

Crisis matrimonial, uso de la vivienda familiar y pensión compensatoria: Soluciones en la jurisprudencia española reciente

Por

María José Santos Morón*

Sumario. 1. Planteamiento. 2. La atribución del uso de la vivienda familiar. 3. El derecho a pensión compensatoria.

1. Planteamiento

En el Derecho español, en los casos de separación¹ o divorcio de mutuo acuerdo, las partes deben acompañar una propuesta de convenio regulador, que debe contemplar, entre otros extremos enunciados en el art. 90 C.C y además de la determinación del cónyuge con quien van a convivir los hijos, la atribución del uso de la vivienda familiar y la pensión compensatoria que, en su caso corresponda satisfacer a algún cónyuge. Cuando no existe acuerdo de los cónyuges es el juez quien debe determinar las consecuencias de la separación o disolución del matrimonio, entre las que se encuentran, como es obvio, las aludidas con anterioridad. El art. 96 C. C. regula, a tal efecto, la atribución del uso de la vivienda familiar *"en defecto de acuerdo aprobado por el Juez"*² y el art. 97 fija los criterios a tener en cuenta (también *"a falta de acuerdo*

* Catedrática de Derecho Civil en la Universidad Carlos III de Madrid. Es autora de cuatro monografías y cuenta con numerosas publicaciones en libros y revistas sobre temas tan variados como la forma de los contratos, la protección de las personas con discapacidad, las fundaciones y asociaciones, la protección de los consumidores o la responsabilidad civil. Ha participado en números Proyectos de Investigación, públicos y privados, y ha realizado estancias en diversas universidades extranjeras como Regensburg (1992), Colonia (1996, 1997), Institute for Advanced Legal Studies de Londres (2000), Universidad de Chile (2003), Max Planck Institut de Hamburgo (2007), o Universidad de Nanterre-Paris X (2011, 2012).

¹ Actualmente, y tras la Ley 15/2004 de 8 de julio, la separación no es un trámite previo al divorcio, y tanto una como otro pueden ser solicitados por cualquiera de los cónyuges una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio, sin necesidad de invocar ninguna causa específica (arts. 81, 86 C.c.).

² Téngase en cuenta que el convenio regulador debe ser homologado por el juez, que podría no hacerlo si fuese dañoso para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges (art. 90 C.c.).

de los cónyuges”) para que exista derecho a pensión compensatoria. Ambos preceptos han suscitado numerosas dudas e interrogantes en su aplicación práctica, que han dado lugar a posturas contradictorias en las Audiencias Provinciales y han provocado que, sobre todo en los últimos años, el Tribunal Supremo (TS) se haya visto obligado a pronunciarse sobre la interpretación de ambos preceptos.

El objeto de este trabajo es exponer algunos de los problemas (aquellos que nos parecen más relevantes) planteados al hilo de dichos artículos relatando cómo el Tribunal Supremo ha venido a solventarlos, aunque con planteamientos que no siempre coinciden con los propugnados por la doctrina.

2. La atribución del uso de la vivienda familiar

El art. 96 C. C., como ya se ha indicado, regula atribución del uso de la vivienda familiar a falta de acuerdo de los cónyuges. En tal hipótesis el párrafo primero del citado precepto dispone que *“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”*³.

En el supuesto en que no existan hijos, el art. 96,³⁴ permite su atribución al cónyuge no titular si su interés es el más necesitado de protección –cuestión esta que lógicamente deberá ser probada por el interesado– pero siempre *con carácter temporal*⁵.

La atribución del uso de la vivienda es independiente de la titularidad de la misma. Es decir, puede otorgarse el uso de esta a un cónyuge, y los hijos con

³ Para el supuesto en que se distribuye la custodia de los hijos entre ambos cónyuges (cosa que no es habitual ya que el art. 92.5 C.c., dispone que se procurará *“no separar a los hermanos”*), el art. 96.2 indica: *“Cuando alguno de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente”*.

⁴ Art. 96.3: *“No habiendo hijos, podrá acordarse de que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección”*.

La doctrina considera que esta misma regla debe ser aplicada en los casos –todavía poco frecuentes, ya que la guarda compartida se introdujo en la reforma de 2005– en que el juez otorga la custodia compartida. Es claro que en tal hipótesis no puede aplicarse el art. 96,1 C.c., y la regla del art. 96.2 (el juez *“resolverá lo procedente”*, deja abierta cualquier posibilidad. De ahí que se propugna aplicar la solución del *“interés más necesitado de protección”*. Por todos, Pinto Andrade, C. (2011) *La atribución del uso de la vivienda familiar*, Barcelona: Bosch, p. 69.

⁵ Aunque el art. 96,3 presupone que la vivienda es privativa del cónyuge no atributivo del uso, la misma regla, y en particular la relativa a la temporalidad, hay que aplicar en el supuesto en que la vivienda sea común, porque en este caso se está igualmente excluyendo a uno de los titulares de la vivienda de un derecho (el uso) que es inherente al derecho de propiedad.

quienes conviva, aunque la vivienda no sea común (bien por ser ganancial, bien por haberse adquirido en régimen de copropiedad) sino *privativa* del otro.

Cuando existen hijos, la regla del art. 96.1, en cuya virtud se atribuye el uso de la vivienda familiar a *los hijos y al cónyuge custodio* se explica porque se considera que el interés de los hijos es el más necesitado de protección. Dado que, en rigor, el art. 96,1 concede el uso de la vivienda a los hijos, y solo indirectamente al progenitor custodio, cabe pensar que el legislador presupone que quien es propietario de la vivienda familiar (uno de los cónyuges o ambos) debe cumplir su obligación de prestar alojamiento a los hijos (integrada en la obligación genérica de alimentos que pesa sobre los padres, arts. 154 en relación con arts. 142 y ss. C.c.) cediéndoles el uso de la vivienda en la que han venido desarrollando su vida habitual⁶. Especialmente si se piensa que conviene que los menores puedan, pese a la crisis matrimonial, mantener su entorno de vida y preservar los vínculos establecidos con lugares y personas con anterioridad⁷.

Más difícil es justificar, particularmente en los casos de vivienda privativa de un cónyuge, la asignación del uso de la vivienda al no propietario cuando no existen hijos. Algunos autores encuentran el fundamento en el principio de buena fe, que obliga a tener en cuenta las expectativas, que sobre la vivienda familiar, pudo crearse el no titular, si es el más necesitado de protección⁸, pero como se ha dicho antes, en este caso el uso debe limitarse en el tiempo y atribuirse al no propietario solo de manera excepcional (en este sentido la reciente STS de 30 de marzo de 2012, –RJ 2012/4585–).

En cualquier caso, el derecho de uso atribuido con base en el art. 96 C.c. no tiene la consideración de derecho real, pero la decisión judicial es oponible “*erga omnes*” e inscribible en el Registro de la Propiedad –Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 10 octubre 2009– de forma que, si el titular transmite la vivienda, el adquirente ha de soportar el uso atribuido a los hijos y el progenitor custodio⁹. Además, en el supuesto en que

⁶ En este sentido Roca Trías, E. (2011), “Comentario al art. 96 C.c.”. En *Código civil comentado*, Vol. I, Navarra: Cívitas, 2011, p. 521; asimismo, la STS de 30 de septiembre de 2011, que afirma que “*el principio protegido en esta disposición es el interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, y entre los alimentos se encuentra la habitación (art. 142 C.c.)*”.

