bosch, Barcelona, 2011

PLANES MORENO, M<sup>a</sup> D.: *La vivienda familiar, en Los procesos de familia: una visión judicial*, coordinado por Hijas Fernández, Ed. Coles, Madrid, 2009.

PORTALIS, J. E. M.: *Discurso preliminar Código Civil francés*, Ed. La Ley, Tucumán, Buenos Aires, Tucumán, Buenos Aires, 2011.

RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, F.: *Ejercicio de la patria potestad cuando los padres no conviven*, Ed. Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.

RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El derecho de visita*, Ed. Bosch, Barcelona, 1997.

- *El interés del menor*, Ed. Dykinson, Madrid, 2000.

RODA Y RODA, D.: *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad, el derecho del menor a ser oído*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

ROMERO COLOMA, A. M.: “Privación de la patria potestad por enfermedad mental”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 804/2010 [BIB 2010\2139].

- “El concepto de gasto extraordinario de los hijos y su problemática jurídica”, *Diario La Ley*, 2013.

- “La guarda y custodia compartida no solicitada por los progenitores: la adopción de la medida y su problemática jurídica”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 863/2013 [BIB 2013\1062].

- “Los inconvenientes para la concesión de la custodia compartida”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 873/2013 [BIB 2013\2423].

- “La extinción de la pensión compensatoria por convivencia marital con otra persona”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 75/2017 [BIB 2017\1980].

ROVIRA SUEIRO, M. E.: “La limitación temporal sobrevenida de la pensión compensatoria indefinida”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 107/2018 [BIB 2018\10404].

RUBÍO TORRANO, E.: *Comentarios al Fuero Nuevo, Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2002.

- “Patria potestad y ejercicio de la guarda por un no progenitor”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 11/2018 [BIB 2018\13990].

- “Atribución de la guarda y custodia compartida e interés del menor”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1/2019 [BIB 2018\14695].

RUIZ RICO, J.A.: “Uso de la vivienda familiar (nulidad, separación y divorcio) en su relación con el Registro de la Propiedad”, *Boletín del Colegio de Registradores*, núm. 296/1993.

RUIZ-RICO ARIAS, M. D.: “Separación de hecho y disolución de la sociedad de gananciales: examen de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 90/2021 [BIB 2021\387].

SALAS CARCELLER, A.: “La introducción de otra persona en el domicilio familiar y sus consecuencias respecto del derecho de uso atribuido en juicio de divorcio Comentario a la sentencia de la Sala Primera del TS núm. 641/2018, de 20 de noviembre”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1/2019 [BIB 2018\14698].

SALAZAR BORT, S.: *La tutela especial de los hijos en la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales: El interés protegido*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

SALTARELLI, F.: “Crisi familiare: come incide il “bene casa” sul Diritto all’assegno post divorzio”, *Archivio delle locazioni e del condominio*, núm. 4/2017.

SÁNCHEZ CASTRILLO, G.: “Extinción de la pensión alimenticia a hijo mayor de edad por su escasa disposición para el estudio y formación STS de 22 junio 2017 [RJ 2017/3040]”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9/2017 [BIB 2017\13153].

SÁNCHEZ JORDÁN, M. E.: “Consecuencias de la convivencia de un tercero con el cónyuge custodio (y con los hijos menores del matrimonio) en la casa ganancial: la «desfamiliarización» de la vivienda”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 48/2019 [BIB 2019\1093].

SÁNCHEZ MARTÍN, P., BLANDINO GARRIDO, M. A. y ÁLVAREZ ALARCÓN, A.: *Las crisis matrimoniales. Nulidad, separación y divorcio*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

SÁNCHEZ PEDRERO, A.: *La obligación alimenticia en los pleitos matrimoniales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

SAURA ALBERDI, B.: *La pensión compensatoria; criterios delimitadores de su importe y extensión*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

SEMPERE NAVARRO, A. V.: “Laboralización de la pensión compensatoria”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11/2018 [BIB 2018\14139].

SIFRE PUIG, R. F.: “La atribución judicial del uso de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimoniales y sus repercusiones registrales”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 783/2021.

SILLERO CROVETTO, B.: “Pactos en previsión de crisis matrimonial: legalidad y contenido”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 769/2018.

SOSPEDRA NAVAS, F. J.: “Comentario de la ley 8/2021, de 2 de junio, de reforma para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad”, *Aranzadi digital*, núm. 1/2021 [BIB 2021\3733].

TAMAYO CARMONA, J. A.: *Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2003.

TARDÓN OLMOS, M.: “El régimen de visitas en supuestos de violencia de género”, *Revista La Ley Derecho de Familia*, núm. 12/2016.

TASENDE CALVO, J. J.: “Aspectos civiles de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 664/2005 [BIB\2005\742].

TENA PIAZUELO, I.: “Atribución del uso de domicilio, tras la ruptura de la convivencia, que no tiene actualmente la condición de vivienda familiar. Comentario a la Sentencia de 16 de enero de 2015 [RJ 2015/355]”, *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 101/2016 [BIB 2016\4027].

TORRELLES TORREA, E.: “Limitación temporal en la atribución del uso de la vivienda familiar al progenitor no titular durante dos años desde la sentencia de casación. Comentario a la STS de 21 julio de 2016 [RJ 2016/3445]”, *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 103/2017 [BIB 2017\10831].

VARELA, C.: “Custodia compartida”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 870/2013 [BIB 2013\2115].

VERDA BEAMONTE, J. R. Y CARAPEZZA FIGLIA, G.: “El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 752/2015.

VIVAS TESÓN, I.: “*Más allá de la capacidad de entender y querer: algunas consideraciones de lege ferenda acerca de la protección*”, en CUENA CASAS, M. (Coord.), ANGUITA VILLANUEVA, L. A. (Coord.) y ORTEGA DOMÉNECH, J. (Coord.): *Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor Joaquín José Rams Albesa*, Ed. Dykinson, Madrid, 2015.

ZAMORA SEGOVIA, M<sup>a</sup> L., NIETO MORALES, C., HERNANDO RAMOS, S. Y TORRES REVIRIEGO, M<sup>a</sup> R.: *Guía de intervención familiar en casos de separación, divorcio y protección de menores*, Ed. Dykinson, Madrid, 2016.



ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: “La pensión compensatoria, hoy”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 868/2013 [BIB 2013/1635].

- “La audiencia del menor en el proyecto de Ley de la Jurisdicción voluntaria”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 895/2014 [BIB 2014\4112].

ZARRALUQUI NAVARRO, L.: “A vueltas con la pensión de alimentos”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 968/2020 [BIB 2020\37381].

ZUMAQUERO GIL, L.: “La atribución judicial del uso de la vivienda familiar en caso de crisis matrimonial: régimen jurídico actual y propuestas de reforma”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 41/2016 [BIB 2016\85411].

