



---

**Universidad de Valladolid**



**Facultad de Derecho**

**Máster de Acceso a la Abogacía**

**Consecuencias de la disolución del  
vínculo matrimonial: pensión  
compensatoria transfronteriza.**

**Aspectos procesales**

Presentado por:

***Álvaro Valdivieso García***

Tutelado por:

***Begoña Vidal Fernández***

*En Valladolid, a 13 de enero de 2020*

# INDICE

|  |           |
|--|-----------|
| <b>I - HECHOS.....</b>   | <b>1</b>  |
| <b>II - FUNDAMENTOS DE DERECHO.....</b>                        | <b>2</b>  |
| 2.1 Órgano judicial competente y ley aplicable.....            | 2         |
| 2.2 Guarda y custodia de los hijos.....                        | 5         |
| 2.3 Atribución de la vivienda familiar.....                    | 11        |
| 2.4 Pensión compensatoria.....                                 | 16        |
| 2.4.1 <i>No aplicación de la capitulación matrimonial.....</i> | <i>16</i> |
| 2.4.2 <i>Otorgamiento de la pensión compensatoria.....</i>     | <i>21</i> |
| 2.4.2.1 ¿Pensión temporal o indefinida?.....                   | 23        |
| 2.4.2.2 Determinación de la cuantía.....                       | 24        |
| 2.4.2.3 Forma de pago de la pensión.....                       | 25        |
| <b>III - CONCLUSIONES.....</b>                                 | <b>26</b> |
| <b>IV - BIBLIOGRAFÍA.....</b>                                  | <b>30</b> |
| <b>V - WEBGRAFÍA.....</b>                                      | <b>32</b> |
| <b>VI - JURISPRUDENCIA.....</b>                                | <b>33</b> |

## I - HECHOS

Doña Camila, de nacionalidad española, se casó en Venecia (Italia) con Don Sebastian, de nacionalidad austriaca, donde trabajaban ambos en el momento de conocerse. Antes de contraer matrimonio firman capitulaciones con separación de bienes y la renuncia recíproca a percibir una pensión compensatoria en caso de disolución del vínculo. Poco tiempo después de la boda se trasladan a Viena, y después de diez años viviendo en Austria se trasladan a España donde Don Sebastian tiene su nuevo puesto de trabajo. A partir del nacimiento de su primer hijo, Doña Camila había pasado a dedicarse al cuidado de sus tres hijos, de 9, 6 y 4 años de edad, abandonando por tanto su trabajo remunerado como asesora de empresas en introducción de nuevas tecnologías, pero la convivencia se degrada hasta el extremo que decide separarse. Coge a sus hijos y vuelve a casa de sus padres. Al tratarse de un matrimonio mixto no sabe dónde tiene que presentar la demanda de divorcio, si en Austria, en España o en Italia. Ante las dificultades no está muy decidida a continuar. Sus padres le dicen que acuda a un abogado especializado para que emita un dictamen dándole respuesta a lo que ella necesita saber:

a) Si puede solicitar el divorcio en España, o tiene que hacerlo en el país donde se casaron o en el país donde ha convivido el matrimonio. Y en el caso de tener que presentarla fuera de España, si es posible aplicar la ley española o tendría que aplicarse otra ley.

b) Quién se quedará con los niños

c) Si puede continuar viviendo en su casa

d) Si tiene derecho a percibir una cantidad de dinero mensual para su propia manutención, a pesar de que firmó un acuerdo renunciando a ella antes del matrimonio.

## II - FUNDAMENTOS DE DERECHO

### 2.1 Órgano judicial competente y ley aplicable

**a) Si puede solicitar el divorcio en España, o tiene que hacerlo en el país donde se casaron o en el país donde ha convivido el matrimonio. Y en el caso de tener que presentarla fuera de España, si es posible aplicar la ley española o tendría que aplicarse otra ley.**

En el presente supuesto, nos encontramos con que el matrimonio se produjo en Italia, que tras el mismo la pareja convive en Viena durante diez años y además uno de los cónyuges tiene la nacionalidad austriaca. Por lo que el elemento extranjero está presente en el caso. Aunque, por supuesto, hay que tener en cuenta que el matrimonio actualmente reside en España y que el otro de los cónyuges tiene la nacionalidad española.

Para casos como este existe un Reglamento Europeo, que es el Reglamento (CE) N° 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003, conocido como Reglamento Bruselas II Bis, que regula las materias de competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. Es decir, que rige los divorcios en los que hay elemento extranjero, pero siempre que las cuestiones jurídicas nacionales a debatir se encuentren dentro del ámbito de la Unión Europea.

Sin embargo, hay que tomar en consideración una cuestión, en lo que a reglamentos europeos se refiere, porque este verano se ha aprobado un nuevo reglamento en esta materia, el Reglamento (UE) 2019/1111, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores. En este Reglamento se fija la entrada en vigor del mismo para el 22 de julio de 2019, pero su aplicación se iniciará el 1 de agosto de 2022, con la excepción de unos determinados artículos, en concreto el 92, 93 y 103 que se aplican desde el 22 de julio de 2019.

El propio art. 100, en lo relativo a las disposiciones transitorias establece que *“1. El Reglamento solo será aplicable a los procedimientos incoados, a los documentos públicos formalizados o registrados y a los acuerdos registrados el 1 de agosto de 2022 o después de esa fecha.*

*2. El Reglamento (CE) n.º 2201/2003 seguirá aplicándose a las resoluciones dictadas en procedimientos ya incoados, a los documentos públicos formalizados o registrados y a los acuerdos que hayan*

*adquirido fuerza ejecutiva en el Estado miembro en el que hayan sido celebrados antes del 1 de agosto de 2022 y que entren dentro del ámbito de aplicación de dicho Reglamento.”*

En definitiva, en el presente caso, a pesar de que ya se haya aprobado un nuevo reglamento en esta materia, el de aplicación es el Reglamento Bruselas II Bis del año 2003. Además, tenemos que saber, que, en algunos países de la UE, como Dinamarca, esta norma no se aplica, pero en España, Italia y Austria, que son los países donde podría, a priori, situarse el órgano jurisdiccional competente, sí.

El art. 3 del Reglamento (CE) n.º 2201/2003 establece las normas de competencia para los casos de divorcio, y dice lo siguiente “1. *En los asuntos relativos al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial, la competencia recaerá en los órganos jurisdiccionales del Estado miembro:*

*a) en cuyo territorio se encuentre:*

*- la residencia habitual de los cónyuges, o*

*- el último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí, o*

*- la residencia habitual del demandado, o*

*- en caso de demanda conjunta, la residencia habitual de uno de los cónyuges, o*

*- la residencia habitual del demandante si ha residido allí durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda, o*

*- la residencia habitual del demandante en caso de que haya residido allí al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda y de que sea nacional del Estado miembro en cuestión o, en el caso del Reino Unido e Irlanda, tenga allí su «domicile»;*

*b) de la nacionalidad de ambos cónyuges o, en el caso del Reino Unido y de Irlanda, del «domicile» común.*

*2. A efectos del presente Reglamento, el término «domicile» se entenderá en el mismo sentido que tiene dicho término con arreglo a los ordenamientos jurídicos del Reino Unido y de Irlanda”.*

De la literalidad del artículo se desprende que la residencia habitual de los cónyuges es el lugar donde debe sustanciarse el procedimiento de divorcio. En el caso que se nos ha planteado la última residencia habitual de los cónyuges se sitúa en España, por lo que parece evidente que la competencia recae sobre los tribunales españoles.

Además, de la residencia habitual de los cónyuges, que se sitúa en España, la última residencia común de los mismos se encuentra en España también, así como la residencia habitual del demandado, puesto que demande quien demande, el otro cónyuge reside en España. También la residencia del demandante sea quien sea de la pareja, se ha situado en el último año en territorio español. Incluso en el caso de que el fuero aplicable fuera el del domicilio del demandante, porque Doña Camila es nacional de España y lleva residiendo en España al menos seis meses.

Por lo que parece claro que la competencia corresponderá los juzgados y tribunales españoles a pesar de que como hemos explicado antes, Don Sebastian tenga nacionalidad austriaca, contrajeran matrimonio en Venecia (Italia), y posteriormente residieran durante 10 años en Viena.