⁷ Así lo entiende Salazar Bort, S (2000). *La tutela especial de los hijos en la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales: El interés protegido*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 48 y ss.

⁸ Martín Meléndez, M.T. (2005). *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, Navarra: Thomson–Cívitas, pp. 91 y ss.

⁹ En relación con ello dispone el art. 96 en su último párrafo que “*para disponer de la vivienda y bienes cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial*”.

la vivienda sea común, si bien es posible el ejercicio de la acción de división por parte de los copropietarios, ello solo es factible, como recientemente ha establecido la STS de 27 de febrero de 2012 (RJ 2012/3383), en tanto se respete el derecho de uso.

La regulación contenida en el art. 96 C.c. ha suscitado algunas dudas y controversias en la praxis judicial. No en vano la doctrina especializada en Derecho de Familia viene reclamando desde hace tiempo la necesidad de modificar dicho precepto para adaptarlo a las circunstancias socioeconómicas de la familia media española¹⁰. En particular se aboga por que se conceda al Juez más amplias facultades a fin de que pueda resolver sobre el uso de la vivienda en atención a las específicas circunstancias de los integrantes del grupo familiar, ya que, si bien como regla general cabe presuponer que el interés de los hijos menores de edad es el más necesitado de protección –en tanto hay que preservar su derecho a disponer de una vivienda, a ser posible en el mismo entorno existencial– no siempre tiene por qué ser así¹¹.

A continuación vamos a referirnos a alguno de los problemas planteados en torno a dicho precepto sobre los que se ha pronunciado recientemente el TS.

Comenzaremos indicando que, por vivienda familiar se entiende la residencia habitual de los cónyuges, en la cual se desarrolla la convivencia familiar¹². En algún caso los litigantes han pretendido la aplicación del art. 96 C.c. a inmuebles que no podían considerarse, de acuerdo con lo indicado, como “vivienda familiar”, solicitándose, por ejemplo, la atribución del uso de un inmueble, propiedad del algún cónyuge, en el que no venía desarrollándose la convivencia familiar. En relación con esta cuestión la **STS de 9 de mayo de 2012** (RJ 2012/5137), ha sentado como doctrina que “en los procesos matrimoniales sin consenso de los cónyuges no pueden atribuirse viviendas o locales distintos del que constituye la vivienda familiar”. En el caso enjuiciado se había atribuido a la esposa y a los hijos menores el uso de la vivienda familiar, que era propiedad privativa de aquella, pero se le había atribuido también a la mujer el uso de otro inmueble, propiedad del marido, que había venido siendo ocupado por la esposa como clínica. Y ello por considerar, tanto el Juzgado como la Audiencia, que así era necesario para garantizar la estabilidad económica de los hijos comunes. El TS consideró, sin embargo, que no cabía tal posibilidad afirmando que el art. el 96 C.c. solo permite al juez atribuir el uso de la vivienda familiar.

¹⁰ Serrano Castro, F.A. (2010). *Vivienda familiar y cargas del matrimonio*, Madrid: El Derecho, p. 33; Pinto Andrade, C., ob. cit., pp. 66, 67.

¹¹ Serrano Castro, F.A. ob. cit., pp. 34, 36 y ss.

¹² Martín Meléndez, M.T., ob. cit., p. 47.

La solución adoptada por esta sentencia nos parece adecuada en la medida que la asignación del uso de un inmueble a los hijos y el progenitor custodio, excluyendo del mismo al otro cónyuge –especialmente cuando este último es el propietario exclusivo del inmueble– solo se justifica en tanto tiene como fin garantizar a los hijos su derecho de habitación, facilitándoles un lugar digno en que vivir y desarrollarse.

No resulta tan acertado, sin embargo, el criterio mantenido en la **STS de 30 de septiembre de 2011** (RJ 2011/7387), que rechaza la posibilidad de asignar a los hijos el uso de una vivienda a alquilar costeadas por el padre, con base en unos argumentos que nos parecen cuestionables. En este supuesto el marido, propietario de la vivienda familiar, había solicitado que se le adjudicara el uso de la misma, comprometiéndose a sufragar el alquiler de cualquier otra vivienda de similares características que conviniera a la madre y los hijos menores de edad. La sentencia de la Audiencia Provincial (que modificó en este punto la de primera instancia) accedió a tal petición. El TS revocó, sin embargo, dicha sentencia afirmando que la misma *alteraba “el sistema legalmente establecido en referencia al uso de la vivienda familiar, tal como aparece en el art. 96.1 C.c.”*, añadiendo que el citado precepto *“no permite imponer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo”*, y que la solución propuesta en la sentencia recurrida suponía *“la vulneración de los derechos de los hijos menores”*.

Aunque es cierto que el art. 96.1 se refiere exclusivamente a la atribución del uso de la vivienda propiamente familiar y no contempla otras viviendas distintas a las que constituirían el domicilio habitual de la familia, el argumento utilizado por el TS en esta sentencia, que parece presuponer que no cabe en ningún caso alterar el régimen del art. 96,1 C.c., nos parece criticable. La cuestión está estrechamente relacionada con la postura que sostiene que la regla del art. 96,1 del C.c. no tiene carácter imperativo, debiendo entenderse que el precepto se limita a establecer una presunción *“iuris tantum”* de que el interés más necesitado es el de los hijos¹³. Como se ha indicado con anterioridad, la doctrina observa que el interés de los hijos en recibir alojamiento no tiene por qué satisfacerse necesariamente atribuyéndoles el uso del inmueble que constituyó la vivienda familiar, pues podría atenderse igualmente proporcionándoles otra vivienda distinta, en el mismo entorno y de características similares a aquella, debiendo valorarse también, a la hora de asignar el uso de la vivienda familiar, el interés de los cónyuges *“en una consideración familiar global del problema más apropiada y ajustada a la realidad”*¹⁴.

¹³ En este sentido Martín Meléndez, M.T., ob. cit., pp. 152 y ss; Salazar Bort, S. (2001), *La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales. Amplio estudio jurisprudencial*, Pamplona: Aranzadi, pp. 90 y ss., 147–149; González Poveda, P. (1995) *“Vivienda familiar. Criterios para la atribución de su uso en los procesos matrimoniales”*, en *Problemas candentes en los procesos de familia*, Madrid: Dykinson, 1995, pp. 163 y ss.

¹⁴ Serrano Castro, F.A., ob. cit., p. 37; Pinto Andrade, C., ob. cit., pp. 59, 66, 67.

De hecho en la doctrina de las Audiencias hay casos, aunque excepcionales, en los que no se ha atribuido a los hijos y al cónyuge con el cual conviven la vivienda familiar, asignándose su uso al progenitor no custodio. Así, por ejemplo, cuando el guardador dispone de vivienda adecuada, mientras que el propietario de la vivienda familiar carece de otra en que alojarse¹⁵, cuando el esposo no guardador sufre una grave enfermedad¹⁶, o cuando el cónyuge y los hijos que con él conviven han venido residiendo desde la ruptura en otra vivienda¹⁷. Es decir, los tribunales han venido constatando que en ciertas ocasiones la aplicación automática de la regla del art. 96.1 provocaría resultados injustos al no ser, en tales casos, el interés de los hijos y el progenitor custodio, como presume el citado precepto, el más necesitado de protección¹⁸.