## **JURISPRUDENCIA**

### **I.- SEPARACIÓN Y DIVORCIO**

STS 325/1997, de 22 de abril de 1997 [RJ 1997/3251]  
STS 417/2000, de 26 de abril de 2000  
STS 758/2011, de 4 de noviembre de 2011  
STS 233/2012, de 20 de abril de 2012  
STS 250/2013, de 30 de abril de 2013  
STS 134/2014, de 25 de marzo de 2014  
STS 226/2015, de 6 de mayo de 2015  
STS 392/2015, de 24 de junio de 2015  
STS 572/2015, de 19 de octubre de 2015  
STS 528/2017, de 27 de septiembre de 2017  
STS 142/2018, de 14 de marzo de 2018  
STS 295/2018, de 27 de mayo de 2018  
STS 315/2018, de 30 de mayo de 2018  
STS 569/2018, de 15 de octubre de 2018  
STS 615/2018, de 7 de noviembre de 2018  
STS 297/2019, de 28 de mayo de 2019 [RJ 2019/2165]  
STS 327/2019, de 6 de junio de 2019  
STS 501/2019, de 27 de septiembre de 2019 [RJ 2019/4033]  
STS 583/2019, de 5 de noviembre de 2019  
STS 136/2020, de 2 de marzo de 2020 [RJ 2020/629]

### **II.- PATRIA POTESTAD**

STS 621/2015, de 9 de noviembre de 2015  
STS 124/2017, de 25 de febrero de 2017  
STS 216/2017, de 4 de abril de 2017  
STS 171/2018, de 23 de marzo de 2018 [RJ 2018\1275]

STS 492/2018, de 14 de septiembre de 2018 [JUR 2018/243258]  
STS 291/2019, 23 de mayo de 2019  
STS 514/2019, de 1 de octubre de 2019 [RJ 2019\369]  
SAP de Alicante, Sección 6ª, 33/2015, de 17 de febrero de 2015 [JUR 2015/124907]  
SAP de Barcelona, Sección 18ª, 852/2016, de 9 de noviembre de 2016 [JUR 2017\53682]  
SAP de Barcelona, Sección 18ª, 380/2017, de 2 de mayo de 2017 [JUR 2017\197182]  
SAP de Guipúzcoa, Sección 2ª, 203/2017, de 17 de julio de 2017 [JUR 2017\234837]  
SAP de Guipúzcoa, Sección 3ª, 185/2017, de 2 de octubre de 2017 [JUR 2018\34225]  
SAP de Madrid, Sección 22ª, 35/2018, de 19 de enero de 2018 [JUR 2018\73815]  
SAP de Huelva, Sección 2ª, 151/2018, de 22 de marzo de 2018 [JUR 2018\282781]  
SAP de Málaga, Sección 6ª, 326/2018, de 17 de abril de 2018 [JUR 2019\184696]  
SAP de Tarragona, Sección 1ª, 281/2018, de 10 de mayo de 2018 [JUR 2018\199566]  
SAP de Huelva, Sección 2ª, 281/2018, de 10 de mayo de 2018 [JUR 2018\219605]  
SAP de Granada, Sección 5ª, 167/2018, de 11 de mayo de 2018 [JUR 2018\261004]  
SAP de Guipúzcoa, Sección 2ª, 260/2018, de 24 de mayo de 2018 [JUR 2018\217315]  
SAP de Madrid, Sección 22ª, 496/2018, de 5 de junio de 2018 [JUR 2018\223605]  
SAP de Guipúzcoa, Sección 2ª, 283/2018, de 11 de junio de 2018 [JUR 2018\293366]  
SAP de Madrid, Sección 22ª, 538/2018, de 19 de junio de 2018 [JUR 2018\236892]  
SAP de Murcia, Sección 5ª, 163/2018, de 29 de junio de 2018 [JUR 2018\264111]  
SAP de Madrid, Sección 22ª, 606/2018, de 6 de julio de 2018 [JUR 2018\228712]  
SAP de Barcelona, Sección 18ª, 528/2018, de 17 de julio de 2018 [JUR 2018\218558]  
SAP de Vizcaya, Sección 4ª, 515/2018, de 20 de julio de 2018 [JUR 2018\328977]  
SAP de Tarragona, Sección 1ª, 354/2018, de 13 de septiembre de 2018 [JUR 2018\250449]  
SAP de Málaga, Sección 7ª, 83/2018, de 13 de diciembre de 2018 [JUR 2019\38527]  
SAP de Alicante, Sección 9ª, 33/2019, de 25 de enero de 2019 [JUR 2018\161747]  
SAP de Vizcaya 389/2019, Sección 4ª, de 6 marzo de 2019 [JUR 2019\170806]  
SAP de Barcelona, Sección 18ª, 241/2019, de 26 marzo de 2019 [JUR 2019\142551]  
SAP de Barcelona 341/2019, Sección 12ª, de 23 mayo de 2019 [JUR 2019\171506]  
SAP de Málaga, Sección 6ª, 821/2019, de 26 de septiembre de 2019 [JUR 2020\64523]  
SAP de Barcelona, Sección 12ª, 634/2019, de 28 de octubre de 2019 [JUR 2019\311958]

SAP de Barcelona, Sección 12ª, 641/2019, de 30 de octubre de 2019 [JUR 2019\313348]  
SAP de Málaga, Sección 6ª, 991/2019, de 5 de noviembre de 2019 [JUR 2020\64390]  
SAP de Barcelona, Sección 18ª, 823/2019, de 2 de diciembre de 2019 [JUR 2020\45760]  
SAP de Ávila, Sección 1ª, 597/2019, de 16 de diciembre de 2019 [JUR 2020\85936]  
SAP de Madrid, Sección 22ª, 123/2020, de 7 de febrero de 2020 [JUR 2020\99721]  
SAP de Toledo, Sección 1ª, 467/2020, de 15 de mayo de 2020 [JUR 2020\181584]

### **III.- GUARDA Y CUSTODIA**

STC 185/2012, de 17 octubre de 2012 [RTC 2012/185]  
STS 623/2009, de 8 de octubre de 2009 [RJ 2009/4606]  
STS 100/2010, de 10 de marzo de 2010 [RJ 2010/2329]  
STS 94/ 2010, de 11 de marzo de 2010 [RJ 2010/2340]  
STS 84/2011, de 21 de febrero de 2011 [RJ 2011/2362]  
STS 496/2011, de 7 de julio de 2011 [RJ 2011/5008]  
STS 579/2011, de 22 de julio de 2011 [RJ 2011/5676]  
STS 961/2011, de 10 de enero de 2012 [RJ 2012/3642]  
STS 261/2012 de 27 de abril de 2012 [RJ 2012/6105]  
STS 257/2013, de 29 de abril de 2013 [RJ 2013/3269]  
STS 370/2013, de 7 junio de 2013 [RJ 2013\3943]  
STS 495/2013, de 19 de julio de 2013 [RJ 2013/5002]  
STS 758/2013, de 25 de noviembre de 2013 [RJ 2013\7873]  
STS 757/2013, de 29 de noviembre de 2013 [RJ 2013\7449]  
STS 761/2013, de 12 de diciembre de 2013 [RJ 2013\7838]  
STS 200/2014, de 25 de abril de 2014 [RJ 2014\2651]  
STS 368/2014, de 2 de julio de 2014 [RJ 2014\4250]  
STS 566/2014, de 16 de octubre de 2014 [RJ 2014\5165]  
STS 576/2014, de 22 octubre de 2014 [RJ 2014\5023]  
STS 619/2014, de 30 octubre de 2014 [RJ 2014\5268]  
STS 762/2014, de 17 de diciembre de 2014 [RJ 2014\74]  
STS 96/2015, de 16 de febrero de 2015 [RJ 2015\564]

