



## **UNIVERSIDAD DE VALLADOLID**

**FACULTAD DE DERECHO**

**MÁSTER DE ACCESO A LA ABOGACÍA**

**DIVORCIO TRAS SEPARACIÓN DE HECHO. RECONOCIMIENTO DE  
PRESTACIONES ECONÓMICAS Y LIQUIDACIÓN DE GANANCIALES**

Autor: Jorge del Valle Silva

Tutora académica: María de los Ángeles Gallego Mañueco

Convocatoria Ordinaria 2023

*“El matrimonio es una barca que lleva a dos personas por un mar tormentoso; si uno de los dos hace algún movimiento brusco, la barca se hunde”.*

Leon Tolstoi.

## ÍNDICE DE CONTENIDOS

1. Supuesto de hecho y cuestiones planteadas.....	5
2. Introducción: el divorcio y sus características. ....	8
2.1. El procedimiento de divorcio por acuerdo entre las partes (mutuo acuerdo)..	9
2.2. El procedimiento de divorcio ante Notario o ante el Letrado de la Administración de Justicia. ....	14
2.3.- La mediación dentro del proceso de divorcio/separación.....	15
2.3.1. <i>El procedimiento y la validez del acuerdo</i> .....	16
3. Sobre las diferentes pensiones.....	17
3.1. El hijo mayor de edad que ha alcanzado independencia económica .....	17
3.2. La hija menor de edad .....	20
3.3. La hija mayor de edad con discapacidad.....	22
3.3.1 <i>La complementariedad entre pensión alimenticia y prestación por invalidez</i> .....	24
3.3.2. <i>Delimitación temporal de la pensión alimenticia</i> .....	25
3.4 Sobre el abono directo de la pensión de alimentos a cuenta de los hijos .....	26
3.5. El caso concreto del reconocimiento a la esposa de pensión compensatoria	27
4. Sobre el uso de la vivienda por parte de la esposa y sus hijas .....	30
4.1 La sustitución de la pensión compensatoria por un bien inmueble y su repercusión fiscal .....	32
5. El procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales .....	33
5.1 El momento de disolución de la sociedad de gananciales .....	33
5.2 La liquidación de gananciales de mutuo acuerdo .....	35
5.3 El proceso liquidador por falta de acuerdo.....	36
6. Conclusión .....	38
<b>BIBLIOGRAFÍA Y RECURSOS .....</b>	<b>41</b>
A. Textos legales .....	41

<b>B. Artículos .....</b>	<b>41</b>
<b>C. Manuales .....</b>	<b>42</b>
<b>D. Sentencias .....</b>	<b>42</b>
<b>E. Consultas a la Dirección general de Tributos .....</b>	<b>43</b>

## 1. Supuesto de hecho y cuestiones planteadas

Federico y Manuela decidieron contraer matrimonio en enero de 1997. En el periodo inmediatamente anterior antes de casarse (1996), Manuela estaba en proceso de obtener la doble licenciatura en Educación Primaria e Infantil, la cual abandonó a falta de 1 año para completarlo, optando por dedicarse a la atención de la familia.

Esta decisión se fundamentó, principalmente, en que el negocio de Federico parecía ser suficiente para atender a las necesidades económicas de la familia.

Durante el tiempo en que el matrimonio se mantiene unido, Federico y Manuela tuvieron tres hijos: el primero, ahora ya mayor de edad, Arturo, nacido en 1999, graduado en Derecho y actualmente preparando las oposiciones a funcionario de prisiones; Flor, nacida en 2006, se encuentra terminando con dificultad los estudios de educación secundaria obligatoria y Noelia, nacida en 2002, mayor de edad, la cual, como consecuencia de dificultades en el parto (falta de oxígeno) viene padeciendo desde el nacimiento una discapacidad en un grado del 79%.

Tras 24 años de matrimonio, Manuela y Federico deciden consensuadamente separarse. Esta separación no se tramitó ante el Juzgado, por lo que no se materializaron las voluntades de ambos en un Convenio Regulador ni, consecuentemente, se dictó sentencia que lo aprobara.