En el caso enjuiciado en la Sentencia comentada, no parece que el esposo y propietario de la vivienda familiar hubiese probado que su interés en conservar el uso de la misma (trasladándose los hijos y el otro progenitor a una vivienda de alquiler sufragada por él) fuese el más digno de tutela. Desde este punto de vista puede entenderse el sentido del fallo. Sin embargo, abstracción hecha del concreto supuesto enjuiciado, consideramos la argumentación del TS poco acertada ya que parece excluir la posibilidad de modificar el criterio legalmente establecido en el reiterado art. 96,1. Y, en nuestra opinión, debería admitirse la posibilidad de otorgar (como ya permiten el Código civil de Cataluña¹⁹ –ley 25/2010 de 29 julio– o el Código de

¹⁵ SAP Navarra, 28 de junio de 2000 (AC 2000, 1677); SAP Navarra, 5 de mayo de 1995 (AC 1995, 1067); SAP Barcelona, 24 de marzo de 2000 (JUR 2000, 183050).

¹⁶ SAP Las Palmas, 1º julio de 2003 (JUR 2004, 24306) SAP Badajoz, 30 abril de 2003 (AC 2003, 602).

¹⁷ SAP Cáceres, 24 febrero de 2000 (JUR 2000, 109735) SAP La Coruña, 23 marzo de 2000 (JUR 2000, 280768); SAP Barcelona, 20 octubre de 2003 (JUR 2003, 259674).

¹⁸ En este sentido, Fernández-Gil Viega, I. (2012). *“Efectos comunes a los procesos de separación, divorcio y nulidad”*, en Díez-Picazo Giménez (coord.), *Derecho de familia*, Navarra: Civitas, pág. 1049, tras indicar que cabe atribuir excepcionalmente la vivienda familiar al cónyuge apartado de los hijos, si bien con una sólida prueba que enerve la regla general, enuncia como excepciones a tener en cuenta: el hecho de haber abandonado la vivienda el progenitor custodio por tener otra a su disposición, disponer de otra vivienda en propiedad, o trasladarse a vivir a otra ciudad o renunciar expresamente al uso.

¹⁹ El art. 233–20, tras establecer en su número 2, que en defecto de acuerdo la autoridad judicial debe atribuir el uso de la vivienda familiar, preferentemente, al progenitor a quien corresponda la guarda de los hijos comunes, dispone en su número 4 que *“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 necesitado y el cónyuge a quien corresponde la guarda tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos”*. Además el art. 232–21 dispone, en el apartado 1.a) que la autoridad judicial, a instancia de uno de los cónyuges, puede excluir la atribución del uso de la vivienda familiar *“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”*.

Derecho Foral de Aragón²⁰ –D. leg. 1/2011 de 22 de marzo–) el uso de la vivienda familiar al cónyuge no guardador si, atendiendo a las circunstancias concretas, el interés de los hijos y el cónyuge custodio no resulta ser el más necesitado de protección.

Desde esta perspectiva creemos oportuna la solución adoptada en el proyecto argentino de Código civil y Comercial, cuyo art. 443 da amplias facultades al juez a la hora de atribuir el uso de la vivienda familiar, limitándose a establecer una serie de pautas²¹ que permitirán al juez decidir de manera flexible en atención a las circunstancias concurrentes. Así, el juez debe tener en cuenta, además de “la persona a quien se atribuye el cuidado de los hijos” (letra a); “la persona que está en situación económica más desventajosa para proveerse de una vivienda por sus propios medios (letra b); “el estado de salud y edad de los cónyuges” (letra c), y “los intereses de otras personas que integran el grupo familiar” (letra c), lo que significa que la circunstancia de ostentar la custodia no es determinante para la atribución del uso de la vivienda familiar.

Otro de los problemas que se han planteado en la práctica, y al que voy a referirme, es *si cabe la posibilidad de solicitar la división material de la vivienda familiar* a fin de que se atribuya el uso de solo una parte de ella a los hijos y el progenitor custodio, permitiéndose la utilización de la porción restante al otro miembro de la pareja. En la doctrina de las Audiencias Provinciales existían posturas contrapuestas, pues mientras que en algunas sentencias se venía accediendo a tal petición cuando la división podía dar lugar a dos viviendas independientes (por ej. casas de dos o tres plantas, o compuestas por dos pisos contiguos, unidos derribando tabiques) en otras se rechazaba dicha posibilidad.

Ante la existencia de criterios contradictorios, la reciente **STS de 30 de abril de 2012** (RJ 2012/5235) ha venido a solucionar este problema, sentando al respecto, la siguiente doctrina: “Cabe la división material de un inmueble en el procedimiento matrimonial cuando sea lo más adecuado para el cumplimiento del art. 96 C.c. –protección del menor– y siempre que la división sea posible y útil por reunir las viviendas resultantes las condiciones de habitabilidad”. En el caso enjuiciado, el marido demandado, titular de la vivienda cuyo uso había pedido la esposa, reconvino solicitando que se atribuyera el uso de la planta alta de la vivienda a la madre y los menores y a él el uso del sótano y la planta baja. La Audiencia había considerado que la división material de la vivienda

²⁰ El art. 81.2 dispone que “cuando corresponda a uno de los progenitores de forma individual la custodia de los hijos, se le atribuirá el uso de la vivienda familiar, salvo que el mejor interés para las relaciones familiares aconseje su atribución al otro progenitor”.

²¹ FALTA NOTA

no estaba amparada por el art. 96 C.c, argumento empleado en alguna ocasión por las sentencias que han negado tal posibilidad, por entender que la división de un inmueble no es propia de un procedimiento matrimonial. El TS sin embargo, revoca esta sentencia, afirmando que el supuesto enjuiciado supone en realidad una *redistribución de espacios del inmueble* mediante la cual queda perfectamente protegido el interés de los hijos menores (que el art. 96 C.c. pretende tutelar), al tiempo que el del propio marido. Tiene en cuenta el TS, conviene señalarlo, que en el supuesto enjuiciado no existía conflictividad entre los cónyuges, ya que no puede negarse que, de ser así, la estrecha cercanía en los domicilios de la ex pareja podría resultar desaconsejable.