STS 390/2015, de 26 de junio de 2015 [RJ 2015\2658]  
STS 391/2015, de 15 de julio de 2015 [RJ 2015\2778]  
STS 409/2015, de 17 julio de 2015 [RJ 2015\2784]  
STS 465/2015, de 9 de septiembre de 2015 [RJ 2015\4179]  
STS 515/2015, de 15 octubre de 2015 [RJ 2014\4894]  
STS 585/2015, de 21 de octubre de 2015 [RJ 2015\4784]  
STS 658/2015, de 17 de noviembre de 2015 [RJ 2015\5392]  
STS 9/2016, de 28 de enero de 2016 [RJ 2016\370]  
STS 33/2016, de 4 de febrero de 2016 [RJ 2016\494]  
STS 51/2016, de 11 de febrero de 2016 [RJ 2016\248]  
STS 52/2016, de 11 de febrero de 2016 [RJ 2016\524]  
STS 55/2016, de 11 de febrero de 2016 [RJ 2016\249]  
STS 115/2016, de 1 marzo de 2016 [RJ 2016\736]  
STS 133/2016, de 4 de marzo de 2016 [RJ 2016\1399]  
STS 138/2016, de 9 de marzo de 2016 [RJ 2016\972]  
STS 139/2016, de 9 marzo de 2016 [RJ 2016\840]  
STS 143/2016, de 9 de marzo de 2016 [RJ 2016\842]  
STS 162/2016, de 16 de marzo de 2016 [RJ 2016\1137]  
STS 172/2016, de 17 de marzo de 2016 [RJ 2016\847]  
STS 193/2016, de 29 de marzo de 2016 [RJ 2016\1133]  
STS 194/2016, de 29 de marzo de 2016 [RJ 2016\995]  
STS 242/2016, de 12 de abril de 2016 [RJ 2016\1336]  
STS 251/2016, de 13 de abril de 2016 [RJ 2016\1339]  
STS 263/2016, de 20 de abril de 2016 [RJ 2016\3664]  
STS 265/2016, de 20 de abril de 2016 [RJ 2016\3847]  
STS 283/2016, de 3 de mayo de 2016 [RJ 2016\2218]  
STS 346/2016, de 24 de mayo de 2016 [RJ 2016\2284]  
STS 350/2016, de 26 de mayo de 2016 [RJ 2016\2292]  
STS 369/2016, de 3 de junio de 2016 [RJ 2016\2330]  
STS 400/2016, de 15 de junio de 2016 [RJ 2016\2780]  
STS 433/2016, de 27 de junio de 2016 [RJ 2016\3717]

STS 553/2016, de 20 de septiembre de 2016 [RJ 2016\4440]  
STS 722/2016, de 5 de diciembre de 2016 [RJ 2016\5968]  
STS 748/2016, de 21 de diciembre de 2016 [RJ 2016\5998]  
STS 751/2016, de 22 de diciembre de 2016 [RJ 2016\5999]  
STS 48/2017, de 26 de enero de 2017 [RJ 2017\251]  
STS 110/2017, de 17 de febrero de 2017 [RJ 2017\483]  
STS 135/2017, de 28 de febrero de 2017 [RJ 2017\606]  
STS 155/2017, de 7 de marzo de 2017 [RJ 2017\705]  
STS 370/2017, de 9 de junio de 2017 [RJ 2017\3152]  
STS 413/2017, de 27 de junio de 2017 [RJ 2017\3077]  
STS 442/2017, de 13 de julio de 2017 [RJ 2017\3622]  
STS 518/2017, de 22 de septiembre de 2017 [RJ 2017\4868]  
STS 519/2017, de 22 de septiembre de 2017 [RJ 2017\4731]  
TS 529/2017, de 27 de septiembre de 2017 [RJ 2017\4111]  
STS 567/2017, de 19 de octubre de 2017 [RJ 2017\4484]  
STS 566/2017 de 19 de octubre de 2017 [RJ 2017\4485]  
STS 579/2017, de 25 de octubre de 2017 [RJ 2017\4677]  
STS 595/2017, de 8 de noviembre de 2017 [RJ 2017\4766]  
STS 665/2017, de 13 de diciembre de 2017 [RJ 2017\5389]  
STS 4/2018, de 10 de enero de 2018 [RJ 2018\61]  
STS 11/2018, de 11 de enero de 2018 [RJ 2018\104]  
STS 22/2018, de 17 de enero de 2018 [RJ 2018\100]  
STS 182/2018, de 4 de abril de 2018 [RJ 2018\1182]  
STS 194/2018, de 6 de abril de 2018 [RJ 2018\1430]  
STS 229/2018, de 18 de abril de 2018 [RJ 2018\2177]  
STS 242/2018, de 24 de abril de 2018 [RJ 2018\1598]  
STS 348/2018, de 7 de junio de 2018 [RJ 2018\2417]  
STS 527/2018, de 25 de septiembre de 2018 [RJ 2018/3857]  
STS 561/2018, de 10 de octubre de 2018 [RJ 2018\4285]  
STS 593/2018, de 30 de octubre de 2018 [RJ 2018\4742]  
STS 630/2018, de 13 de noviembre de 2018 [RJ 2018\4930]