A pesar de no existir Convenio Regulador, ambos llegaron a los siguientes acuerdos de forma oral, siendo respetados por las partes en, prácticamente, todo momento:

- Decidieron vivir en domicilios separados.
- Se acordó que los tres hijos vivieran con Manuela, con el oportuno derecho de visita en fines de semana alternos que disfrutaría Federico. Durante estos fines de semana, los hijos comunes serían recogidos en el domicilio materno por el padre, Federico, para pasar con él el fin de semana hasta el domingo a las 20.00h, hora a la que debían ser devueltos, por el padre, a la vivienda familiar.
- Con respecto al uso de la vivienda familiar; su uso se atribuyó a Manuela y sus hijos, de forma indefinida, dada la situación que Noelia padece y el consecuente cuidado continuo que a su vez requiere.
- Se estableció que el padre aportaría a la madre una cantidad de 200+200+300€ (700€), a favor de los tres hijos, que pasarían a ser 500€ una vez Arturo logre adquirir un puesto

como funcionario de prisiones u otro tipo de trabajo que le permitiese ganarse la vida de forma independiente.

- Desde el momento en que se separaron, Federico ha venido ingresando a Manuela una cantidad de 300€ mensuales que podemos entender en concepto de pensión compensatoria.

Adicionalmente, Manuela nos hace saber que, durante el periodo en que se hizo efectiva la separación, han ocurrido los siguientes sucesos -dice desconocer si tienen o no relevancia jurídica- y nos pide que le aclaremos cuál de ellos tendrá relevancia jurídica y cuales no:

· Pone de manifiesto que, durante el periodo que llevan separados, una de sus hijas -Flor- ha invertido el orden de sus apellidos, con el permiso de ambos padres. Además, lleva 6 meses sin ir con su padre los fines de semana que le corresponde. Concluye diciendo que Flor no quiere saber nada de su padre desde que se enteró de los motivos de la separación.

- Manuela pone en nuestro conocimiento que ha estado escribiendo vía “*Whatsapp*” a Federico que las escuelas y distintas medidas de carácter especial que son necesarias para Noelia suponen más gastos de los que fue capaz de prever de antemano al acuerdo verbal al que llegaron. Cuestiona, en resumen, que las cantidades que se fijaron son insuficientes, especialmente las que se refieren a Noelia.

- Nos comenta además que Arturo ya posee una plaza fija como funcionario de prisiones, pero que sigue viviendo con ellas en la vivienda familiar (han empezado a recibir 500€ en concepto de alimentos en virtud del acuerdo).

- Manuela nos dice que no es conocedora de los ingresos que obtiene Federico (entre 3000 y 4000€ declarados cuando estaban casados), pero sospecha que su negocio ha crecido por artículos que ha visto en revistas, en los que se hacía saber que artistas y deportistas conocidos acudían a los eventos que organizaba Federico.

- Manuela reconoce que ha estado trabajando limpiando casas para poder pagar las necesidades de sus hijos y las suyas propias, cobrando una cantidad irregular mensualmente que ronda los 500€. Le inquieta no tener derecho a pensión por obtener rendimientos del trabajo.

-Por último, nos hace entrega de una hoja en la que se encuentran escritas las distintas propiedades y bienes que ella y Federico compartieron durante su matrimonio. Termina

preguntándonos si las distintas propiedades y bienes que se han obtenido durante este periodo de tiempo en que han estado separados son susceptibles de liquidación o no.

## PREGUNTAS

Así, Manuela acude a nuestro despacho, pidiéndonos un dictamen en el que se detalle la siguiente información:

- i) Cómo se tiene que plantear el divorcio en el Juzgado: si se puede hacer de mutuo acuerdo o si siempre hay que plantear demanda contenciosa y qué validez tienen los acuerdos que han mantenido durante la separación de hecho.
- ii) Cómo se fijan las distintas pensiones; compensatoria y alimenticia, a favor de ella y sus hijos, así como el tiempo que podrá disfrutar de ellas. Sobre la pensión de alimentos, nos pregunta directamente si, una vez que sus hijos sean mayores de edad, debería traspasarse la pensión a las cuentas personales de cada uno de los hijos.
- iii) Sobre la vivienda familiar, nos hace saber que tiene interés en que la vivienda familiar, que está a nombre de ambos cónyuges, pase a ser propiedad únicamente suya, debido a la situación de Noelia y por comodidad para ella y su familia.
- iv) Nos pregunta también si la liquidación de gananciales es optativa u obligatoria. En el caso de ser optativa nos pregunta si es recomendable, teniendo en cuenta sus propias circunstancias, y, para el caso de que sea obligatoria, nos pregunta en qué forma le afectará. Adicionalmente nos pide que le expliquemos el proceso de liquidación de la sociedad de gananciales y cómo se tramitaría el proceso de liquidación en caso de que no se llegue a un acuerdo con su marido.