Ahora bien, de acuerdo con esta sentencia, parece claro que la mera proximidad o vecindad a la que quedan expuestos los miembros de la anterior pareja –invocada por algunas Audiencias como argumento en contra de la división de la vivienda familiar²²– no permite justificar la negativa a esta petición si es posible dar lugar a dos viviendas realmente independientes²³ y siempre y cuando –como se ha apuntado– las relaciones personales entre los ex cónyuges no presenten un alto grado de conflictividad²⁴. Y es que no puede olvidarse que, particularmente cuando existen hijos comunes, la proximidad en la convivencia de los progenitores –pese a parecer contradictoria con la propia situación de separación o divorcio– es lo más beneficioso para su interés que, al fin y al cabo, es el prioritario y más necesitado de protección cuando se trata de crisis matrimonial²⁵. Tampoco puede desconocerse que la posibilidad de disfrutar de una parte escindida de la vivienda familiar disminuye los gastos a la que debe hacer frente el progenitor no custodio, sin que exista razón para aumentar sus

²² Así por ejemplo en la SAP Tenerife de 19 de julio de 2002 (JUR 2002/279129); SAP Alicante 20 noviembre 2003, (JUR 2004/50617); SAP Albacete 20 octubre 2009 (JUR 2009/1222356) –esta última parece rechazar la división porque no se ha acreditado que “no existe riesgo de que se vean obligados a una convivencia que la pareja no desea–.

²³ Por ejemplo, en la SAP Salamanca de 10 de diciembre de 1997 (AC 1997/2439) se rechaza la petición de división y distribución del uso del inmueble porque, según se dice, la realización de las obras no daría lugar a la existencia de dos viviendas independientes, sino al hecho de que el esposo viviera en la misma pero disponiendo de una entrada independiente.

²⁴ Esta es la situación, por ejemplo, en los supuestos resueltos por la SAP Sevilla de 31 de enero de 2008; SAP Las Palmas de 29 de mayo de 2008 (JUR 2008/250459); SAP Valladolid 25 febrero 2000 (AC 97/2000); SAP Palencia 20 abril 1998 (AC 1998/4698); SAP Jaén 15 enero 1998 (AC 1998/232) –en estas dos últimas había habido además denuncias y agresiones físicas previas– en las que se rechaza la división con base en las malas relaciones preexistentes entre los litigantes.

²⁵ En este sentido la SAP Madrid de 26 de julio de 2010 (JUR 2010/308951), que, en un supuesto en el cual el marido solicitó que se dividiera la vivienda familiar que estaba compuesta originalmente por dos pisos independientes que se habían unido derribando la tabiquería interior, señala que la cercanía “permitirá afianzar la relación fraternal y paternofilial, lo que conviene al interés prioritario de los hijos comunes”.

cargas económicas –lo que puede dificultar el cumplimiento de sus obligaciones alimenticias frente a los hijos²⁶– cuando cabe la posibilidad de convertir dicho inmueble en dos de carácter independiente y, la situación, como se ha dicho, es positiva para los hijos.

Y, por otra parte, también se desprende de la sentencia comentada que no cabe aducir como argumento en contra de la división material de la vivienda y distribución del uso de los espacios resultantes, que no es el proceso matrimonial el cauce procesal idóneo al efecto²⁷, porque, como bien indica dicha sentencia, de lo que se trata es de “redistribuir espacios” y atribuir el uso –que no la propiedad– de los resultantes. Debe entenderse, por tanto, que el hecho de que la vivienda sea común (por ser ganancial o adquirirse en régimen de copropiedad ordinaria) no debe llevar a rechazar esta posibilidad con base en que lo que se ejercita es la acción de división de la cosa común (art. 400 y ss. C.c.), o una pretensión propia del procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales²⁸.

Una tercera cuestión que merece ser analizada es la relativa a la *duración del derecho de uso* sobre la vivienda familiar. A diferencia de lo que sucede en el Proyecto de Código civil argentino, que permite al juez limitar temporalmente el citado derecho de uso²⁹, el art. 96 C.c. español solo contempla la posibilidad de que el uso se atribuya con carácter temporal en el supuesto en que no existen hijos. Cuando la pareja tiene hijos comunes la ley no prevé tal alternativa, si

²⁶ Así lo advierte la SAP Barcelona de 20 de enero de 1987 (Rev. Jurídica Cataluña 1987–2) que, afirma que, pese a los inconvenientes que pueda implicar la proximidad en la convivencia, “no puede imponerse a los cónyuges una nueva carga que dificulte el ya gravoso cumplimiento de sus otras atenciones a la obligación preferente de alimentación y educación del hijo”. Asimismo, la SAP Navarra de 30 de abril de 1993 (AC 1993/842) considera que la división de la vivienda (inicialmente compuesta por dos pisos contiguos unidos por los cónyuges) supone “un notable ahorro para el patrimonio del demandado” sin que se hayan alegado ni probado los inconvenientes.

²⁷ Por ej. la SAP Palmas, 29 de mayo de 2008 (JUR 2008/250459) consideró que la división material excedía del ámbito del art. 96 C.c. y solo era posible en el procedimiento de liquidación del patrimonio ganancial (en este caso la vivienda tenía ese carácter). Un planteamiento similar es el de la SAP Valladolid, de 25 febrero de 2000 (AC 97/2000) que señala que el procedimiento en curso no era apropiado para acordar lo solicitado que era “la división de la cosa común”.

²⁸ En el supuesto enjuiciado en la sentencia la vivienda objeto del litigio era de propiedad exclusiva del marido, por lo que resultaba evidente que la división de la misma no implicaba una alteración de su régimen jurídico. Pero creemos que a la misma conclusión puede llegarse cuando la vivienda familiar es común, porque el hecho de que se admita la escisión de la misma en dos viviendas independientes a fin de que sea admisible el uso por ambas partes no implica que se esté adjudicando la propiedad de cada una de las porciones resultantes a los ex cónyuges. Es decir, la división material no tiene por qué suponer la división jurídica del inmueble.

²⁹ El art. 443 permite al Juez determinar “el plazo de duración” del derecho de uso que atribuya conforme a las pautas establecidas en dicho precepto, y el art. 445 dispone que el derecho de uso cesa, entre otras circunstancias, por cumplimiento del plazo fijado por el juez (letra a).

bien la doctrina y los profesionales abogan por que la asignación del uso de la vivienda se haga siempre con carácter temporal³⁰. Algunas Audiencias Provinciales, en relación con el supuesto en que la vivienda familiar tiene carácter ganancial, han limitado el tiempo de duración del uso *hasta la fecha en que se liquide la sociedad de gananciales*³¹, momento en el cual –cabe pensar– podría solucionarse la situación adjudicando la vivienda familiar (si es que existen más bienes en el patrimonio ganancial) al cónyuge previamente titular del derecho de uso. Sin embargo, el TS se ha pronunciado al respecto rechazando la posibilidad de limitar temporalmente el derecho de uso atribuido a los hijos menores. La **STS de 1º de abril de 2011** (RJ 2011/3139) revoca la sentencia recurrida, que había atribuido el uso al menor y la madre titular de la custodia hasta que se llevara a cabo la *“división y disolución de los bienes comunes de ambas partes”*³² afirmando que el art. 96,1 *“no permite interpretaciones temporales limitadoras, ni puede preverse como fecha de finalización del derecho de uso un momento que no tenga nada que ver con la emancipación del hijo”*. En sentido similar se manifiesta la **STS de 21 de junio de 2011** (RJ 2011/7325), que revoca igualmente la sentencia de la Audiencia Provincial, que había atribuido el uso de la vivienda familiar a la recurrente y su hijo por el plazo de 3 años y mientras no se liquidara la sociedad de gananciales, declarando que *la atribución del uso de la vivienda es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez*.