STS 654/2018, de 20 de noviembre de 2018 [RJ 2018\5376]  
STS 122/2019, de 26 de febrero de 2019 [RJ 2019\635]  
STS 124/2019, de 26 de febrero de 2019 [RJ 2019\631]  
STS 215/2019, de 5 de abril de 2019 [RJ 2019\1791]  
STS 637/2019, de 25 de noviembre de 2019 [RJ 2019\4885]  
STS 58/2020, de 28 de enero de 2020 [RJ 2020\111]  
STS 311/2020, de 16 de junio de 2020 [RJ 2020\2294]  
STS 439/2020, de 17 de julio de 2020  
STS 175/2021, de 21 de marzo de 2021  
STSJ de Cataluña, 20/2016, de 4 de abril de 2016 [RJ 2016/3643]  
SAP de Alicante, Sección 4ª, 334/2011, de 20 de octubre de 2011 [JUR 2012/223327]  
SAP de Barcelona, Sección 12ª, 86/2013 de 8 febrero de 2013 [JUR 2013\110203]  
SAP de Barcelona, Sección 12ª, 179/2013 de 14 marzo de 2013 [JUR 2013\168836]  
SAP de Orense, Sección 1ª, 90/2014, de 26 de marzo de 2014 [AC 2014/1784]  
SAP de Barcelona, Sección 12ª, 455/2014, de 4 julio de 2014 [JUR 2014\237265]  
SAP de Barcelona, Sección 18ª, 528/2014, de 14 julio de 2014 [JUR 2014\234601]  
SAP de Madrid, Sección 24ª, 693/2014, de 16 de julio de 2014 [AC 2014/1555]  
SAP de Barcelona, Sección 12ª, 506/2014, de 24 julio de 2014 [JUR 2014\237269]  
SAP de Barcelona, Sección 12ª, 302/2015, de 7 de mayo de 2015 [JUR 2015\186500]  
SAP de Barcelona, Sección 18ª, 546/2015, de 15 de julio de 2015 [AC 2015/1447]  
SAP de Barcelona, Sección 12ª, 754/2015, de 18 noviembre de 2015 [JUR 2016\46753]  
SAP de Barcelona, Sección 12ª, 812/2015, de 3 diciembre de 2015 [JUR 2016\20360]  
SAP de Barcelona, Sección 12ª, 139/2016, de 25 febrero de 2016 [JUR 2016\127457]  
SAP de Barcelona, Sección 12ª, 235/2015, de 16 abril de 2016 [JUR 2015\156836]  
SAP de Barcelona, Sección 12ª, 422/2016, de 27 mayo de 2016 [JUR 2016\193706]  
SAP de Barcelona, Sección 18ª, 477/2016, de 13 junio de 2016 [JUR 2016\194291]  
SAP de Barcelona, Sección 12ª, 464/2016, de 14 junio de 2016 [JUR 2016\197071]  
SAP de Barcelona, Sección 12ª, 575/2016, de 20 julio de 2016 [JUR 2016\237226]  
SAP de Barcelona, Sección 18ª, 620/2016, de 22 julio de 2016 [JUR 2016\213730]  
SAP de Barcelona, Sección 18ª, 713/2016, de 3 octubre de 2016 [JUR 2017\34167]  
SAP de Asturias, Sección 1ª, 332/2015, de 18 de diciembre de 2016 [AC 2016/142]

SAP de Barcelona, Sección12ª, 228/2017, de 2 marzo de 2017 [JUR 2017\196908]  
SAP de Barcelona, Sección12ª, 282/2017, de 15 marzo de 2017 [JUR 2017\197372]  
SAP de Barcelona, Sección12ª, 291/2017, de 16 marzo de 2017 [JUR 2017\183605]  
SAP de Barcelona, Sección18ª, 265/2017, de 24 marzo de 2017 [JUR 2017\130121]  
SAP de Segovia, Sección 1ª, 111/2017, de 10 de mayo de 2017 [JUR 2017\164652]  
SAP de Barcelona, Sección18ª, 936/2017, de 21 noviembre de 2017 [JUR 2018\41333]  
SAP de Barcelona, Sección12ª, 664/2018, de 14 junio de 2018 [JUR 2018\218539]  
SAP de Madrid, Sección 22ª, 526/2018, de 15 de junio de 2018 [JUR 2018\224997]  
SAP de Barcelona, Sección12ª, 756/2018, de 5 julio de 2018 [JUR 2018\208879]  
SAP de Barcelona, Sección18ª, 562/2018, de 27 julio de 2018 [JUR 2018\247095]  
SAP de A Coruña, Sección 6ª,138/2018, de 30 de julio de 2018 [JUR 2018\285559]  
SAP de Barcelona, Sección18ª, 621/2018, de 25 septiembre de 2018 [JUR 2018\262911]  
SAP de Barcelona, Sección12ª, 881/2018, de 25 septiembre de 2018 [JUR 2018\262907]  
SAP de Cáceres, Sección 1ª, 508/2018, de 29 de noviembre de 2018 [JUR 2019\30335]  
SAP de Barcelona, Sección12ª, 16/2019, de 15 enero de 2019 [JUR 2019\27750]  
SAP de Barcelona, Sección18ª, 46/2019, de 22 enero de 2019 [AC 2019\56]  
SAP de Barcelona, Sección18ª, 283/2019, de 4 abril de 2019 [JUR 2019\142554]  
SAP de Barcelona, Sección12ª, 249/2019, de 12 abril de 2019 [JUR 2019\144064]  
SAP de Barcelona, Sección12ª, 277/2019, de 25 abril de 2019 [JUR 2019\158443]  
SAP de Barcelona, Sección18ª, 330/2019, de 2 mayo de 2019 [JUR 2019\177316]  
SAP de Barcelona, Sección12ª, 292/2019, de 3 mayo de 2019 [JUR 2019\158237]  
SAP de Barcelona, Sección12ª, 374/2019, de 4 junio de 2019 [JUR 2019\176985]  
SAP de Barcelona, Sección12ª, 450/2019, de 28 junio de 2019 [JUR 2019\211541]  
SAP de Barcelona, Sección12ª, 461/2019, de 3 julio de 2019 [JUR 2019\211186]  
SAP de Barcelona, Sección12ª, 490/2019, de 16 julio de 2019 [JUR 2019\265314]  
SAP de Barcelona, Sección12ª, 511/2019, de 22 julio de 2019 [JUR 2019\229945]  
SAP de Barcelona, Sección18ª, 552/2019, de 29 julio de 2019 [JUR 2019\236468]  
SAP de Barcelona, Sección12ª, 531/2019, de 30 julio de 2019 [JUR 2019\264432]  
SAP de Barcelona, Sección12ª, 550/2019, de 16 septiembre de 2019 [JUR 2019\273986]  
SAP de Barcelona, Sección18ª, 690/2019, de 22 octubre de 2019 [JUR 2019\310916]  
SAP de Barcelona, Sección12ª, 655/2019, de 4 noviembre de 2019 [JUR 2019\312707]



SAP de Barcelona, Sección12ª, 742/2019, de 12 diciembre de 2019 [JUR 2020\43237]  
SAP de Barcelona, Sección18ª, 842/2019, de 12 diciembre de 2019 [JUR 2020\46579]  
SAP de Barcelona, Sección12ª, 752/2019, de 16 diciembre de 2019 [JUR 2020\43080]  
SAP de Barcelona, Sección12ª, 9/2020, de 8 enero de 2020 [JUR 2020\53652]  
SAP de Barcelona, Sección18ª, 66/2020, de 28 enero de 2020 [JUR 2020\58400]  
SAP de Barcelona, Sección18ª, 78/2020, de 29 enero de 2020 [JUR 2020\58406]  
SAP de Barcelona, Sección12ª, 127/2020, de 2 marzo de 2020 [JUR 2020\104734]  
SAP de Barcelona, Sección12ª, 156/2020, de 11 marzo de 2020 [JUR 2020\160087]  
SAP de Barcelona, Sección18ª, 253/2020, de 13 mayo de 2020 [JUR 2020\188415]  
SAP de Barcelona, Sección18ª, 306/2020, de 26 mayo de 2020 [JUR 2020\223076]  
SAP de Barcelona, Sección18ª, 359/2020, de 9 junio de 2020 [JUR 2020\223038]  
SAP de Barcelona, Sección12ª, 306/2020, de 9 junio de 2020 [JUR 2020\219604]  
SAP de Barcelona, Sección12ª, 371/2020, de 22 junio de 2020 [JUR 2020\235923]  
SAP de Barcelona, Sección12ª, 485/2020, de 24 julio de 2020 [JUR 2020\311328]  
SAP de Barcelona, Sección18ª, 563/2020, de 9 septiembre de 2020 [JUR 2020\311319]  
SAP de Barcelona, Sección12ª, 555/2020, de 6 octubre de 2020 [JUR 2020\328755]  
SAP de Barcelona, Sección12ª, 111/2021, de 25 febrero de 2021 [JUR 2021\91636]