Sin embargo, parece muy complicado que en un caso como el que nos encontramos, el juez español entienda que los tribunales austriacos están mejor situados para conocer el asunto, porque atendiendo al criterio de la residencia habitual, la jurisdicción competente es claramente la española.

Debemos tener en cuenta además para esta cuestión la jurisprudencia de la Unión Europea, que en la resolución del Caso Sundelind López vs López Lizazo C-68/07<sup>1</sup>. Donde se declara que los criterios recogidos en el art. 3 del Reglamento 2201/2003 son los que deben ser tenidos en cuenta para atribuir la competencia en materia de divorcio, sin que un Estado pueda atribuirse la competencia basándose en otros artículos del mismo Reglamento o en su ordenamiento interno.

Por lo tanto, volviendo al tema principal, la demanda de divorcio se presentará en España y la ley aplicable a la disolución del vínculo matrimonial será la ley española.

El Tribunal español competente para conocer el proceso de divorcio según lo establecido en el art. 769.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es “*el Juzgado de Primera Instancia del lugar del domicilio conyugal. En el caso de residir los cónyuges en distintos partidos judiciales, será tribunal competente, a elección del demandante, el del último domicilio del matrimonio o el de residencia del demandado*”. El Órgano competente será el Juzgado de primera Instancia, o bien del lugar del domicilio conyugal, o el de residencia del demandado si residen en partidos judiciales diferentes.

---

<sup>1</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala Tercera, de 29 de noviembre de 2007. ECLI:EU:C:2007:740.

## **2.2 Guarda y custodia de los hijos**

### **b) Quién se quedará con los niños**

Antes de comenzar a tratar esta cuestión, debemos hacer una aclaración del significado de los términos patria potestad y guarda y custodia. La patria potestad se regula en el art. 154 del Código Civil y se refiere al conjunto de derechos y deberes de la relación paterno-filial, así como a la representación de los hijos. Mientras que la guarda y custodia comprende la responsabilidad de estar con los menores en el ámbito doméstico y tomar las decisiones que afectan a los niños, así como atender sus necesidades<sup>2</sup>.

En relación con la guarda y custodia de los tres hijos del matrimonio, que son menores de edad, en primer lugar, debemos tener en cuenta que en España la ley permite optar entre dos modelos de guarda y custodia:

1º Guarda y custodia exclusiva para uno de los dos progenitores. En esta situación uno de los dos padres tendrá en su compañía a los hijos, pero el progenitor no custodio dispondrá de un régimen de visitas a su favor.

La guarda y custodia exclusiva ha sido la opción habitual para regular la guarda y custodia en los divorcios. Casi siempre este modelo hacía que los menores convivieran con la madre, y que se estableciera un régimen de visitas, más o menos amplio, a favor del padre.

En los últimos tiempos este modelo ha sido criticado, porque no permitía que los hijos desarrollaran unas relaciones en igualdad con los dos progenitores.

2º Guarda y custodia compartida entre los padres. En este caso, los dos padres tienen la guarda y custodia de los hijos, pero existen modalidades muy diferentes de ejercitar la misma.

Estas diferentes formas de funcionamiento de la guarda y custodia compartida derivan de la situación personal de los cónyuges, en relación a su trabajo, de las necesidades especiales de los hijos, o de cualquier otra situación que deba ser tenida en cuenta por el juez.

La guarda y custodia compartida apareció con la Ley 15/2005 donde se recoge por primera vez en el art. 92 del Código Civil la posibilidad de que la guarda y custodia de los menores se realizara por uno solo de los cónyuges o por los dos conjuntamente.

---

<sup>2</sup> GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, “El ejercicio de la patria potestad en situaciones de ruptura convivencial: análisis jurisprudencial y propuesta del Código Civil”. GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina (Coord.). *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*. Valladolid, 2009, pp. 84 a 86.

La realidad muestra que se puede distinguir en varios grupos los modos de ejercicio de la guarda y custodia compartida:

-El domicilio familiar es donde residen los hijos, mientras que los padres van rotando de domicilio según quien tenga en cada momento la custodia de los menores.

Esta situación es conocida como casa-nido, porque el domicilio familiar funciona como lo hace un nido con los pájaros. Los menores se quedan siempre en el domicilio, mientras que los padres cambian su residencia.

Esta situación es beneficiosa para los hijos porque mantienen su residencia en el domicilio familiar y notan menos los cambios producidos con el divorcio. Sin embargo, se producen discusiones entre los padres en relación a actividades del día a día, como por ejemplo la limpieza de la casa o llenar la nevera. Además, para aplicar este sistema deben estar a disposición de la familia tres viviendas diferentes.

-Los hijos cambian su domicilio al lugar de residencia de la madre o el padre según quien tenga en cada momento la guarda.

Este es el caso que se conoce como niños-maleta, los hijos deben estar continuamente cambiando su domicilio, viviendo, por ejemplo, dos semanas con la madre al mes y otras dos en casa del padre.

Esta situación puede ser agobiante para los menores, porque al final no tienen la estabilidad suficiente de vivir siempre en una misma casa, que realmente es la situación que deben vivir los menores.

-Los hijos residen en el domicilio familiar con uno de los progenitores, teniendo el otro progenitor unos derechos de visita y de estancia con los menores en otro domicilio muy amplios.

Esta situación también se ha dado en algunos casos y es muy similar a los casos en los que hay guarda y custodia exclusiva para uno de los dos progenitores, en este caso la diferencia sería que pasarían más tiempo con el progenitor con quien no convivan generalmente.

Tras esta exposición teórica de los modelos de guarda y custodia debemos acercarnos a la ley para conocer que establece en relación a esta materia. Legalmente esta cuestión se regula en el art 92 del Código Civil, que establece:



*“1. La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.*

*2. El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos.*

*3. En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.*

*4. Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por unos de los cónyuges.*

*5. 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.*

*6. 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.*

*7. No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.*

*8. 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.*

*9. El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores.”*

De lo establecido en este artículo debemos tener en cuenta que los cónyuges de común acuerdo pueden establecer el régimen de guarda y custodia que consideren conveniente siempre atendiendo al interés de los hijos, que es el interés más necesitado de protección al ser estos menores de edad.

En el caso que se nos presenta, Doña Camila y Don Sebastian deberían tratar de llegar a un acuerdo para determinar la forma de guarda y custodia que quieran para sus hijos. En esta situación, el acuerdo al que podrían llegar es que ésta sea compartida.

Sin embargo, si no llegaran a este acuerdo, en un escrito de demanda que nos encargara Doña Camila se podría solicitar la guarda y custodia exclusiva y subsidiariamente solicitar la custodia compartida, haciendo que sea el juez quien en último término dictamine que régimen de guarda y custodia es el más beneficioso para los niños.

La jurisprudencia, en casos similares al que es objeto de dictamen, es favorable a otorgar la custodia compartida. Sirva como ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo 2246/2013 de 29 de abril de 2013<sup>3</sup>, que dice *“la interpretación de los artículos 92, 5, 6 y 7 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.”*

Por lo tanto, desde esa sentencia, que posteriormente ha sido citada en otras muchas, el Supremo ha dejado establecida su posición favorable a la adopción de custodia compartida. En esta misma sentencia el Alto Tribunal fija doctrina en el sentido de que *“la redacción del artículo 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.”*

En ocasiones, los procesos de divorcio se pueden convertir en una competición de los padres para demostrar quien es mejor, o con quien se pueden desarrollar de un mejor modo los niños, por el contrario, el Tribunal Supremo recuerda que el régimen de guarda y

---

<sup>3</sup> Sentencia de la Sala 1ª, sección 1ª, de 29 de abril de 2013. ECLI: ES:TS:2013:2246.

custodia se refiere única y exclusivamente a los intereses de los menores y que en caso de que la custodia compartida pueda aplicarse, será el que se aplicará.

Así se recoge, de nuevo, en la Sentencia del Tribunal Supremo 4372/2017 de 13 de diciembre de 2017<sup>4</sup>, que aboga por la adopción de la custodia compartida diciendo que *“La custodia compartida u otro sistema alternativo no son premio ni castigo a los progenitores sino el sistema normalmente más adecuado, y que se adopta siempre que sea el compatible con el interés del menor”*.

Por otro lado, para la determinación del régimen de guarda y custodia el tribunal debe conocer el informe psicosocial, realizado por un equipo de psicólogos, donde se analiza tanto a los padres como a los hijos, con el objeto de recomendar la adopción del tipo de custodia que se considere más beneficioso para los intereses del menor.