Ahora bien, que el juez no pueda limitar la duración del derecho de uso correspondiente a los hijos menores y el cónyuge con quien convivan –al margen de lo criticable que pueda resultar esta postura³³– no significa que su duración sea indefinida. La doctrina ha señalado que el derecho de uso se extingue cuando el cónyuge que usa la vivienda ha perdido la guarda y custodia de los

³⁰ Así se propone en las Conclusiones del IV Encuentro de los Magistrados y Abogados de Familia celebrados en 2009. Vid. Fernández Gil, l. ob. cit., pp. 1408, 1409.

³¹ Recuérdese que, según la jurisprudencia del TS, el derecho de uso es oponible *“erga omnes”*. Ello significa que no se extingue por el ejercicio de la acción de división de la cosa común, lo que convierte la misma en escasamente viable. Y tampoco se extinguiría en el supuesto en que en la liquidación de gananciales –aunque esta alternativa no parezca muy probable– se adjudicara el inmueble al cónyuge no titular del derecho de uso.

³² En esta hipótesis la pareja en litigio no había contraído matrimonio y la vivienda les pertenecía en régimen de copropiedad ordinaria. Ello no impide, sin embargo, la aplicación del art. 96,1 porque, aunque no se está ante un supuesto de crisis *matrimonial*, la jurisprudencia viene aplicando análogamente dicho precepto a la disolución de las parejas de hecho cuando existen hijos comunes.

³³ Adviértase que la misma presupone, nuevamente, una aplicación automática del párrafo primero del art. 96 C.c. sin posibilidad de ponderar los intereses concurrentes, lo que, por las razones anteriormente señaladas, no parece lo más adecuado. Puede verse, en este sentido, Ureña Martínez, M. (2011) *“Comentario a la STS del 14 de abril de 2011”*, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil, nº 87, pp.1824, 1825.

hijos y estos no conviven ya con él por haber alcanzado la mayoría de edad, estar emancipados o vivir con independencia³⁴. De hecho, la citada STS de 21 de junio de 2011, parece admitirlo implícitamente, cuando afirma que el art. 96.1 *"no permite establecer ninguna limitación (temporal) a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo"*.

El problema en la práctica es que si los hijos, pese a ser mayores de edad, no tienen recursos propios, subsiste el deber de alimentos (que en este caso no deriva de la patria potestad sino de la relación de parentesco, cfr. arts. 142 y ss. C.c.) y conviene recordar que la prestación alimenticia comprende la habitación. Podría pensarse, por consiguiente, que si los hijos mayores de edad carecen de independencia económica, seguirá siendo aplicable la regla primera del art. 96 C.c., y no procederá, en su caso, la extinción del derecho de uso que se les hubiere atribuido durante su minoría de edad³⁵. De hecho en la doctrina se ha discutido si la regla del art. 96.1 es aplicable o no a los hijos mayores de edad³⁶. Recientes STS han venido, sin embargo, a aclarar esta cuestión.

La **STS de 5 de septiembre de 2011** (RJ 2011/5677), sostiene, en este sentido, que la protección que el art. 96.1 dispensa a los hijos *no debe extenderse más allá de la mayoría de edad*. En el supuesto enjuiciado en esta sentencia los hijos eran mayores de edad y decidieron vivir con el padre. En primera instancia se había atribuido el uso de la vivienda familiar a la mujer porque carecía de recursos económicos, formación profesional y experiencia laboral. La Audiencia revocó la sentencia adjudicando el uso de la vivienda al marido, a cuyo cargo quedaban los hijos, por entender que, dado que estos, aun siendo mayores de edad, no eran independientes económicamente, seguía siendo su interés el más necesitado de protección. El TS estima, por el contrario, que no cabe extender la protección del art. 96.1 C.c. a los mayores de edad. La necesidad de habitación de los hijos mayores de edad debe ser satisfecha *"a la luz de los arts. 142 y ss. C.c."* (que regulan la obligación de alimentos entre parientes) por lo que concluye afirmando que *ningún alimentista mayor de edad tiene derecho a obtener parte de los alimentos que precise (la habitación) mediante la atribución del uso de la vivienda familiar*. Estima por consiguiente que en el caso de autos la cuestión debía resolverse aplicando el párrafo 3º del

³⁴ Marín López, M.J. (2006) *"Comentario al art. 96 C.c."*, en Bercovitz, R. (Coord.): *Comentarios al Código civil*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2º ed., p. 225 No se extingue, sin embargo, por el hecho de que el cónyuge contraiga nuevo matrimonio o viva maritalmente por otra persona, como prevé el art. 101 C.c. en relación con la pensión compensatoria.

³⁵ Así parece entenderlo un sector de la doctrina, Cervilla Garzón (2005): *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Madrid-Barcelona: Marcial Pons, p. 39.

³⁶ Vid. Martín Meléndez, M.T., ob. cit., pp. 172 y ss.

art. 96, que, a falta de hijos atribuye el uso al cónyuge cuyo interés es el más necesitado de protección (en este caso la mujer).

Con posterioridad la **STS de 30 de marzo de 2012**³⁷ (RJ 2012/4584) toma como base la doctrina sentada en la anteriormente señalada y sostiene, igualmente, que la subsistencia de la necesidad de habitación no justifica la adjudicación a los hijos del uso de la vivienda habitual. En el supuesto enjuiciado la sentencia de divorcio había atribuido la vivienda familiar –propiedad del marido– a la madre y a las hijas, pese a ser estas mayores de edad, si bien por el plazo de 1 año desde la fecha de la sentencia. La Audiencia modificó este último extremo declarando que el derecho de uso podía subsistir hasta la independencia económica de las hijas. El TS revocó tal sentencia afirmando nuevamente que los hijos mayores de edad no están protegidos por el art. 93.1 C.c. Y señala expresamente que, conforme a lo dispuesto en los arts. 142 y ss. C.c., el alimentante que deba prestar alojamiento (en este caso a los hijos mayores) puede efectuar la elección que le ofrece el art. 149 C.c. y proporcionar los alimentos “*manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos*”. De ahí que no proceda interpretar que la necesidad de habitación de los hijos mayores de edad debe ser resuelta atribuyéndoles o manteniéndoles en el uso de la vivienda familiar.

Por consiguiente puede decirse, a la vista de estas sentencias, que, cuando los hijos son mayores de edad, no puede privarse al titular de la vivienda de su derecho a usarla con el pretexto de que está obligado a prestar alojamiento a los hijos frente a los cuales subsiste un deber de alimentos³⁸. Y, en segundo lugar, puede afirmarse que la emancipación o mayoría de edad de los hijos, con independencia de que sigan siendo o no acreedores de la prestación de alimentos, determina la extinción del derecho de uso que se les haya podido asignar con base en el art. 96,1 C.c., de modo que, si la vivienda familiar era privativa del cónyuge no custodio, este tendrá derecho a recuperarla³⁹.

³⁷ El TS casa dicha sentencia afirmando, sobre la base de lo expresado en el texto, que los hijos mayores de edad no están protegidos por el art. 93.1. No existiendo hijos menores de edad, debe aplicarse el art. 96.3 C.c. Y, de acuerdo con él la atribución del uso de la vivienda al cónyuge no titular debe ser la excepción y, en el caso de que se atribuya, debe limitarse en el tiempo.