#### **IV.- RÉGIMEN DE VISITAS**

STS 289/2014, de 26 de mayo de 2014 [RJ 2014/3172]  
STS 18/2018, de 15 de enero de 2018 [RJ 2018/28]  
STS 614/2009, de 28 de septiembre de 2009 [RJ 2009/7257]  
STS 532/2018, de 27 de septiembre de 2018  
STS 689/2011, de 20 de octubre de 2011  
STS 723/2013 de 14 de noviembre de 2013  
STS 680/2015, de 26 de noviembre de 2015 [RJ 2015/5624]  
STS 36/2016, de 04 de febrero de 2016 [RJ 2016/260]  
STS 319/2016, de 13 de mayo de 2016 [RJ 2016/3675]  
SAP de Barcelona, Sección 12ª, 137/2014, de 25 febrero de 2014 [JUR 2014\85439]  
SAP de Barcelona, Sección 12ª, 455/2014, de 4 julio de 2014 [JUR 2014\237265]

SAP de Barcelona, Sección 18ª, 528/2014, de 14 julio de 2014 [JUR 2014\234601]  
SAP de Barcelona, Sección 12ª, 506/2014, de 24 julio de 2014 [JUR 2014\237269]  
SAP de Alicante, Sección 6ª, 31/2015, de 12 febrero de 2015 [JUR 2015\124131]  
SAP de Asturias, Sección 5ª, 129/2015, de 11 mayo de 2015 [JUR 2015\142551]  
SAP de Islas Baleares, Sección 4ª, 167/2015, de 19 mayo de 2015 [JUR 2015\149498]  
SAP de A Coruña, Sección 6ª, 270/2014, de 9 octubre de 2015 [JUR 2015\80165]  
SAP de Salamanca, Sección 1ª, 253/2014 de 27 octubre de 2015 [JUR 2015\60673]  
SAP de A Coruña, Sección 3ª, 335/2014, de 7 noviembre de 2015 [JUR 2015\46208]  
SAP de Barcelona, Sección 12ª, 754/2015, de 18 noviembre de 2015 [JUR 2016\46753]  
SAP de Barcelona, Sección 18ª, 888/2015, de 2 de diciembre de 2015 [JUR 2016/101671]  
SAP de Barcelona, Sección 12ª, 812/2015, de 3 diciembre de 2015 [JUR 2016\20360]  
SAP de Ourense, Sección 1ª, 54/2016, de 11 febrero de 2016 [JUR 2016\56730]  
SAP de Barcelona, Sección 12ª, 139/2016, de 25 febrero de 2016 [JUR 2016\127457]  
SAP de Asturias, Sección 6ª, 67/2016, de 29 febrero de 2016 [JUR 2016\60610]  
SAP de A Coruña, Sección 4ª, 127/2016, de 12 abril de 2016 [JUR 2016\117879]  
SAP de Barcelona, Sección 18ª, 422/2016, de 27 mayo de 2016 [JUR 2016\193706]  
SAP de Barcelona, Sección 18ª, 477/2016, de 13 junio de 2016 [JUR 2016\194291]  
SAP de Barcelona, Sección 12ª, 464/2016, de 14 junio de 2016 [JUR 2016\197071]  
SAP de Barcelona, Sección 12ª, 575/2016, de 20 julio de 2016 [JUR 2016\237226]  
SAP de Barcelona, Sección 18ª, 620/2016, de 22 julio de 2016 [JUR 2016\213730]  
SAP de Barcelona, Sección 18ª, 713/2016, de 3 octubre de 2016 [JUR 2017\34167]  
SAP de Pontevedra, Sección 6ª, 34/2017, de 30 enero de 2017 [JUR 2017\62763]  
SAP de Badajoz, Sección 3ª, 32/2017, de 7 febrero de 2017 [JUR 2017\57729]  
SAP de Granada, Sección 5ª, 67/2017, de 24 febrero de 2017 [JUR 2017\164742]  
SAP de Barcelona, Sección 12ª, 228/2017, de 2 marzo de 2017 [JUR 2017\196908]  
SAP de Barcelona, Sección 12ª, 282/2017, de 15 marzo de 2017 [JUR 2017\197372]  
SAP de Barcelona, Sección 12ª, 291/2017, de 16 marzo de 2017 [JUR 2017\183605]  
SAP de Barcelona, Sección 18ª, 265/2017, de 24 marzo de 2017 [JUR 2017\130121]  
SAP de Valencia, Sección 10ª, 300/2017, de 3 abril de 2017 [JUR 2017\165477]  
SAP de Barcelona, Sección 18ª, 936/2017, de 21 noviembre de 2017 [JUR 2018\41333]  
SAP de Almería, Sección 1ª, 141/2017, de 4 abril de 2018 [JUR 2018\285709]