Este estudio puede tener gran influencia en la decisión final de un juez, pero al ser una prueba pericial este debe valorar el informe según las reglas de la sana crítica, de acuerdo con el art. 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Además del informe psicosocial, debe haber un informe del Ministerio Fiscal previo al establecimiento del sistema de guarda y custodia, de acuerdo con el art. 92.2 y 92.6 del Código Civil, y además los menores deben ser oídos en el procedimiento siempre que estos tengan “suficiente juicio”.

De lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil en los arts. 770.4 y 777.5, que regulan la audiencia a los hijos en un proceso de divorcio contencioso en el primero, y de mutuo acuerdo en el segundo, se extrae que se considera que los menores tienen suficiente juicio a los 12 años, pero podrían ser oídos con menor edad si el tribunal considera que manifiestan tener “suficiente juicio”.

Respecto del papel del Ministerio Fiscal, hay que recordar que se persona en todos los procedimientos de divorcio donde hay menores, y que el juez debe recabar su informe obligatoriamente cuando haya hijos menores de edad a cargo de los padres que se divorcian, y deberá valorar este informe. Sin embargo, podrá apartarse de las recomendaciones del Ministerio Fiscal y adoptar el régimen de guarda y custodia compartida aunque el Ministerio Público lo haya desaconsejado, desde la Sentencia del Tribunal Constitucional 185/2012 de 17 de octubre de 2012<sup>5</sup>, donde el citado tribunal declaró inconstitucional la vieja previsión del art 92.8 del Código Civil, según la cual el juez no podía acordar un régimen de guarda y

---

<sup>4</sup> Sentencia de la Sala 1ª, sección 1ª, de 13 de diciembre de 2017. ECLI: ES:TS:2017:4372.

<sup>5</sup> Sentencia del Pleno de 17 de octubre de 2012. ECLI: ES:TC:2012:185.

custodia compartida si lo desaconsejaba el Ministerio Fiscal. El TC fundamenta su decisión en que “*supeditar el examen de la idoneidad de la custodia compartida a que el Ministerio Fiscal se muestre favorable a ella no resulta razonable ni deriva de la función constitucional del Ministerio Fiscal*”.

Como conclusión sobre la cuestión de determinar con quien se quedarían los niños, es jurisprudencia mayoritaria en la actualidad que para una situación familiar como la de Doña Camila y Don Sebastian, donde ha existido una convivencia pacífica, sin ningún tipo de violencia de género hacia la mujer, ni violencia hacia los hijos, la custodia sea compartida.

La mejor solución que habría en esta materia es que los padres llegaran al acuerdo que más beneficie a sus hijos, y por lo que a Doña Camila respecta, se le recomendaría admitir un sistema de custodia compartida en el que los hijos pernoctaran en el domicilio familiar, y el padre tuviera un régimen muy amplio de visitas, con al menos una pernoctación por semana en su domicilio y visitas dos tardes a la semana, así como los fines de semana alternos. Siempre buscando el interés superior de los menores, porque están acostumbrados a convivir en el día a día con su madre y modificar esta cuestión podría causarles problemas.

En caso de que no se pudiese llegar a este tipo de acuerdo, en la demanda podría solicitar un régimen de custodia exclusiva con visitas del padre de un día a la semana y fines de semana alternos con él, y subsidiariamente el régimen de guarda y custodia compartida con las características antes propuestas.

El interés superior del menor es el elemento sobre el que pivota la guarda y custodia de los hijos, según jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo, por ejemplo en la Sentencia 1480/2018 de 25 de abril de 2018<sup>6</sup> se declara: “*El interés superior del niño opera, precisamente, como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a valorar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora de su guarda y custodia*”. Por lo que, las necesidades e intereses de los hijos están siempre por encima de las de los padres.

---

<sup>6</sup> Sentencia de la Sala 1º, sección 1ª, de 25 de abril de 2018. ECLI: ES:TS:2018:1480.

## 2.3 Atribución de la vivienda familiar

### c) Si puede continuar viviendo en su casa

Sobre este extremo, lo primero que hay que tener en cuenta es que el matrimonio se casó en régimen de separación de bienes, sin embargo, la vivienda que entendemos tienen en régimen de propiedad es adquirida vigente el matrimonio, y pertenece a los dos proindiviso.

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para los casos de divorcio de una pareja que se encuentre en régimen de separación de bienes, opera el régimen de copropiedad, y las cuotas de participación de los comuneros se presumen iguales, según el art. 393 del CC.

Así se declara en la Sentencia del Tribunal Supremo 3331/2006 de 31 de mayo de 2006<sup>7</sup>: *“la normativa aplicable a tales bienes era la propia del régimen general de la copropiedad, y en concreto el artículo 393 del Código Civil, que establece que el concurso de los partícipes en las cargas será proporcional a sus respectivas cuotas, que se presumen iguales”*.

En este caso el préstamo hipotecario que se hubiera pedido para la adquisición de la vivienda familiar, que se presume firmaron los dos cónyuges debe ser abonado hasta su cancelación por ambos.

Esta cuestión introductoria no debe alejarnos del tema principal, que es quién de los dos cónyuges continuará residiendo en la vivienda. Esta pregunta no puede ser respondida sin resolver el tema de la guarda y custodia de los niños, esto es así porque el progenitor al que se atribuya la custodia exclusiva de los hijos disfrutará de la vivienda familiar hasta el momento en que los menores sean mayores de edad, pero no porque se atribuya la vivienda al progenitor, sino porque se atribuye el uso de la vivienda familiar a los hijos.

Esta decisión de atribución de la vivienda a los hijos es reiterada en la jurisprudencia de nuestros tribunales. Podemos poner como ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo 2053/2011 de 1 de abril de 2011<sup>8</sup>: *“Se formula la doctrina de acuerdo con la cual la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC.”*

Sin embargo, me parece de interés señalar en este punto la diferente posición que ha expresado la Audiencia Provincial de Valladolid respecto de la doctrina del Tribunal Supremo. La Audiencia Provincial de Valladolid ha venido sosteniendo como criterio la

---

<sup>7</sup> Sentencia de la Sala 1ª, sección 1ª, de 31 de mayo de 2006. ECLI: ES:TS:2006:3331

<sup>8</sup> Sentencia de la Sala 1ª, sección 1ª, de 1 de abril de 2011. ECLI: ES:TS:2011:2053

limitación del tiempo del uso de la vivienda familiar a los menores, y por ende al progenitor que convive con ellos. Un ejemplo, de muchos, lo constituye la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid 583/2008 de 5 de septiembre de 2008<sup>9</sup>: *“viene siendo ya criterio reiterado de esta Audiencia Provincial, salvo en supuestos en que dicha medida no resulte oportuna o procedente, el limitar temporalmente el uso y disfrute del que fuera hogar familiar al progenitor custodio al objeto de que al tiempo de la deseable liquidación de la sociedad conyugal se reparta el patrimonio acumulado eliminando la carga que siempre supone el mantenimiento de la vivienda familiar y posibilitando así que las economías de ambos ex-cónyuges puedan resarcirse con el reparto, adjudicación o venta del referido inmueble ganancial”*.

El Tribunal Supremo ha casado muchas de estas sentencias que limitan el uso de la vivienda a un periodo determinado, que se sitúa en torno a los tres años, reiterando su doctrina de que la atribución de la vivienda a los hijos menores se hace sin un límite temporal. Por ejemplo, la sentencia anteriormente citada de 1 de abril de 2011 casa otra Sentencia anterior de la Audiencia Provincial de Valladolid, que limitaba el uso de la vivienda a un plazo determinado.

Otra cuestión que hay que tener en consideración cuando se atribuye la vivienda familiar a los hijos menores en caso de que haya custodia exclusiva para uno de los progenitores, es el del tercero que no formaba parte del domicilio familiar, y pasa a vivir establemente en lo que anteriormente era vivienda familiar, pues en tales situaciones se extingue el derecho de uso de la vivienda familiar a favor del cónyuge custodio puesto que el carácter familiar que tenía la vivienda se ha perdido.