³⁸ En todo caso, podrá asignarse el uso de la vivienda, propiedad privativa de un cónyuge, al no titular, en aplicación del art. 96.3 si se considera que este último es el más necesitado de protección.

³⁹ En el supuesto en que la vivienda sea de carácter ganancial, y si no hubo oportunidad de liquidar la sociedad de gananciales adjudicando la propiedad de la vivienda familiar al cónyuge custodio y beneficiario del derecho de uso (v. gr. porque la vivienda era el único bien ganancial), una vez alcanzada la mayoría de edad por parte de los hijos ya no habrá ningún obstáculo para proceder a liquidar dicha sociedad. Si la vivienda era de ambos cónyuges en régimen de copropiedad ordinaria, extinguido el derecho de uso correspondiente a los hijos, podrá ejercitarse con éxito la acción de división (recuérdese que, aunque el derecho de uso no impide a los copropietarios ejercitar la acción de división de la cosa común, dicho derecho debe ser respetado por el adquirente del bien, lo que en la práctica convierte a aquella en escasamente viable).

3. El Derecho a pensión compensatoria

El art. 97,1 C.c. dispone que *"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 sus situación anterior en el matrimonio"* tendrá derecho a una compensación, que podrá consistir, según establece el precepto tras la reforma practicada por la Ley 15/2005, en una pensión *indefinida o temporal*. En el párrafo segundo se indican las circunstancias que, en defecto de acuerdo de los cónyuges, deberán ser tenidas en cuenta para calcular el importe de la pensión⁴⁰, entre las que cabe destacar las relativas a *"la edad y el estado de salud"*; *"la cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo"*, *"la dedicación pasada y futura a la familia"* y la *"duración del matrimonio"*.

La regulación española es similar a la incorporada en los arts. 441 y 442 del Proyecto de Código civil argentino. El art. 441 se limita a conceder derecho a compensación económica al cónyuge a quien el divorcio produce *"un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura"*, pero del art. 442, que enuncia las circunstancias a tener en cuenta para determinar *"la procedencia y el monto"* de esa compensación, se desprende, igualmente, que el desequilibrio presupone una diferencia patrimonial entre los cónyuges y entre la situación anterior y posterior a la crisis matrimonial⁴¹.

En España la naturaleza jurídica de la pensión compensatoria ha sido frecuentemente discutida por la doctrina y la jurisprudencia. Hoy día, abandonada la tesis que le otorga naturaleza alimenticia⁴², se tiende atribuirle naturaleza indemnizatoria (dirigida a reparar el daño consistente en el desequilibrio producido por la separación o el divorcio) y, sobre todo, compensatoria (en el

⁴⁰ Las circunstancias contempladas en el art. 97.2 C.c. son las siguientes: 1º. Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges; 2º. La edad y el estado de salud; 3º. La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo; 4º La dedicación pasada y futura a la familia; 5º La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge; 6º La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal; 7º La pérdida eventual de un derecho de pensión; 8º. El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge; 9º Cualquier otra circunstancia relevante.

⁴¹ El art. 442, dispone en la letra a) que el Juez debe tener en cuenta *"El estado patrimonial de cada uno de los cónyuges al inicio y la finalización de la vida matrimonial"*. En los siguientes apartados contempla circunstancias similares a las recogidas en el art. 97 C.c. español, como son la dedicación a la familia, la edad y el estado de salud de los cónyuges y los hijos, la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo del cónyuge que solicita la pensión, la colaboración prestada en las actividades profesionales del otro cónyuge, y la atribución de la vivienda familiar.

⁴² Téngase en cuenta que la pensión compensatoria es compatible con la pensión alimenticia a la que, en los casos de separación, puede tener derecho el cónyuge que se encuentre en situación///

sentido de mecanismo “reequilibrador” de la situación económica posterior a la crisis matrimonial)⁴³. Pero, como fácilmente puede colegirse, la interrogante fundamental que suscita esta figura, y en particular el art. 97 C.c., es cuándo puede entenderse que existe un “desequilibrio económico” que justifique el derecho a percibir una pensión, pues es habitual cuestionarse si basta, para el nacimiento de tal derecho, que al momento de la separación o el divorcio los ingresos o el patrimonio de uno de los cónyuges resulte inferior al del otro⁴⁴.

Sobre esta cuestión es de especial interés la **STS de 19 de enero de 2010** (RJ 2010/417), que sostiene que las circunstancias contenidas en el art. 97.2 C.c. tienen una doble función: a) actúan como elementos integrantes del desequilibrio y b) una vez determinada la concurrencia del mismo, actuarán como elementos que permitan fijar la cuantía de la pensión⁴⁵. En efecto, como ahora se verá, algunas de las circunstancias enumeradas en dicho precepto cumplen un importante papel a la hora de determinar si existe o no desequilibrio. Y ello se debe a que, si bien el desequilibrio hace referencia a un descenso en el nivel de vida de uno de los cónyuges en relación con el otro y en relación con la posición que tenía durante el matrimonio, un dato fundamental, que ha sido puesto de relieve en algunas de las últimas sentencias del TS, es que tal desequilibrio, es decir, la peor situación económica de un cónyuge, *debe tener su origen en la pérdida de expectativas laborales como consecuencia de su dedicación a la familia*. Así lo afirma la **STS de 22 de junio de 2011** (RJ 2011/5666)), que considera improcedente la pensión compensatoria reclamada por la esposa, entre otros motivos, porque su dedicación a la familia no le había impedido ejercer su actividad laboral⁴⁶. Esta misma idea aparece en la sentencia anteriormente citada (de 19 de enero de 2010) que niega a la esposa pensión compensatoria con base en que su capacidad de trabajo se

///de necesidad. A diferencia de esta última no tiene como fin satisfacer las necesidades vitales o económicas de uno de los cónyuges, ni requiere probar una situación de necesidad, sino que presupone una situación de desequilibrio económico que se pretende reparar. Sobre las diferencias entre la pensión de alimentos y la compensatoria, vid., Zarraluqui, L. (2003): *La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio*, Valladolid: Lex Nova, 2ª ed., pp. 118, 119; Saura Alberdi, B. (2004): *La pensión compensatoria; criterios delimitadores de su importe y extensión*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 91 y ss.

⁴³ Vid. Roca Trías, E. (2011) “Comentario al art. 97 C.c.”, en *Código civil comentado*, cit., p. 528; Fernández Gil, I., ob. cit., pp. 1396, 1397.

⁴⁴ Zarraluqui, L., ob. cit., pp. 174 y ss.; Saura Alberdi, B, ob. cit., pp. 53 y ss.

⁴⁵ Esta postura coincide con la adoptada en el Proyecto argentino de C.c., en el que las circunstancias enunciadas en el art. 442 deben ser tenidas en cuenta por el Juez tanto para determinar “la procedencia” como “el monto de la compensación económica”.