SAP de Almería, Sección 1ª, 144/2018, de 6 marzo de 2018 [JUR 2018\244534]  
SAP de A Coruña, Sección 5ª, 143/2018, de 10 mayo de 2018 [JUR 2018\248861]  
SAP de Barcelona, Sección 12ª, 664/2018, de 14 junio de 2018 [JUR 2018\218539]  
SAP de A Coruña, Sección 5ª, 225/2018, de 5 julio de 2018 [JUR 2018\260217]  
SAP de Barcelona, Sección 12ª, 756/2018, de 5 julio de 2018 [JUR 2018\208879]  
SAP de Barcelona, Sección 18ª, 562/2018, de 27 julio de 2018 [JUR 2018\247095]  
SAP de Barcelona, Sección 12ª, 881/2018, de 25 septiembre de 2018 [JUR 2018\262907]  
SAP de Barcelona, Sección 18ª, 621/2018, de 25 septiembre de 2018 [JUR 2018\262911]  
SAP de Zamora, Sección 1ª, 303/2018, de 15 noviembre de 2019 [JUR 2019\10329]  
SAP de A Coruña, Sección 4ª, 392/2018, de 29 noviembre de 2019 [JUR 2019\37033]  
SAP de Barcelona, Sección 12ª, 16/2019, de 15 enero de 2019 [JUR 2019\27750]  
SAP de Teruel, Sección 1ª, 7/2019, de 17 enero de 2019 [JUR 2019\208376]  
SAP de Barcelona, Sección 18ª, 46/2019, de 22 enero de 2019 [AC 2019\56]  
SAP de Barcelona, Sección 18ª, 283/2019, de 4 abril de 2019 [JUR 2019\142554]  
SAP de Barcelona, Sección 12ª, 249/2019, de 12 abril de 2019 [JUR 2019\144064]  
SAP de Barcelona, Sección 12ª, 277/2019, de 25 abril de 2019 [JUR 2019\158443]  
SAP de Asturias, Sección 1ª, 215/2019, de 21 marzo de 2019 [JUR 2019\150993]  
SAP de Barcelona, Sección 18ª, 330/2019, de 2 mayo de 2019 [JUR 2019\177316]  
SAP de Barcelona, Sección 12ª, 292/2019, de 3 mayo de 2019 [JUR 2019\158237]  
SAP de Barcelona, Sección 12ª, 374/2019, de 4 junio de 2019 [JUR 2019\176985]  
SAP de Madrid, Sección 22ª, 506/2019, de 4 junio de 2019 [JUR 2019\227099]  
SAP de Barcelona, Sección 12ª, 450/2019, de 28 junio de 2019 [JUR 2019\211541]  
SAP de Barcelona, Sección 12ª, 461/2019, de 3 julio de 2019 [JUR 2019\211186]  
SAP de Barcelona, Sección 12ª, 490/2019, de 16 julio de 2019 [JUR 2019\265314]  
SAP de Valladolid, Sección 1ª, 311/2019, de 17 julio de 2019 [JUR 2019\293255]  
SAP de Barcelona, Sección 12ª, 511/2019, de 22 julio de 2019 [JUR 2019\229945]  
SAP de Barcelona, Sección 18ª, 552/2019, de 29 julio de 2019 [JUR 2019\236468]  
SAP de Barcelona, Sección 12ª, 531/2019, de 30 julio de 2019 [JUR 2019\264432]  
SAP de Barcelona, Sección 12ª, 550/2019, de 16 septiembre de 2019 [JUR 2019\273986]  
SAP de A Coruña, Sección 5ª, 311/2019, de 25 septiembre de 2019 [JUR 2019\305844]  
SAP de Barcelona, Sección 18ª, 690/2019, de 22 octubre de 2019 [JUR 2019\310916]

SAP de Barcelona, Sección 12ª, 655/2019, de 4 noviembre de 2019 [JUR 2019\312707]  
SAP de A Coruña, Sección 5ª, 389/2019, de 27 noviembre de 2020 [JUR 2020\79609]  
SAP de Barcelona, Sección 12ª, 742/2019, de 12 diciembre de 2019 [JUR 2020\43237]  
SAP de Barcelona, Sección 18ª, 842/2019, de 12 diciembre de 2019 [JUR 2020\46579]  
SAP de Barcelona, Sección 12ª, 752/2019, de 16 diciembre de 2019 [JUR 2020\43080]  
SAP de Barcelona, Sección 12ª, 9/2020, de 8 enero de 2020 [JUR 2020\53652]  
SAP de Barcelona, Sección 12ª, 32/2020, de 17 enero de 2020 [JUR 2020\48385]  
SAP de Vizcaya, Sección 4ª, 108/2020, de 24 enero de 2020 [JUR 2020\173696]  
SAP de Barcelona, Sección 18ª, 66/2020, de 28 enero de 2020 [JUR 2020\58400]  
SAP de Barcelona, Sección 18ª, 78/2020, de 29 enero de 2020 [JUR 2020\58406]  
SAP de Barcelona, Sección 12ª, 127/2020, de 2 marzo de 2020 [JUR 2020\104734]  
SAP de Barcelona, Sección 12ª, 156/2020, de 11 marzo de 2020 [JUR 2020\160087]  
SAP de Córdoba, Sección 1ª, 329/2020, de 23 abril de 2020 [JUR 2020\227069]  
SAP de Valencia, Sección 10ª, 201/2020, de 30 abril de 2020 [JUR 2020\224230]  
SAP de Barcelona, Sección 18ª, 253/2020, de 13 mayo de 2020 [JUR 2020\188415]  
SAP de Barcelona, Sección 18ª, 306/2020, de 26 mayo de 2020 [JUR 2020\223076]  
SAP de Cádiz, Sección 5ª, 527/2020, de 26 mayo de 2020 [JUR 2020\225900]  
SAP de Palencia, Sección 1ª, 175/2020, de 27 mayo de 2020 [JUR 2020\224546]  
SAP de Madrid, Sección 22ª, 466/2020, de 29 mayo de 2021 [JUR 2021\21355]  
SAP de Barcelona, Sección 12ª, 306/2020, de 9 junio de 2020 [JUR 2020\219604]  
SAP de Barcelona, Sección 18ª, 359/2020, de 9 junio de 2020 [JUR 2020\223038]  
SAP de Barcelona, Sección 12ª, 371/2020, de 22 junio de 2020 [JUR 2020\235923]  
SAP de Barcelona, Sección 12ª, 485/2020, de 24 julio de 2020 [JUR 2020\311328]  
SAP de Barcelona, Sección 18ª, 563/2020, de 9 septiembre de 2020 [JUR 2020\311319]  
SAP de Barcelona, Sección 12ª, 555/2020, de 6 octubre de 2020 [JUR 2020\328755]  
SAP de Barcelona, Sección 12ª, 111/2021, de 25 febrero de 2021 [JUR 2021\91636]

## **V.- CARGAS DEL MATRIMONIO Y PENSIÓN DE ALIMENTOS**

STS 184/2001, de 1 de marzo de 2001 [RJ 2001/2562]  
STS 262/2004, de 31 de marzo de 2004 [RJ 2004/2024]  
STS 762/2005, de 25 de octubre de 2005 [RJ 2005/7210]

STS 903/2005, de 21 de noviembre de 2005  
STS 624/2011, de 5 de septiembre de 2011 [RJ 2011/5677]  
STS 183/2012, de 30 de marzo de 2012 [RJ 2012\4584]  
STS 298/2013, de 6 de junio de 2013  
STS 564/2014, de 14 de octubre de 2014 [RJ 2014/4754]  
STS 564/2014, de 14 de octubre de 2014 [RJ 2015/754]  
STS 579/2014, de 15 de octubre de 2014 [J 2014/811]  
STS 577/2014, de 21 de octubre de 2014  
STS 55/2015, de 12 de febrero de 2015 [RJ 2015/338]  
STS 111/2015, de 2 de marzo de 2015 [RJ 2015\601]  
STS 351/2015, de 15 de junio de 2015  
STS 389/2015, de 23 de junio de 2015  
STS 481/2015, de 22 de julio de 2015  
STS 603/2015, de 28 octubre de 2015 [RJ 2015/4785]  
STS 700/2014, de 21 noviembre de 2015 [RJ 2015\6567]  
STS 10/2016, de 1 de febrero de 2016  
STS 55/2016, de 11 de febrero de 2016  
STS 120/2016, de 2 de marzo de 2016  
STS 129/2016, de 3 de marzo de 2016  
STS 487/2016, de 14 de julio de 2016  
STS 516/2016 de 21 de julio de 2016  
STS 558/2016, de 21 septiembre de 2016 [RJ 2016\4443]  
STS 573/2016, de 29 de septiembre de 2016  
STS 600/2016, de 6 de octubre de 2016  
STS 604/2016, de 6 de octubre de 2016  
STS 636/2016, de 25 de octubre de 2016 [RJ 2016\4982]  
STS 33/2017, de 19 de enero de 2017  
STS 395/2017, de 22 de junio de 2017 [RJ 2017\3040]  
STS 484/2017, de 20 de julio de 2017 [RJ 2017\3385]  
STS 500/2017, de 13 de septiembre de 2017  
STS 672/2017, de 15 de diciembre de 2017  
STS 371/2018, de 19 de junio de 2018  
STS 104/2019, de 19 de febrero de 2019 [RJ 2019/497]  
STS 86/2020, de 6 de febrero de 2020  
STS 203/2020, de 28 de mayo de 2020  
STS 381/2021, de 7 de junio de 2021