Esta doctrina aparece expuesta en la Sentencia del Tribunal Supremo 3882/2018 de 20 de noviembre de 2018: *“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 (sentencia 726/2013, de 19 de noviembre). 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.”*

---

<sup>9</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 1ª, de 5 de septiembre de 2008. ECLI: ES:APVA:2008:583

Pero dado que en el caso que se plantea hay muchas probabilidades de que al final la custodia de los menores sea compartida, hay que analizar la jurisprudencia cuando la guarda y custodia se comparte entre los dos progenitores.

Generalmente en los casos de custodia compartida lo que ocurre es alguna de las situaciones antes explicadas:

-Casa-Nido: los hijos permanecen siempre en la vivienda familiar, mientras que los padres son los que se mueven de una tercera vivienda a la familiar según les corresponda.

-Niños-Maleta: cada uno de los padres tiene una vivienda, a donde se mueven los niños según los periodos marcados por el convenio o sentencia judicial.

-Asimilación a guarda y custodia exclusiva: Los niños fijan su residencia en el domicilio familiar con uno de los progenitores, pero el otro progenitor tiene unos derechos de visita y de estancia con los menores en otro domicilio mucho más amplios que si la custodia fuera exclusiva.

En los casos en que la custodia de los menores es compartida, la jurisprudencia del Tribunal Supremo es diferente y establece que se permite el uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores por un periodo determinado.

Procede recordar que esta posición para cuando la custodia es compartida es la que mantenía la Audiencia Provincial de Valladolid incluso cuando la custodia era exclusiva.

La sentencia paradigmática de la limitación temporal del uso de la vivienda es la Sentencia del Tribunal Supremo 4249/2014 de 24 de octubre de 2014<sup>10</sup> que sienta como doctrina: *“el artículo 96 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, lo que 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 párrafo segundo 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 encada 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. En ambos casos con la posibilidad de imponer una limitación*

---

<sup>10</sup> Sentencia de la Sala 1ª, sección 1ª, de 24 de octubre de 2014. ECLI: ES:TS:2014:4249

*temporal en la atribución del uso, similar a la que se establece en el párrafo tercero para los matrimonios sin hijos, y que no sería posible en el supuesto del párrafo primero 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 CC’.*

En el caso de esta sentencia del TS se acuerda “*fijar un límite temporal de dos años, desde esta sentencia, del uso de la vivienda familiar concedido a doña Esperanza*”. Este periodo de dos años es el habitual que se suele establecer a favor del cónyuge con el interés mas necesitado de protección para el uso de la vivienda. Puesto que se considera que ese periodo es suficiente para poder tener acceso a otro domicilio, aunque en otras sentencias como la 1896/2017 de 12 de mayo de 2017<sup>11</sup> se fija un periodo de uso de tres años, e incluso en otras como la 4089/2016 de 16 de septiembre de 2016<sup>12</sup> el periodo de uso es solo de un año.

Por lo tanto, para determinar si Doña Camila podría continuar viviendo en la casa familiar habría que atender al régimen de custodia que se acuerde, bien de mutuo acuerdo en convenio regulador, o bien mediante sentencia judicial.

Si al final se otorgara custodia exclusiva a favor de la madre, según jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo, al menos hasta la mayoría de edad de los hijos, estos residirían en el domicilio familiar con el progenitor que ostente la custodia, en este caso Doña Camila.

Esta posibilidad no es remota, puesto que como se ha indicado antes, la jurisprudencia aboga por que se adopte la custodia compartida de los menores, sin perjuicio de que si los padres llegan a un acuerdo en otro sentido, este se adoptará. O incluso si el juez considera que lo más beneficioso para los menores es que residan con su madre, acordará el régimen de custodia exclusiva a favor de la madre y como consecuencia el cónyuge que custodia a los hijos tendrá derecho al uso de la vivienda familiar al menos hasta la mayoría de edad de los menores.

Por el contrario, si finalmente se adoptara el régimen de custodia compartida ya hemos visto que la jurisprudencia aboga por limitar el tiempo por el que se da el uso de la vivienda familiar a favor de los niños.

Generalmente, este límite temporal se ha establecido en dos años, por lo que Doña Camila podría permanecer en el domicilio dos años más desde la sentencia de divorcio.

---

<sup>11</sup> Sentencia de la Sala 1ª, sección 1ª, de 12 de mayo de 2017. ECLI: ES:TS:2017:1896.

<sup>12</sup> Sentencia de la Sala 1ª, sección 1ª, de 16 de septiembre de 2016. ECLI: ES:TS:2016:4089.



Aunque habría que tener en cuenta en este caso que Don Sebastian podría interesar que fuera él, el titular del interés más necesitado de protección y pedir ser él mismo el beneficiario del derecho de uso de la vivienda temporalmente, porque Doña Camila podría ir a vivir al domicilio de sus padres.

Además de estas cuestiones, es deber de este letrado asesorar en otras cuestiones prácticas para el caso de divorcio. Por ejemplo, en esta situación los cónyuges tienen una vivienda en común que deben seguir pagando los dos. Para evitar futuras discusiones y proteger tanto su salud mental, como la de sus hijos, lo más beneficioso será que la vivienda familiar sea de uno solo de los progenitores, comprando al otro la mitad que le corresponde, o vendiendo el domicilio a un tercero, y con el dinero obtenido tratar de adquirir otra vivienda propia que permita el desarrollo pleno de los padres como de los hijos.

En definitiva, la cuestión de la vivienda es un tema abierto, cuya respuesta depende de los acuerdos a los que puedan llegar los padres, pero también del régimen de custodia que finalmente regule la relación de los padres y los menores.

No es posible pues dar una solución concreta a esta cuestión, y en consecuencia procede exponer las diferentes soluciones que pueden darse a este problema. Por ello, se ha procedido a exponer las diferentes opciones que pueden ofrecerse para resolver este problema.

## 2.4 Pensión compensatoria

**d) Si tiene derecho a percibir una cantidad de dinero mensual para su propia manutención, dado que firmó un acuerdo renunciando a ella antes del matrimonio.**

La pensión compensatoria aparece regulada en el art. 97 del Código Civil, que dice: *“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:*

- 1.ª Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges.*
- 2.ª La edad y el estado de salud.*
- 3.ª La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.*
- 4.ª La dedicación pasada y futura a la familia.*
- 5.ª La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.*
- 6.ª La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.*
- 7.ª La pérdida eventual de un derecho de pensión.*
- 8.ª El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.*
- 9.ª 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.”*

### 2.4.1 No aplicación de la capitulación matrimonial

Podemos observar que en el caso que se nos presenta sí que se produce una situación de desequilibrio económico para Doña Camila tras el divorcio, puesto que Don Sebastian continúa trabajando y percibiendo un salario por ello, mientras que su esposa se ha dedicado todos estos años al cuidado de la familia. Sin embargo, es cierto también que se firmaron libremente capitulaciones matrimoniales con anterioridad al matrimonio.

Sobre este extremo, hay que tomar en consideración que ambos cónyuges convinieron que en caso de divorcio ninguna de las dos partes podría solicitar de la otra el pago de pensión compensatoria a su favor.

Las capitulaciones matrimoniales deben constar en documento público, según expone el art. 1280.3º y también el art. 1327 del Código Civil, y también así se exige jurisprudencialmente. Sirva como ejemplo de ello, lo expuesto en la Sentencia del Tribunal Supremo 2828/2015 de 24 de junio de 2015<sup>13</sup>.

*“El fenómeno pactos prematrimoniales tiene la denominación de capitulaciones matrimoniales en nuestro ordenamiento, si bien sujetas a restrictivos criterios formales, al deber formalizarse en escritura pública con inscripción posterior”.*

En el caso sobre el que se emite el presente dictamen, cabe entender que las capitulaciones constan en escritura pública, por lo que este requisito se cumple.

Pero debemos tomar en consideración especialmente el art. 1328 del Código Civil, que dice lo siguiente: *“Será nula cualquier estipulación contraria a las Leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge”.*

Por lo que a esto se refiere, debemos tener en cuenta que en el momento en que se otorgaron las capitulaciones matrimoniales tanto Don Sebastian como Doña Camila tenían un trabajo estable, bien remunerado, que permitía a ambos en caso de separación matrimonial continuar viviendo sin necesidad de pensión compensatoria a cargo del otro cónyuge.