## 2. Introducción: el divorcio y sus características.

La Ley de Enjuiciamiento Civil (de ahora en adelante LEC) ubica el proceso de divorcio, sea contencioso o de mutuo acuerdo, en su Libro IV bajo la rúbrica de “procesos especiales”, por ser aquellos que gozan de una regulación distinta o con especialidades a la de los procesos declarativos generales que se encuentran recogidos en el Libro II (juicio ordinario y juicio verbal).

La existencia de estos procedimientos especiales se justifica en su naturaleza y por el claro interés público que despierta su enjuiciamiento. Ello determina, a su vez, que alguno de los principios que informan este tipo de procesos sean distintos en relación con los poderes de disposición de las partes sobre el objeto litigioso, así como por la existencia de una serie de trámites propios y diferenciados de los comunes.

Estos principios generales que informan el proceso de divorcio se materializan en distintas particularidades:

- a) **Intervención del Ministerio Fiscal.** En los casos en que haya afectados por la resolución que estén necesitados de protección, la intervención del Ministerio Fiscal (de ahora en adelante MF) será imperativa. Esto es, la participación del MF se dará siempre que en el proceso haya un menor de edad no emancipado o una persona mayor de edad con discapacidad o que esté en situación de ausencia legal (art. 749.2 LEC).
- b) **Representación conjunta.** En los procedimientos de divorcio o separación solicitado de común acuerdo por los cónyuges, éstos podrán valerse de una sola representación y defensa.

A pesar de esto, habrá supuestos en que se replantee esta posibilidad por el Letrado de la Administración de Justicia (de ahora en adelante LAJ), o incluso en que se cese. Esto es, cuando alguno de los pactos propuestos no sea aprobado por el Tribunal, el LAJ requerirá a las partes para que en el plazo de 5 días manifiesten si desean continuar con defensa y representación conjuntas o si, por el contrario, prefieren litigar cada uno con su propia defensa y representación. Cuando uno de los cónyuges pida la ejecución judicial del acuerdo homologado por el Tribunal y por las propias partes, el LAJ requerirá a la otra parte para que nombre abogado y procurador propios.

- c) **Indisponibilidad del objeto del proceso.** La renuncia, el allanamiento y la transacción no tendrán efecto alguno en este tipo de procesos (Art. 751.1 LEC),



salvando aquellas pretensiones que tengan por objeto materias que las partes puedan disponer libremente siguiendo la legislación civil aplicable (Art. 751.3 LEC).

Por su parte, el desistimiento se encuentra limitado, necesitando la conformidad del MF en alguno de los supuestos. Ahora bien, en el caso que nos ocupa -proceso de divorcio- no es necesaria esta conformidad del MF (art. 751.2. 4º LEC).

- d) **Intemporalidad.** La decisión de los procesos se alcanza con arreglo a los hechos que hayan sido objeto de debate y que resulten probados con independencia del momento en que hubiesen sido introducidos o alegados en el procedimiento (art. 752.1.I LEC).
- e) **Amplitud de poderes probatorios en la figura del Juez.** El Juzgador puede decretar de oficio las pruebas que considere pertinentes, independientemente de las pruebas que hayan sido solicitadas por las partes y el MF (art. 752.1. LEC).
- f) **Exclusión de la publicidad.** En este tipo de procedimientos, los Tribunales podrán decidir mediante providencia -ya sea de oficio o a instancia de parte- que las vistas y actos se celebren a puerta cerrada, además de que las actuaciones sean reservadas. Esto se dará siempre y cuando las circunstancias lo aconsejen y dejando de lado los casos del apartado segundo del art. 138 de la LEC, relativo a otros supuestos que son susceptibles de celebrarse a *puerta cerrada* (art. 754 LEC).
- g) **Tramitación verbal predefinida.** El proceso de divorcio contencioso seguirá los trámites del juicio verbal (arts. 753.1 y 770 LEC), admitiendo en este caso -y una vez se hayan practicado las pruebas- la formulación de conclusiones (art. 753.2 LEC).
- h) **Tramitación preferente.** En aquellos casos en que medie la participación de persona discapacitada, de menor de edad o de persona en situación de ausencia legal, los trámites del proceso tendrán carácter preferente (art. 753.3 LEC).
- i) **Acceso al Registro.** El LAJ acordará que las resoluciones dictadas en este tipo de procedimientos se comuniquen de oficio a los Registros Civiles para que se practiquen los asientos que correspondan (art. 755.1 LEC).

## 2.1. El procedimiento de divorcio por acuerdo entre las partes (mutuo acuerdo)

El divorcio de mutuo acuerdo se caracteriza por ser aquel procedimiento en el que las partes son capaces de juntarse y negociar los distintos extremos del acuerdo que terminará por regular aquellos aspectos que aún se mantendrán vivos tras la ruptura de la relación conyugal. En este acuerdo, que tomará la forma de Convenio, prima la voluntad de las partes, que podrán, libremente, zanjar los asuntos que les conciernen a ellos y a sus hijos sin una gran invasión del órgano judicial en los aspectos de su vida privada.