## **VI.- USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR**

STS 1199/1994, de 31 de diciembre de 1994 [RJ 1994/10330]  
STS 1085/1996, de 16 de diciembre de 1996 [RJ 1996/9020]  
STS 310/2004, de 22 de abril de 2004 [RJ 2004/2731]  
STS 372/2005, de 25 de mayo de 2005  
STS 100/2006, de 10 de febrero de 2006 [RJ 2006/549]  
STS 646/2006, 20 de junio de 2006

STS 910/2008, de 2 de octubre de 2008 [RJ 2008/5587]  
STS 1025/2008, de 29 octubre de 2008 [RJ 2008/6923]  
STS 991/2008, de 5 de noviembre de 2008 [RJ 2009/3]  
STS 1077/2008, de 13 de noviembre de 2008 [RJ 2009/5]  
STS 859/2009, de 14 de enero de 2010 [RJ 2010/2323]  
STS 861/2009 de 18 de enero de 2010 [RJ 2010/1274]  
STS 188/2011, de 28 de marzo de 2011 [2011/939]  
STS 191/2011, de 29 de marzo de 2011 [RJ 2011/3021]  
STS 221/2011, de 1 de abril de 2011 [RJ 2011/3139]  
STS 236/2011, de 14 de abril de 2011 [RJ 2011/3590]  
STS 451/2011, de 21 de junio de 2011 [RJ 2011/7325]  
STS 624/2011, de 5 de septiembre de 2011 [RJ 2011/5677]  
STS 695/2011, de 10 de octubre de 2011 [RJ 2011/6839]  
STS 284/2012, de 9 de mayo de 2012 [RJ 2012/5137]  
STS 340/2012, de 31 de mayo de 2012 [RJ 2012/6550]  
STS 499/2012, de 13 de julio de 2012 [RJ 2012/8358]  
STS 671/2012, de 5 de noviembre de 2012 [RJ 2012/10135]  
STS 193/2013, de 15 de marzo de 2013 [RJ 2013/2174]  
STS 426/2013, de 17 de junio de 2013 [RJ 2013/4375]  
STS 622/2013, de 17 de octubre de 2013 [RJ 2013/7255]  
STS 707/2013, de 11 de noviembre de 2013 [RJ 2013/7262]  
STS 726/2013, de 19 de noviembre de 2013 [RJ 2013/7447]  
STS 73/2014, de 12 de febrero de 2014 [RJ 2014/2090]  
STS 72/2014, de 17 de febrero de 2014 [RJ 2014/918]  
STS 181/2014, de 3 de abril de 2014 [RJ 2014/1950]  
STS 301/2014, de 29 de mayo de 2014 [RJ 2014/3889]  
STS 320/2014, de 16 de junio de 2014 [RJ 2014/3073]  
STS 576/2014, de 22 de octubre de 2014 [RJ 2024/5023]  
STS 593/2014, de 24 de octubre de 2014 [RJ 2014/5180]  
STS 660/2014, de 28 de noviembre de 2014 [RJ 2014/6048]  
STS 5/2015, de 16 de enero de 2015 [RJ 2015/355]  
STS 174/2015, de 25 de marzo de 2015 [RJ 2015/1165]  
STS 282/2015, de 18 de mayo de 2015 [RJ 2015/1919]  
STS 315/2015, de 29 de mayo de 2015 [RJ 2015/2273]  
STS 385/ 2015, de 23 de junio de 2015 [RJ 2015/2546]  
STS 565/2015, de 9 de septiembre de 2015 [RJ 2015/4179]  
STS 596/2015, de 30 de octubre de 2015 [RJ 2015/5044]  
STS 118/2016, de 1 de marzo de 2016 [RJ 2016/925]  
STS 129/2016, de 3 de marzo de 2016 [RJ 2016/758]  
STS 176/2016, de 17 de marzo de 2016 [RJ 2016/978]  
STS 215/2016, de 6 de abril de 2016 [RJ 2016/1321]  
STS 284/2016, de 3 de mayo de 2016 [RJ 2016/2215]  
STS 434/2016, de 27 de junio de 2016 [2016/2876]  
STS 522/2016, de 21 de julio de 2016 [RJ 2016/3445]  
STS 545/2016, de 16 de septiembre de 2016 [RJ 2016/4449]  
STS 635/2016, de 25 de octubre de 2016 [RJ 2016/4977]

STS 636/2016, de 25 de octubre de 2016 [RJ 2016/4982]  
STS 741/2016, de 21 de diciembre de 2016 [RJ 2016/6275]  
STS 31/2017, de 19 de enero de 2017 [RJ 2017/924]  
STS 390/2017, de 20 de junio de 2017  
STS 142/2017, de 1 de marzo de 2017 [RJ 2017/608]  
STS 168/2017, de 8 de marzo de 2017 [RJ 2017/696]  
STS 183/2017, de 14 de marzo de 2017  
STS 294/2017, de 12 mayo de 2017 [RJ 2017\2203]  
STS 524/2017, de 27 de septiembre de 2017 [RJ 2017/5912]  
STS 646/2017, de 27 de noviembre de 2017 [RJ 2017/6187]  
STS 181/2018, de 4 de abril de 2018 [RJ 2018/1185]  
STS 641/2018, de 20 de noviembre de 2018 [RJ 2018/5086]  
STS 284/2019 de 23 de mayo de 2019 [RJ 2019/2131]  
STS 215/2019, de 5 de abril de 2019  
STS 295/2020, de 12 de junio de 2020  
SAP de Baleares, Sección única, 1995/1164, de 22 de mayo de 1995 [AC 1995/1164]  
SAP de Madrid, Sección 24ª, 528/2001, de 25 de mayo de 2001 [JUR 2001/262699].  
SAP de Valencia, Sección 10ª, 649/2002, de 4 de diciembre de 2002 [JUR 2003/53933]  
SAP de Madrid, Sección 24ª, 312/2005, de 20 de abril de 2005 [2005/234943]  
SAP de Orense, Sección 1ª, 260/2012, de 1 de junio de 2012 [JUR 2012/228284]  
SAP de Madrid, Sección 22ª, 1054/2014, de 28 de noviembre de 2012 [JUR 2013/34927]  
SAP de Asturias, Sección 1ª, 446/2012, de 3 de diciembre de 2012 [AC 2012/2277]  
SAP de Madrid, Sección 22ª, 538/2013, de 28 de junio de 2013 [JUR 2013/263874]  
SAP de Alicante, Sección 4ª, 33/2014, de 31 de enero de 2014 [JUR 2014/119200]  
SAP de Barcelona, Sección 12ª, 264/2014, de 9 de abril de 2014 [AC 2014/698]  
SAP de Alicante, Sección 3ª, 200/2014, 16 de septiembre de 2014 [JUR 2014/276233]  
SAP de Córdoba, Sección 1ª, 513/2014, de 24 de noviembre de 2014 [JUR 2015/32207]  
SAP de Madrid, Sección 22ª, 1054/2014, de 28 de noviembre de 2014 [JUR 2015/19455]  
SAP de Asturias, Sección 5ª, 47/2015, de 23 de febrero de 2015 [JUR 2015/94222]  
SAP de Valladolid, Sección 1ª, 144/2015, de 19 de junio de 2015 [JUR 2015/176132]  
SAP de Salamanca, Sección 1ª, 332/2016, de 18 de julio de 2016 [JUR 2016, 210373]  
SAP de Guipúzcoa, Sección 3ª, 108/2017, de 31 de mayo de 2017 [JUR 2017/199677]  
SAP Barcelona, Sección 12ª, 591/2018, de 28 de mayo de 2018 [JUR 2018/166158]