Sin embargo, las condiciones del matrimonio han cambiado mucho desde que se otorgó la escritura pública de capitulaciones matrimoniales por la cual se eliminó la posibilidad de otorgamiento de pensión compensatoria. En el momento actual, Don Sebastian tiene un trabajo estable y bien remunerado, mientras que Doña Camila se dedica al cuidado de su familia, habiendo renunciado de común acuerdo con Don Sebastian a su trabajo como asesora de empresas en introducción de nuevas tecnologías, con el objetivo de cuidar de una forma más adecuada a los hijos de ambos.

Como consecuencia de esto, la diferente situación económica de los progenitores no debe ser ignorada a la hora de valorar la validez de la pactada exclusión del derecho a una pensión compensatoria.

---

<sup>13</sup> Sentencia de la Sala 1ª, sección 1ª, de 24 de junio de 2015. ECLI: ES:TS:2015:2828.

Por ello, y con el objetivo de que fundamentar el derecho de Doña Camila a obtener una pensión compensatoria debemos poner de manifiesto los siguientes argumentos:

-En primer lugar interesa destacar la aplicación analógica para este caso del art. 90.2 del Código Civil que establece: *“Los acuerdos de los cónyuges adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación y divorcio presentados ante el órgano judicial serán aprobados por el Juez salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges”*.

Este artículo puede aplicarse analógicamente porque, aunque en el caso que nos ocupa la cuestión debatida aparezca en una capitulación matrimonial y no en un convenio regulador del divorcio, la consecuencia de aplicar esta capitulación matrimonial es “gravemente perjudicial” para uno de los cónyuges.

Esta aplicación analógica del artículo 90.2 en casos en los que en una separación o divorcio haya capitulaciones matrimoniales previas, viene avalada por la jurisprudencia, como muestra la Sentencia del Tribunal Supremo 2828/2015 de 24 de junio<sup>14</sup>: *“De lo expuesto se deduce que no existe prohibición legal frente a los denominados pactos prematrimoniales, debiendo ponerse el acento en los límites a los mismos, que están en la protección de la igualdad de los cónyuges y en el interés de los menores, si los hubiere, pues, no en vano, el art. 90.2 del C. Civil establece como requisito para los convenios reguladores, aplicable por analogía en ese caso, para su aprobación, que no sean dañosos para los menores o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. En igual sentido el art. 39 de la Constitución cuando establece la protección de la familia y de la infancia”*.

El art. 90.2 del Código Civil debe ser engarzado con el art. 1328 del mismo cuerpo legal, que declara: *“Será nula cualquier estipulación contraria a las Leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge”*.

En la situación que acontece, y de acuerdo con lo establecido en el reproducido art. 1328, las capitulaciones matrimoniales se presentan como contrarias a la ley, a las buenas costumbres y singularmente limitadoras los derechos de la esposa, por lo que tales capitulaciones, aunque cuando se otorgaron eran válidas, devienen en nulas porque ahora existe una situación de desigualdad manifiesta entre los cónyuges.

En este caso, el no otorgamiento de una pensión compensatoria a favor de Doña Camila que abandonó su trabajo para cuidar de su familia es gravemente perjudicial para ella,

---

<sup>14</sup> Sentencia de la Sala 1ª, sección 1ª, de 24 de junio de 2015. ECLI: ES:TS:2015:2828.

y dado que en la actualidad no cuenta con ningún ingreso, en caso de que no se le otorgara una pensión compensatoria su situación resultaría gravemente dañada.

-En segundo lugar, debemos alegar los Derechos Fundamentales de igualdad, libertad y dignidad. Recordando asimismo que la libertad e igualdad también son valores superiores del ordenamiento jurídico.

Se verían ignoradas la dignidad (art. 10 de la Constitución Española), igualdad (art. 1 y 14 de la Constitución Española) y libertad (art. 1 y 17 de la Constitución española) de no otorgarse pensión compensatoria en un caso como este en el que las partes tras el matrimonio tienen una situación económica muy diferente.

En este caso, Doña Camila firmó las capitulaciones matrimoniales con el convencimiento de que iba a seguir trabajando, pero posteriormente esta continuidad laboral devino imposible, al decidir el matrimonio que ella se encargaría del cuidado de la familia, porque de otro modo el interés superior de los menores resultaría perjudicado.

Desde el punto de vista de este letrado de no aprobarse una pensión compensatoria se produce la conculcación de estos Derechos Fundamentales de la esposa, porque en esta situación no dispone de la libertad suficiente para continuar con su vida en caso de separarse de su marido, puesto que en estos momentos no tiene ninguna fuente independiente de ingresos para rehacer su vida.

Por otra parte, supone una vulneración de la igualdad en la pareja porque la decisión de sería la mujer la que dejaba de trabajar para cuidar a los hijos, hecho que no por tradicional deja de ser una muestra de desigualdad dentro de la sociedad. Por lo tanto, la cláusula de no otorgamiento de pensión compensatoria a ninguna de las partes, que formalmente respeta la igualdad entre los cónyuges, presenta sin embargo un vicio puesto que en este caso solo Doña Camila resulta perjudicada por la cláusula, ya que Don Sebastian en ningún momento pensó en dejar su trabajo y por tanto de ninguna forma podría haber sido él el titular del derecho a una pensión compensatoria.

-En tercer lugar, entendemos de aplicación el principio *rebus sic stantibus*, porque las circunstancias en las que se firmaron las capitulaciones matrimoniales, por las que se excluía la pensión compensatoria, eran radicalmente distintas de las actuales. Entonces, Don Sebastian y Doña Camila contaban con un trabajo estable y bien remunerado, pero ahora solo Don Sebastian trabaja, y además la pareja ha tenido tres hijos.

El Tribunal Supremo, ya desde la lejana Sentencia 1259/1954 de 27 de junio de 1984<sup>15</sup>, que ha venido reiterándose sin modificaciones desde entonces, establece que los requisitos para la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, son:

“a) que entre las circunstancias existentes en el momento de cumplimiento del contrato y las concurrentes al celebrarlo se haya producido una alteración extraordinaria;

b) que como consecuencia de dicha alteración resulte una desproporción exorbitante y fuera de todo cálculo entre las prestaciones convenidas;

c) que ello se haya producido por sobrevenencia de circunstancias realmente imprevisibles, y

d) que se carezca de otro medio para subsanar el referido desequilibrio patrimonial producido.”

En la situación que nos ocupa se cumplen los cuatro requisitos, porque:

a) Se ha producido una extraordinaria alteración en las circunstancias de las partes desde que se firmó la capitulación matrimonial hasta la fecha del divorcio.

b) La consecuencia de esta alteración provoca una situación desproporcionada en contra de los intereses de la esposa.

c) La modificación de las circunstancias, era imprevisible en el momento de firmar las capitulaciones matrimoniales, puesto que los dos cónyuges contrajeron matrimonio con la intención de continuar desarrollando su carrera profesional.

d) Que la no aplicación de la capitulación matrimonial es el único medio para mantener una igualdad entre los esposos.

El juzgador en este caso debe apreciar que la situación del matrimonio en el momento del divorcio es completamente opuesta a la del momento en que se establecieron las capitulaciones matrimoniales, y que según la doctrina *rebus sic stantibus* la no aplicación de estas capitulaciones es el único medio para subsanar el desequilibrio sobrevenido.

No obstante, también existen ejemplos de decisiones jurisdiccionales reticentes a la anulación de las capitulaciones matrimoniales. Sirvan como ejemplo dos sentencias de las más recientes en esta materia como son la Sentencia del Tribunal Supremo 2828/2015 de 24 de junio de 2015<sup>16</sup> y la 1925/2018 de 30 de mayo<sup>17</sup>, que tratan este tema de la exclusión de

---

<sup>15</sup> Sentencia de la Sala 1ª, sección 1ª, de 27 de junio de 1984. ECLI: ES:TS:1984:1259.

<sup>16</sup> Sentencia de la Sala 1ª, sección 1ª, de 24 de junio de 2015. ECLI: ES:TS:2015:2828.

<sup>17</sup> Sentencia de la Sala 1ª, sección 1ª, de 30 de mayo de 2018. ECLI: ES:TS:2018:1925.

capitulaciones matrimoniales y declaran que estas estipulaciones son plenamente aplicables descartando que sean lesivas para uno de los cónyuges.