⁴⁶ La esposa, aunque tenía menos ingresos que el marido, había seguido trabajando durante el matrimonio y había pasado de ser dependiente antes de contraerlo a desarrollar la labor de auxiliar de biblioteca y obtener el título de Diplomada en Relaciones Laborales con posterioridad.

había mantenido intacta a lo largo del matrimonio, ya que *“la dedicación a la familia no le ha impedido trabajar cuando así lo ha considerado conveniente o cuando ha encontrado oportunidades laborales en el mercado de trabajo”*. Y se deduce, asimismo, aunque de forma no tan explícita, de sentencias anteriores que habían afirmado que la finalidad de la pensión compensatoria es colocar al cónyuge más desfavorecido con la ruptura *en situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas a las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial* (**SSTS de 10 de febrero** –RJ 2005/1133– **y 28 de abril de 2005** –RJ 2005/4209–).

Conviene tener en cuenta que, como también ha sostenido el TS, la pensión compensatoria no es un mecanismo equilibrador de los patrimonios de los cónyuges (**SSTS de 10 de febrero de 2005** –RJ 2005/1133–, **5 de noviembre de 2008** –RJ 2009/3– **y 10 de marzo de 2009** –2009/1637–). Su finalidad no es perpetuar el nivel de vida disfrutado durante el matrimonio ni equiparar la situación económica de los cónyuges tras la ruptura, sino evitar el posible perjuicio que la dedicación a la familia ha podido causar a un cónyuge. De ahí que pueda decirse, a la vista de la jurisprudencia referida, que *no hay derecho a pensión si el matrimonio no ha supuesto ningún freno al ascenso profesional de uno de los cónyuges*.

Así las cosas, es evidente que las circunstancias mencionadas en el art. 97.2 son determinantes para valorar la propia existencia del desequilibrio que da derecho a compensación y no solo para calcular la eventual cuantía de esta. Pues para apreciar la existencia de desequilibrio deberá comprobarse si la dedicación a la familia ha impedido trabajar al que pretende la pensión, de forma que su capacidad laboral se ha visto mermada como consecuencia de ello. Y, a tal efecto, deberá tenerse en cuenta igualmente tanto la cualificación profesional del que reclama la pensión, como su edad y estado de salud, así como la duración del matrimonio, puesto que su larga duración puede provocar la imposibilidad de acceso al mercado de trabajo debido a la edad y la obsolescencia de los conocimientos adquiridos⁴⁷.

De lo expuesto se desprende que la finalidad de la pensión compensatoria no es igualar económicamente a los cónyuges, sino subsanar el desequilibrio patrimonial que la pérdida de expectativas laborales, derivadas del matrimonio, ha ocasionado a uno de ellos. Esto justifica que en ciertos casos se concedan pensiones de carácter temporal, esto es, *por el tiempo necesario para lograr que el cónyuge más desfavorecido pueda incorporarse al mercado laboral*. La posibilidad de fijar pensiones de carácter temporal fue consagrada expresamente por el legislador en la reforma de 2005 (Ley 15/2005 de 8 de julio) si bien había sido admitido previamente por la Jurisprudencia. La regulación actual

⁴⁷ Roca Trías, E., ob. cit., p. 532.

permite al juez establecer una pensión temporal en aquellos casos en que tiene la certeza de que en un futuro próximo el cónyuge desfavorecido, habida cuenta de su edad, cualificación profesional, etc., puede superar el desequilibrio, y le permite, igualmente, otorgar la pensión con carácter indefinido cuando las circunstancias concurrentes hacen prever una difícil reinserción laboral (lo que suele ocurrir cuando se trata de cónyuges mayores, sin cualificación profesional, que han dedicado su vida al cuidado de la familia y tienen, por consiguiente, pocas posibilidades de acceso a un empleo)⁴⁸.

Una vez fijada la pensión y sus bases de actualización solo podrá ser modificada, según el art. 100 C.c., “por alteraciones sustanciales en la fortuna de otro cónyuge”. Aunque el art. 100 C.c. solo habla de “modificación” de la pensión, se entiende que la misma solo es posible a la baja pero no al alza (porque empeore, por ejemplo, la situación económica del acreedor). La razón se encuentra en el hecho de que el desequilibrio que da origen a la pensión es el existente en el momento del cese de la convivencia⁴⁹, por lo que acontecimientos sobrevenidos que afecten a la situación del acreedor no pueden ser tenidos en cuenta. La modificación a que alude el art. 100 C.c. es pues, básicamente, la reducción de la pensión, lo que puede tener lugar por la disminución de ingresos del deudor (por ej. pérdida del puesto de trabajo, jubilación) o por el aumento de los del acreedor (acceso a un empleo, obtención de una herencia, percepción de un premio de lotería, etc.)⁵⁰.

⁴⁸ Fernández Gil, I., ob. cit., p. 1402.

Ilustran lo indicado en el texto la STS 17 octubre 2008 (RJ 2008/5702), que fija una pensión temporal de 7 años a una mujer de 29, considerando que en ese tiempo puede procurarse un medio de vida que haga innecesaria la pensión y la STS 28 de abril de 2010 (RJ 2010/3554), que establece la pensión por un período de 2 años, que es el que se considera necesario para que la esposa, relativamente joven y con experiencia profesional antes de contraer matrimonio, terminase de cursar los estudios que venía realizando y obtener un título que le permitiera acreditar su cualificación profesional. Por el contrario la STS de 29 de septiembre de 2010 (RJ 2010/7147) considera que debe fijarse una pensión vitalicia para la esposa atendiendo a su avanzada edad –49 años–, difícil para encontrar trabajo, la duración del matrimonio –24 años– y su delicado estado de salud, ya que padecía una minusvalía del 33 % que dio lugar a que tuviese que dejar de trabajar al reconocerse una invalidez permanente total que la llevó a desvincularse del mundo laboral. Igualmente, la STS de 14 de marzo de 2011 (RJ 2011/2772) considera procedente la pensión vitalicia establecida a favor de la esposa teniendo en cuenta la duración del matrimonio 26 años–, la edad actual de la mujer –51–, la dedicación continuada a la familia que la había llevado a no trabajar nunca y la, por consiguiente, práctica imposibilidad de incorporarse al mercado laboral en esas circunstancias.

⁴⁹ Expresamente lo indica la STS de 19 de octubre de 2011, que revoca la sentencia recurrida, en la que se había otorgado a la esposa, que tenía una holgada posición económica, una pensión compensatoria ante la posibilidad de que perdiera su trabajo. El TS afirma en esta sentencia que “el desequilibrio que da lugar a la pensión debe existir en el momento de la separación o el divorcio, los sucesos posteriores no pueden dar lugar al nacimiento de una pensión que no se acreditaba cuando ocurrió la crisis matrimonial”.

⁵⁰ En los Tribunales no suele considerarse como causa de reducción de la pensión la existencia de nuevas obligaciones familiares del deudor (v. gr. nacimiento de hijos fruto de una nueva relación sentimental), puesto que se contraen de forma voluntaria y con pleno conocimiento de las anteriores obligaciones. Navarro Miranda, J.R. (2011). “Comentario a los arts. 100 y 101 C.c.”, en *Código civil comentado*, Vol. I., Navarra: Cívitas, pp. 540 y ss.; Fernández Gil, I., ob. cit., p. 1406.