## **VII.- PENSIÓN COMPENSATORIA**

STS 2009/1637, de 10 de marzo de 2009 [RJ 2009/1637]  
STS 864/2010, de 19 de enero de 2010 [RJ 2010/417]  
STS 897/2010, de 14 de abril de 2011 [RJ 2011/7421]  
STS 434/2011, de 22 de junio de 2011 [RJ 2011/5666]  
STS 700/2011, de 3 de octubre de 2011 [RJ 2014/6697]  
STS 1/2012, de 23 de enero de 2012 [JUR 2012/42722]  
STS 42/2012, de 9 de febrero de 2012 [RJ 2012/2040]  
STS 179/2012, de 28 de marzo de 2012 [RJ 2012/5591]  
STS 233/2012, de 20 de abril de 2012 [RJ 2012\5911]  
STS 432/2014, de 12 de julio de 2014 [RJ 2014/4583]

STS 133/2014, de 17 de marzo de 2014 [RJ 2014/1501]  
STS 106/2014, de 18 de marzo de 2014 [RJ 2014/2122]  
STS 392/2015, de 24 de junio de 2015  
STS 466/2015, de 8 de septiembre de 2015 [RJ 2015\3978]  
STS 678/2015, de 11 de diciembre de 2015 [RJ 2015/5414]  
STS 713/2015, de 16 de diciembre de 2015  
STS 55/2016, de 11 de febrero de 2016 [RJ 2016\249]  
STS 99/2016, de 19 de febrero de 2016 [RJ 2016\554]  
STS 118/2016, de 1 de marzo de 2016 [RJ 2016/925]  
STS 209/2016, de 5 de abril de 2016 [RJ 2016\4284]  
STS 304/2016, de 11 de mayo de 2016 [RJ 2016\2112]  
STS 323/2016, de 18 de mayo de 2016 [RJ 2016\2002]  
STS 345/2016, de 24 de mayo de 2016 [RJ 2016\2290]  
STS 598/2016, de 5 de octubre de 2016 [RJ 2016\4770]  
STS 657/2016, de 10 de noviembre de 2016 [RJ 2016\5244]  
STS 34/2017, de 19 de enero de 2017 [RJ 2017\274]  
STS 69/2017, de 3 de febrero de 2017 [RJ 2017\399]  
STS 128/2017, de 24 de febrero de 2017 [RJ 2017\669]  
STS 217/2017, de 4 de abril de 2017 [RJ 2017\2663]  
STS 259/2017, de 26 de abril de 2017  
STS 340/2017, de 30 de mayo de 2017 [RJ 2017\2504]  
STS 391/2017, de 20 de junio de 2017 [RJ 2017\3048]  
STS 412/2017, de 27 de junio de 2017 [RJ 2017\3295]  
STS 538/2017, de 2 de octubre de 2017 [RJ 2017\4215]  
STS 545/2017, de 6 de octubre de 2017 [RJ 2017\4262]  
STS 553/2017, de 11 de octubre de 2017 [RJ 2017\4302]  
STS 577/2017, de 25 de octubre de 2017 [RJ 2017\4682]  
STS 589/2017, de 6 de noviembre de 2017 [RJ 2017\4707]  
STS 606/2017, de 13 de noviembre de 2017 [RJ 2017\4738]  
STS 9/2018, de 10 de enero de 2018 [RJ 2018\56]  
STS 66/2018, de 7 de febrero de 2018 [RJ 2018\396]  
STS 75/2018, de 14 de febrero de 2018 [RJ 2018\470]  
STS 76/2018, de 14 de febrero de 2018 [RJ 2018\468]  
STS 120/2018, de 7 de marzo de 2018 [RJ 2018\763]  
STS 153/2018, de 15 de marzo de 2018 [RJ 2018\1096]  
STS 236/2018, de 23 de abril de 2018 [RJ 2018\1596]  
STS 263/2018, de 8 de mayo de 2018 [RJ 2018\1974]  
STS 300/2018, de 24 de mayo de 2018 [RJ 2018\2136]  
STS 324/2018, de 30 de mayo de 2018 [RJ 2018\2396]  
STS 389/2018, de 21 de junio de 2018 [RJ 2018\2668]  
STS 409/2018, de 29 de junio de 2018 [RJ 2018\3262]  
STS 453/2018, de 18 de julio de 2018 [RJ 2018\2828]  
STS 525/2018, de 24 de septiembre de 2018 [RJ 2018\3856]  
STS 572/2018, de 15 de octubre de 2018 [RJ 2018\4424]  
STS 692/2018, de 11 de diciembre de 2018 [RJ 2018\5457]  
STS 96/2019, de 14 de febrero de 2019 [RJ 2019\447]



STS 450/2019, de 18 de julio de 2019 [RJ 2019\3009]  
STS 495/2019, de 25 de septiembre de 2019 [RJ 2019\3769]  
STS 584/2018, de 17 de octubre de 2018 [RJ 2018\4474].  
STS 598/2019, de 7 de noviembre de 2019 [RJ 2019\4630]  
STS 676/2019, de 17 de diciembre de 2019 [RJ 2019\5209]  
STS 100/2020, de 12 de febrero de 2020 [RJ 2020\450]  
STS 245/2020, de 3 de junio de 2020 [RJ 2020\1598]  
STS 403/2020, de 6 de julio de 2020 [RJ 2020\2315]  
STS 418/2020, de 13 de julio de 2020 [RJ 2020\2502]  
STS 549/2020, de 22 de octubre de 2020 [RJ 2020\3847]  
STS 749/2021, de 4 de diciembre de 2021