El caso para el que se solicita este dictamen es diferente a los analizados en las sentencias anteriormente citadas, porque la pareja constante el matrimonio, ha tenido tres hijos, que de una forma u otra son la causa de la situación por la cual la esposa no trabaja.

En la resolución de la situación de Doña Camila y Don Sebastian el tribunal debe tomar en consideración el superior interés de los menores, así como que el cambio de circunstancias ha sido precisamente provocado por su cuidado. Y como consecuencia de esto, se debe solicitar un cambio de la jurisprudencia en el sentido de declarar que no se puede aplicar la cláusula lesiva para Doña Camila.

#### *2.4.2 Otorgamiento de la pensión compensatoria*

Para que Doña Camila resulte beneficiada con una pensión compensatoria en caso de que se determinara que la capitulación matrimonial es contraria a sus derechos, deben todavía cumplirse los requisitos que aparecen en el art. 97 del Código Civil es decir, que debe haber una situación de desigualdad entre los cónyuges, y que el divorcio provoque un perjuicio a uno de ellos, causándole una situación económica peor que la que tenía previamente.

Pero este artículo 97 no aclara la cuestión de si en un caso como el de Doña Camila y Don Sebastian debe haber pensión compensatoria. Para determinar esto, necesitamos entonces acudir a la interpretación que del mismo se hace en la jurisprudencia.

Debemos destacar la Sentencia 773/2005 de 20 de febrero de 2005<sup>18</sup> que explica como debe ser interpretado el art. 97 para que se otorgue la pensión compensatoria: *“Del precepto se deduce que la pensión compensatoria tiene una finalidad reequilibradora. Responde a un presupuesto básico: el efectivo desequilibrio económico, producido con motivo de la separación o el divorcio (no en la nulidad matrimonial), en uno de los cónyuges, que implica un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio. Como se afirma en la doctrina, el presupuesto esencial estriba en la desigualdad que resulta de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura. No hay que probar la existencia de necesidad -el cónyuge más desfavorecido en la ruptura de la relación puede ser acreedor de la pensión aunque tenga medios suficientes para mantenerse por sí mismo,*

---

<sup>18</sup> ECLI: ES:TS:2005:773 Sentencia de la Sala 1ª, sección 1ª, de 10 de febrero de 2005.

*pero sí ha de probarse que se ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que disfrutaba el otro cónyuge”.*

También ayuda a entender la naturaleza de la pensión compensatoria la Sentencia del Tribunal Supremo 327/2010 de 19 de enero de 2010<sup>19</sup>, que aclara: *“Los criterios que esta Sala ha ido consolidando en la interpretación del artículo 97 CC son los siguientes: a) la pensión no es un mecanismo indemnizatorio, y b) la pensión compensatoria no constituye un mecanismo equilibrador de patrimonios de los cónyuges”.*

Por lo tanto, a través de la doctrina sentada en estas Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo sobre la materia podemos conocer si en el caso que se analiza, Doña Camila tiene o no derecho a pensión compensatoria.

La citada sentencia de 19 de enero de 2010 explica de una forma más detallada en qué situaciones se produce el derecho a la pensión compensatoria: *“La pensión compensatoria pretende evitar que el perjuicio que puede producir la convivencia recaiga exclusivamente sobre uno de los cónyuges y para ello habrá que tenerse en consideración lo que ha ocurrido durante la vida matrimonial y básicamente, la dedicación a la familia [...] De este modo, las circunstancias contenidas en el artículo 97.2 CC tienen una doble función: a) actúan como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias, y b) una vez determinada la concurrencia del mismo, actuarán como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión. A la vista de ello, el juez debe estar en disposición de decidir sobre tres cuestiones: a) si se ha producido desequilibrio generador de pensión compensatoria; b) cuál es la cuantía de la pensión una vez determinada su existencia, y c) si la pensión debe ser definitiva o temporal”.*

Esta resolución consolida la doctrina del TS en esta materia, que en otras sentencias posteriores como la Sentencia 851/2014 de 20 de febrero de 2014<sup>20</sup> se vuelve a reiterar: *“Se fija como doctrina jurisprudencial de esta Sala que en orden a la concesión de la pensión compensatoria no basta la mera consideración del desequilibrio patrimonial, en sí mismo considerado, sino que debe valorarse la perspectiva causal que lo sustente ya en relación con la situación de derechos y obligaciones resultante tras el divorcio, como, en su caso, con la mayor dedicación a la familia o a la actividad profesional o empresarial del otro cónyuge anterior a la ruptura matrimonial”.*

En el caso que nos concierne parece evidente que se cumplen todos los requisitos legales y jurisprudenciales para que se otorgue la pensión compensatoria. A saber:

---

<sup>19</sup> ECLI: ES:TS:2010:327 Sentencia de la Sala 1ª, sección 1ª, de 19 de enero de 2010.

<sup>20</sup> ECLI: ES:TS:2014:851 Sentencia de la Sala 1ª, sección 1ª, de 20 de febrero de 2014.



1º Se produce un desequilibrio económico entre los cónyuges.

2º Esta situación produce un perjuicio en uno de los cónyuges, Doña Camila.

3º La causa fundamental de este desequilibrio es que Doña Camila ha sido la que ha estado por completo dedicada a la familia, renunciando a un trabajo remunerado fuera de casa. Este es un requisito básico para el otorgamiento de pensión compensatoria.

#### 2.4.2.1 ¿Pensión temporal o indefinida?

Establecido el derecho de Doña Camila a percibir una pensión compensatoria, procede determinar si la pensión compensatoria debe ser temporal o definitiva. Debemos advertir sobre este extremo, que en los últimos años se ha producido un cambio de tendencia sobre la duración de la pensión compensatoria, puesto que antes solían otorgarse pensiones compensatorias vitalicias. En el año 2005 se produjo una modificación del art. 97 del Código Civil, y se incorporó la posibilidad de que la pensión fuera “*temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única*”, cuando antes solo se decía que cuando se cumplieran los requisitos se “*tiene derecho a una pensión*”. Este cambio legislativo recogió en el texto legal la realidad existente ya en la jurisprudencia menor.

En atención a las diferentes situaciones existentes, podemos decir que la pensión compensatoria indefinida se otorga cuando:

1º El matrimonio es de larga duración, los cónyuges estén cerca de la jubilación y quien solicita la pensión compensatoria no esté cualificado para trabajar y no tenga ingresos, o estos sean muy exigüos. Así se predica en las sentencias del Tribunal Supremo 345/2016, 24 de mayo de 2016<sup>21</sup>, o la Sentencia del Tribunal Supremo 937/2018 de 15 de marzo de 2018<sup>22</sup>.

2º Cuando, incluso estando cualificado, el cónyuge que la solicita no haya trabajado nunca y no tenga ingresos. Como por ejemplo lo recoge la Sentencia del Tribunal Supremo 2041/2016 de 11 de mayo de 2016<sup>23</sup>.

Siguiendo la jurisprudencia es posible extraer las condiciones en las que la pensión se otorgue con un límite temporal determinado:

---

<sup>21</sup> Sentencia de la Sala 1ª, sección 1ª, de 24 de mayo de 2016. ECLI: ES:TS:2016:345.

<sup>22</sup> Sentencia de la Sala 1ª, sección 1ª, de 15 de marzo de 2018. ECLI: ES:TS:2018:937.

<sup>23</sup> Sentencia de la Sala 1ª, sección 1ª, de 11 de mayo de 2016. ECLI: ES:TS:2016:2041.

1º Cuando el matrimonio no es de duración muy larga, y el cónyuge que resulta perjudicado es joven y puede volver a trabajar. En este sentido se pronuncia es la Sentencia del Tribunal Supremo 168/2017 de 23 de enero de 2017<sup>24</sup>.

2º Cuando el cónyuge que resulta económicamente perjudicado por el divorcio trabajaba antes del matrimonio, aunque haya dejado de trabajar con ocasión del matrimonio o el nacimiento de hijos. Así lo estimó la Sentencia del Tribunal Supremo 375/2017 de 9 de febrero de 2017<sup>25</sup> en relación con una pareja en la que ambos trabajaban, pero posteriormente la esposa dejó de trabajar para cuidar al hijo de ambos, mientras que el marido continuó trabajando, se otorgó una pensión compensatoria por un tiempo determinado con el objeto de que la esposa se reincorporase al mercado laboral.