Ahora bien, incluso en los casos en que la pensión se otorga con carácter indefinido, el art. 101 C.c. contempla la posibilidad de que se produzca su extinción. Concretamente el citado precepto dispone que *“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”*⁵¹.

Respecto del cese de la causa que motivó la pensión, se entiende que entra en juego esta causa de extinción cuando el beneficiario de la pensión ha llegado a alcanzar una posición económica autónoma que se corresponde con sus propias capacidades⁵². Así ocurrirá cuando el preceptor de la pensión tenga acceso a un puesto de trabajo⁵³, si bien la doctrina indica que es preciso que la incorporación al mercado laboral tenga continuidad y proporcione ingresos de cierta entidad (no bastaría, por ejemplo, el que el beneficiario realice trabajos remunerados con escasa cuantía o meramente temporales)⁵⁴.

Si el acreedor de la pensión compensatoria no accede a un puesto de trabajo de cierta estabilidad hay que entender, pues que, salvo que la pensión se articulara inicialmente con carácter temporal, el derecho a la misma subsiste indefinidamente. Sin embargo, algunas recientes sentencias, a mi parecer acertadamente, han interpretado que no solo opera como causa de extinción la superación efectiva del desequilibrio posterior a la crisis conyugal sino también *la no superación cuando es imputable a la falta de voluntad de la beneficiaria*.

Así, la **STS de 15 de junio de 2011** (RJ 2011/4634), en un supuesto en que el deudor de la pensión había solicitado la extinción de la misma o, subsidiariamente su limitación a 1 año, con base en la pasividad de la acreedora a la hora de buscar trabajo⁵⁵, consideró acertado el criterio de la sentencia apelada, que

⁵¹ No se extingue, continúa el párrafo segundo del precepto, *“por el solo hecho de la muerte del deudor”*. En este caso *“los herederos podrán solicitar del Juez la reducción o supresión de aquella, si el caudal hereditario no pudiera satisfacer las necesidades de la deuda o afectara a sus derechos en la legítima”*.

⁵² Navarro Miranda, J.R., ob. cit., p. 544.

⁵³ Aunque también podría entenderse que opera esta causa de extinción si sobreviene a mejor fortuna (v. gr. recibe una herencia) el acreedor de la pensión.

⁵⁴ Sánchez González, M.P (2005): *La extinción del derecho a la pensión compensatoria*, Granada: Comares, pp. 36, 37; Pérez Martín, A.J. (2010): “Comentario al art. 101 C.c.” En Domínguez Luelmo. A. (Dir.): *Comentarios al Código civil*, Valladolid: Lex Nova, p. 208.

⁵⁵ La sentencia de divorcio había otorgado a la mujer una pensión, en principio indefinida, pero ordenándose su revisión a los 5 años. Transcurrido ese periodo el marido solicitó la extinción o subsidiariamente su limitación a 1 año. El Juzgado –y posteriormente la Audiencia– acordó la prórroga de la pensión solo 3 años más valorando negativamente la actitud de la mujer, que siendo titulada en Turismo, se había limitado a estar inscrita en el INEM sin buscar activamente trabajo. El TS confirmó la sentencia de la Audiencia.

decidió limitar la pensión aunque a un periodo de 3 años, aduciendo que *“la pasividad, el insuficiente interés demostrado por la esposa en orden a la obtención de un empleo, resulta determinante a la hora de apreciar la situación objetiva de superación del desequilibrio o estar en disposición de hacerlo, dado que no resulta jurídicamente aceptable repercutir en el esposo pagador de la pensión las consecuencias negativas derivadas de la falta de acceso a un empleo por la pasividad de la esposa en su búsqueda y obtención”*.

Con posterioridad, la **STS de 23 de enero de 2012** (RJ 2012/1900), en aplicación de la anterior doctrina, considera que procede la extinción de la pensión compensatoria acordada en el proceso de separación a favor de la mujer, cuyo mantenimiento esta pidió en el posterior procedimiento de divorcio, al estar en situación de excedencia voluntaria de su puesto de enfermera y no existir ningún obstáculo que le impidiera trabajar. Se indica que el tiempo transcurrido entre la sentencia de separación y divorcio era suficiente como para que la actora se reincorporase a su puesto de trabajo fijo y se viene a decir que la superación del desequilibrio posterior a la separación estaba en manos de la mujer, que, al tener un puesto de trabajo, ni siquiera tenía que buscar empleo.

Por lo expuesto cabe concluir, de acuerdo con las sentencias indicadas, que puede considerarse como causa de extinción de la pensión el hecho de que, teniendo la beneficiaria cualificación profesional y capacidad laboral suficiente para incorporarse al mercado laboral, no acceda a un puesto de trabajo por mera comodidad o desidia.

Por último, y respecto de la causa consistente en *vivir maritalmente* con otra persona –supuesto este que se introdujo a fin de evitar que pudiera eludirse la pérdida de la pensión no contrayendo matrimonio⁵⁶– en la praxis judicial se ha venido entendiendo que para que opere esta causa de extinción es precisa una cohabitación de carácter permanente y estable, una relación sentimental que goce de cierta proyección social. Se había cuestionado si era necesario a tal efecto que la pareja tuviese un domicilio común, entendiendo alguna Audiencia Provincial que no era necesario⁵⁷. Recientemente el TS ha dado carta de naturaleza a esta última postura interpretando que, para que opere esta causa de extinción, no siempre es exigible que la convivencia se lleve a cabo en un mismo domicilio, siendo suficiente que exista una relación sentimental

⁵⁶ Esta es la justificación proporcionada por buena parte de la doctrina (vid. Sánchez González, M.P., ob. cit., p. 102) y a ella hace referencia expresa la STS de 9 de febrero de 2012, que se cita en el texto.

⁵⁷ SAP Barcelona 21 septiembre 1992 (RGD 1993, pág. 3797-3798); SAP Valladolid 18 marzo 1999 (AC 1999/6854); SAP Málaga 3 julio 2002 (JUR 2002/252230); SAP Castellón, 6 abril 2009 (AC 2009/1679); SAP Zaragoza 15 junio 2010 (JUR 2010/377523)

prolongada. Así, según la **STS 9 de febrero de 2012** (RJ 2012/2040) *basta con que exista una relación sentimental permanente y estable, de carácter exclusivo, que sea evidente para el entorno social, aun no haya habido convivencia continuada bajo el mismo techo*⁵⁸.

Aunque no se haya pronunciado al respecto el TS, debe considerarse indiferente, por otra parte, que el cónyuge beneficiario conviva maritalmente con un hombre o con una mujer⁵⁹, pero obviamente se excluyen los supuestos de mera convivencia entre dos o más personas por otros motivos (v. gr. compartir gastos)⁶⁰.

⁵⁸ En el caso enjuiciado se habían producido visitas continuas al domicilio de los miembros de la pareja y encuentros en establecimiento hoteleros de la ciudad y alrededores. El TS considera a la vista de ello que la relación mantenida por la ex esposa del actor es equiparable a la marital.

⁵⁹ Especialmente si se tiene en cuenta que la Ley 13/2005 de 1 de julio modificó el C.c. en el sentido de permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo

⁶⁰ Pérez Martín, A.J., ob., cit., p. 208