De entre las situaciones consideradas por la jurisprudencia citada, la que más se asemeja a la situación de Doña Camila y Don Sebastian es esta última, a la que da respuesta la Sentencia 375/2017, porque en este caso, Doña Camila trabajaba hasta el nacimiento de su primer hijo, y además es una persona con una formación cualificada, puesto que trabajaba como asesora de empresas en introducción de nuevas tecnologías.

En la situación que se aborda en este dictamen la pensión compensatoria debe tener pues un límite temporal, que puede establecerse en un mínimo de 5 años, teniendo en cuenta tanto el tiempo que se considera necesario para encontrar y consolidar un empleo con unos ingresos estables, como las edades de los hijos, que son muy cortas, puesto que actualmente tienen 4, 6 y 9 años.

De común acuerdo decidieron los cónyuges que ella dejara su trabajo remunerado para dedicarse a la familia, y por ello Doña Camila debe ser beneficiaria de una pensión compensatoria de carácter temporal.

Fundamentada esta afirmación, la siguiente cuestión que surge es la de acotar una cuantía proporcionada y ajustada a la situación económica de los cónyuges constante matrimonio.

#### 2.4.2.2 Determinación de la cuantía

Para determinar la cuantía de la pensión compensatoria hay que atender a las necesidades de la esposa que tiene derecho a la cuantía, y a los ingresos del obligado a abonar la pensión.

---

<sup>24</sup> Sentencia de la Sala 1ª, sección 1ª, de 23 de enero de 2017. ECLI: ES:TS:2017:168.

<sup>25</sup> Sentencia de la Sala 1ª, sección 1ª, de 9 de febrero de 2017. ECLI: ES:TS:2017:375.

La falta de información sobre el salario de Don Sebastian impide concretar un cálculo de la cantidad mensual que debería tener la pensión compensatoria, pero esta cuantía debe ser suficiente para compensar los desequilibrios que provoca la interrupción del matrimonio.

#### 2.4.2.3 Forma de pago de la pensión

Finalmente debe informarse a la solicitante, Doña Camila, sobre las posibles formas de percibir dicha pensión. Las dos formas de cumplimiento son mediante una pensión con pagos mensuales o una prestación única.

Podría considerarse más beneficioso para ambos cónyuges que en lugar del otorgamiento de una pensión compensatoria mensual, se diera una prestación única, previsión que aparece también en el art. 97 del Código Civil, y que se podría solicitar subsidiariamente al otorgamiento de la pensión compensatoria de carácter temporal. Pero generalmente suele darse la pensión compensatoria mensualmente porque es la manera en que el cónyuge obligado puede hacer frente de un modo menos gravoso a la pensión.

### III - CONCLUSIONES

En las páginas que preceden se ha fundamentado normativa y jurisprudencialmente las respuestas a las preguntas planteadas por la solicitante de este dictamen Doña Camila, en relación con su divorcio. Las cuestiones más relevantes del caso para las que se ha propuesto la solución más favorable para la solicitante, son las siguientes:

En primer lugar, en cuanto a la determinación del tribunal competente para resolver el divorcio que se plantea, por aplicación del Reglamento (CE) N° 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003, conocido como Reglamento Bruselas II Bis, y en concreto según lo establecido en el art. 3 del mismo la competencia recae sobre los tribunales españoles.

Esto es así porque dicho artículo otorga la competencia a los tribunales del Estado de residencia habitual de los cónyuges, y como esta residencia se sitúa en España, son competentes los tribunales españoles, que además deberán aplicar la Ley española. De conformidad con la legislación procesal española, corresponde al juez de primera instancia o bien del lugar del domicilio conyugal, o el de residencia del demandado si residen en partidos judiciales diferentes.

En segundo lugar, se formula la cuestión de quien ejercerá la guarda y custodia de los niños tras el divorcio. Este asunto, de gran interés para los padres, es objeto de resoluciones jurisprudenciales de diverso signo.

Se recomienda a Doña Camila tratar de llegar a un acuerdo en relación a esta materia. En caso de que no sea posible tal acuerdo el juez debe llegar a una solución para la guarda y custodia de los hijos tras el procedimiento atendiendo siempre al interés superior de los menores. Como ya se ha abordado, puede entregarse la guarda y custodia a uno solo de los padres, esto es custodia exclusiva; o a los dos, custodia compartida. En ausencia de acuerdo previo y en la eventualidad de presentarse la demanda, en el escrito de demanda se podría solicitar la custodia exclusiva para Doña Camila, y subsidiariamente solicitar la custodia compartida.

Basándonos en jurisprudencia actual, así como la literalidad de la ley, la solución que daría el juez para este supuesto sería presumiblemente una custodia compartida entre ambos progenitores.

En tercer lugar, Doña Camila plantea la pregunta de si puede continuar viviendo en el domicilio conyugal. Esta pregunta y su solución no puede desligarse de la cuestión de la guarda y custodia de los hijos, puesto que ambas están íntimamente vinculadas.

Corresponde a los hijos menores de edad el derecho a continuar viviendo en el domicilio familiar. La atribución de la custodia a uno de los progenitores en exclusiva se traduce en el derecho de este a seguir viviendo en dicho domicilio. En caso de que se otorgase la guarda y custodia exclusiva para la madre, ya sea por acuerdo o por decisión judicial, el domicilio familiar quedaría a su disposición y de los hijos al menos hasta su mayoría de edad.

Por el contrario, en caso de guarda y custodia compartida, se otorga el uso de la vivienda al cónyuge con el interés más necesitado de protección, que en este caso podría ser Doña Camila, si bien por un tiempo limitado, que según la jurisprudencia actual se situaría entre los dos y tres años.

La última pregunta que formula Doña Camila hace referencia a la pensión compensatoria, y a si tendría derecho a ella a pesar de haber renunciado expresamente los dos cónyuges a este tipo de compensación en capitulaciones matrimoniales.

Esta cuestión encierra dos interrogantes, el primero es que si a pesar de las capitulaciones libremente firmadas puede haber pensión compensatoria, y el segundo, si en caso de que pueda haber pensión, doña Camila tiene derecho a ella.

Respecto de la primera subcuestión, tras analizar la jurisprudencia y la posibilidad de aplicación por analogía del art. 90.2 del Código Civil, en relación con el 1328 del Código Civil, así como derechos constitucionales como los consagrados en el art. 1, art. 10, art. 14 y art. 17 de la Constitución, y la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus*, el letrado que suscribe este dictamen concluye que a pesar de que exista esa capitulación matrimonial de exclusión del derecho a recibir pensión compensatoria, esa cláusula no puede aplicarse en el presente caso.

Respondida afirmativamente esta cuestión, procedemos a determinar si Doña Camila tiene derecho a la pensión compensatoria. En el art. 97 del Código Civil se establece que solo se otorgará en caso de que el divorcio produzca un desequilibrio económico de un cónyuge en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio.

La jurisprudencia explica que esta pensión se justifica en que uno de los cónyuges ha asumido la mayor parte de la carga familiar, y como consecuencia de ello, ha debido renunciar

a otras posibilidades de desarrollo, como es el caso de Doña Camila que sacrificó su prometedora carrera profesional para hacerse cargo de los hijos de ambos.

Se cumplen pues los requisitos necesarios para otorgar a la esposa pensión compensatoria, sin perjuicio de advertir que, tras analizar las últimas sentencias del Tribunal Supremo, y reconociendo las posibilidades de ella de incorporarse al mundo laboral, su propia edad y la edad de los menores, debemos concluir que esta pensión compensatoria puede verse otorgada con carácter limitado temporalmente a un máximo 5 años.

En conclusión, el letrado que suscribe, emite el siguiente parecer sobre:

**a) Si puede solicitar el divorcio en España, o tiene que hacerlo en el país donde se casaron o en el país donde ha convivido el matrimonio. Y en el caso de tener que presentarla fuera de España, si es posible aplicar la ley española o tendría que aplicarse otra ley.**

Sí, debe solicitar el divorcio en España, ante el juzgado de primera instancia, bien del lugar del domicilio conyugal, o el de residencia del demandado si residen en partidos judiciales diferentes.

**b) Quién se quedará con los niños.**

Debe tratar de llegarse a un acuerdo entre los padres, pero en ausencia de éste, en la demanda se podrá solicitar la custodia exclusiva para Doña Camila, y subsidiariamente solicitar la custodia compartida.

**c) Si puede continuar viviendo en su casa.**

Sí, en caso de que la custodia sea exclusiva podrá mantener su residencia en el domicilio familiar al menos hasta la mayoría de edad de los menores. Por el contrario, si la custodia fuera compartida podría continuar viviendo en su casa por un tiempo determinado de unos tres años.

**d) Si tiene derecho a percibir una cantidad de dinero mensual para su propia manutención, a pesar de que firmó un acuerdo renunciando a ella antes del matrimonio.**

Sí, porque la capitulación matrimonial firmada limita de un modo contrario a la Constitución los derechos de Doña Camila y no debe ser tenida en cuenta. Además, se

cumplen los requisitos legales para el otorgamiento de una pensión compensatoria, si bien, esta en principio se conseguiría por un tiempo determinado de alrededor de 5 años.

El presente dictamen expresa el parecer de este Letrado, que somete a cualquier otro criterio mejor fundado en derecho.

A handwritten signature in black ink, enclosed within a hand-drawn circle. The signature appears to be 'Álvaro V.' with a diagonal slash through the circle.

Álvaro Valdivieso García

#### IV - BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago. “De nuevo sobre la interpretación y alcance del artículo 15 del Reglamento Bruselas II bis”. *Revista laleydigital*, 3 de mayo de 2019.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Coord.). *Manual de Derecho Civil. Derecho de familia*. Madrid: Bercal, 2007.

BLANCO SARALEGUI, José María. “Pensión compensatoria”. *Diario la Ley N° 9049*, 26 de septiembre de 2017.

CAMPO IZQUIERDO, Ángel Luis. “A raíz de la STJUE, de 5 de septiembre de 2019, asunto C468/18, en relación con STJUE de 16 de julio de 2015, asunto C-184/14”. *Revista diariolaley*, N° 10 2019.

COBEÑA RONDAN, Eva María. “Pensión compensatoria: naturaleza y criterios del Tribunal Supremo para otorgarla”. *Diario la Ley N°9368*, 1 de marzo de 2019.

DOMÍNGUEZ REYES, Juan Faustino. “La pensión compensatoria y su situación actual: cuestiones jurisprudenciales”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 773, 2019.

GUILARTE MARTÍN CALERO, Cristina, “El ejercicio de la patria potestad en situaciones de ruptura convivencial: análisis jurisprudencial y propuesta del Código Civil” pp. 77 a 98, MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia, “Consecuencias de la crisis matrimonial y autonomía de la voluntad” pp.102 a 118, en GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina (Coord.). *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*. Valladolid, 2009.

LARO GONZÁLEZ, María Elena. “A vueltas con la pensión compensatoria”. *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 7, junio 2019.

MARÍ FARINÓS, Jesús y MUÑOZ PÉREZ, David. “Pensión compensatoria: elemento causal, principio dispositivo y sus manifestaciones”. *Actualidad Civil*, N°12, diciembre 2017.

MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús Alberto. “La pensión compensatoria y la autonomía de la voluntad”. *La Ley Derecho de familia*, N° 5, Primer trimestre de 2015.



PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier. *Procedimiento Contencioso. Separación, divorcio y nulidad. Uniones de hecho. Otros procedimientos contenciosos. Aspectos sustantivos*. Valladolid: Lex Nova, 2007.

SEIJAS QUINTANA, José Antonio. “El TS fija doctrina relativa al alcance del pacto sobre pensión compensatoria incluida en el convenio de separación matrimonial”. *Repertorio mensual de jurisprudencia*, N.º. 2, 2016.

VIDAL FERNÁNDEZ, Begoña. “Ámbito de aplicación del Reglamento 2201/2003 y Sistema de atribución de competencia”, en DE LA OLIVA SANTOS, Andrés (Director), GASCÓN INCHAUSTI, Fernando (Coord.). *Derecho Procesal Civil Europeo, Volumen I*. Pamplona, 2011.

## **V - WEBGRAFÍA**

<https://www.boe.es>

<https://e-justice.europa.eu>

<https://elderecho.com>

<https://www.era-comm.eu>

<http://www.iurisprudente.com>

<https://www.notariosyregistradores.com>

<http://noticias.juridicas.com>

## **VI - JURISPRUDENCIA**

### **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Sentencia del Pleno de 17 de octubre de 2012. ECLI: ES:TC:2012:185.

### **TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia de la Sala 1º, sección 1º, de 20 de noviembre de 2018. ECLI: ES:TS:2018:3882.

Sentencia de la Sala 1ª, sección 1ª, de 30 de mayo de 2018. ECLI: ES:TS:2018:1925.

Sentencia de la Sala 1º, sección 1ª, de 25 de abril de 2018. ECLI: ES:TS:2018:1480

Sentencia de la Sala 1ª, sección 1ª, de 15 de marzo de 2018. ECLI: ES:TS:2018:937

Sentencia de la Sala 1ª, sección 1ª, de 10 de enero de 2018. ECLI: ES:TS:2018:36

Sentencia de la Sala 1ª, sección 1ª, de 10 de enero de 2018. ECLI: ES:TS:2018:7.

Sentencia de la Sala 1ª, sección 1ª, de 13 de diciembre de 2017. ECLI: ES:TS:2017:4372

Sentencia de la Sala 1ª, sección 1ª, de 20 de junio de 2017. ECLI: ES:TS:2017:2505.

Sentencia de la Sala 1ª, sección 1ª, de 12 de mayo de 2017. ECLI: ES:TS:2017:1896.

Sentencia de la Sala 1ª, sección 1ª, de 9 de febrero de 2017. ECLI: ES:TS:2017:375.

Sentencia de la Sala 1ª, sección 1ª, de 23 de enero de 2017. ECLI: ES:TS:2017:168.

Sentencia de la Sala 1ª, sección 1ª, de 16 de septiembre de 2016. ECLI: ES:TS:2016:4089.

Sentencia de la Sala 1ª, sección 1ª, de 11 de mayo de 2016. ECLI: ES:TS:2016:2041.

Sentencia de la Sala 1ª, sección 1ª, de 24 de mayo de 2016. ECLI: ES:TS:2016:345

Sentencia de la Sala 1ª, sección 1ª, de 24 de mayo de 2016. ECLI: ES:TS:2016:235.

Sentencia de la Sala 1ª, sección 1ª, de 28 de octubre de 2015. ECLI: ES:TS:2015:4439.

Sentencia de la Sala 1ª, sección 1ª, de 24 de junio de 2015. ECLI: ES:TS:2015:2828.

Sentencia de la Sala 1ª, sección 1º, de 24 de octubre de 2014. ECLI: ES:TS:2014:4249.

Sentencia de la Sala 1ª, sección 1ª, de 20 de febrero de 2014. ECLI: ES:TS:2014:851.

Sentencia de la Sala 1ª, sección 1ª, de 29 de abril de 2013. ECLI: ES:TS:2013:2246.

Sentencia de la Sala 1ª, sección 1ª, de 31 de marzo de 2011. ECLI: ES:TS:2011:2158.

Sentencia de la Sala 1ª, sección 1ª, de 1 de abril de 2011. ECLI: ES:TS:2011:2053.

Sentencia de la Sala 1ª, sección 1ª, de 19 de enero de 2010. ECLI: ES:TS:2010:327.

Sentencia de la Sala 1ª, sección 1ª, de 31 de mayo de 2006. ECLI: ES:TS:2006:3331.

Sentencia de la Sala 1ª, sección 1ª, de 10 de febrero de 2005. ECLI: ES:TS:2005:773.

Sentencia de la Sala 1ª, sección 1ª, de 27 de junio de 1984. ECLI: ES:TS:1984:1259.

### **AUDIENCIAS PROVINCIALES**

Sentencia de la Audiencia Provincial de León, sección 2ª, de 6 de octubre de 2015.  
ECLI: ES:APLE:2015:881.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 1ª, de 18 de mayo de 2012.  
ECLI: ES:APVA:2012:746.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, sección 1ª, de 21 de julio de 2010.  
ECLI: ES:APCC:2010:588.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 1ª, de 5 de septiembre de 2008. ECLI: ES:APVA:2008:583.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22ª, de 7 de octubre de 2005.  
ES:APM:2005:10876.

### **TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA**

Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala Tercera, de 29 de noviembre de 2007.  
ECLI:EU:C:2007:740.