Ahora bien, para comenzar un procedimiento de mutuo acuerdo -o el instado por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro- se deberá seguir el procedimiento establecido por el art. 777 LEC.

De esta forma, la solicitud de divorcio se dirigirá al juzgado del último domicilio común o el del domicilio de cualquiera de los solicitantes en virtud del apartado segundo del art. 769 de la LEC. Una vez presentada la demanda, el LAJ dará traslado al MF, si procede, por existir hijos menores o con discapacidad.

Como en el caso que nos ocupa hay presencia de una menor de edad (Flor), así como de una persona mayor de edad con discapacidad (Noelia), deberá intervenir el Ministerio Fiscal.

Al escrito por el que se promueve el divorcio de mutuo acuerdo deberán acompañarse (art. 777.2 LEC):

- a) Certificación literal de la inscripción del matrimonio en el Registro Civil;
- b) Certificación literal de la inscripción del nacimiento de los hijos en el Registro Civil;
- c) Propuesta de Convenio Regulador suscrita por los cónyuges;
- d) En su caso, documentos en que los cónyuges fundamenten su derecho, y
- e) Acuerdo final alcanzado en el procedimiento de mediación familiar en caso de existir.

Admitida la solicitud de divorcio, se citará a los cónyuges para ratificarse en su petición en los siguientes 3 días hábiles. En caso de no ratificarse, se acordará el archivo de las actuaciones, quedando a salvo el derecho de las partes a acudir al proceso contencioso de divorcio (art. 777.3 LEC).

Si el problema radicara en que la documentación es insuficiente, se otorgará un plazo de 10 días para que subsanen, practicándose en todo caso la prueba que se hubiese propuesto hasta entonces (art 777. 4 LEC).

De entre estos documentos que deben ser aportados, nos interesa especialmente hacer hincapié y análisis en la Propuesta de Convenio Regulador, que deberá seguir las estipulaciones que definen su contenido en el art. 90 CC.

Así, atendiendo al caso que nos presenta Manuela, pasaríamos a concretar cada uno de los extremos de este Convenio, diferenciando si pudiese o no haber discrepancias con respecto al contenido del mismo:

a) Con respecto a la patria potestad, su ejercicio y los regímenes de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor no hay disputa alguna: la patria potestad sobre la hija menor de edad será conjunta. Manuela gozará de la custodia de la hija menor, mientras que Federico tendrá derecho a visitas en los fines de semana alternos.

Deberá también fijarse la extensión de tiempo que la hija pasará con los padres en los distintos periodos vacacionales escolares como son el verano -repartiéndose estas vacaciones por mitad ya sea por meses o por quincenas alternas-, la Navidad, con dos periodos, uno que incluye Nochebuena y Navidad y el otro Nochevieja y Año Nuevo, Semana Santa, con dos periodos de igual duración, así como los cumpleaños tanto de los hijos como de los padres -es también habitual que los padres gocen de tiempo con sus hijos en los días en que celebran su nacimiento, independientemente de quien gozase de la custodia en ese momento-.

Respecto a la hija mayor de edad con discapacidad, deberá tenerse en cuenta que, en atención a lo establecido en el art. 91 CC, párrafo segundo, deberán acordarse medidas de apoyo. Según el art. 94 CC, también se podrá pactar un régimen de visitas, o en el supuesto contencioso, reclamar su reconocimiento “respecto de los hijos con discapacidad mayores de edad o emancipados que precisen apoyo para tomar la decisión, el progenitor que no los tenga en su compañía podrá solicitar, en el mismo procedimiento de nulidad, separación o divorcio, que se establezca el modo en que se ejercitará el derecho del párrafo anterior (de visitas)”.

La autoridad judicial adoptará la resolución prevista en los párrafos anteriores, previa audiencia del hijo y del Ministerio Fiscal. Así mismo, la autoridad judicial podrá limitar o suspender los derechos previstos en los párrafos anteriores si se dieran circunstancias relevantes que así lo aconsejen o se incumplieran grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial.

En el Convenio también se incluye la posibilidad de determinar régimen de visitas a favor de los abuelos, aunque en el caso que se nos presenta no se aplica.

b) Con respecto a los animales de compañía, hoy en día se incluye su destino, que deberá tener en cuenta el bienestar del animal así como el interés de los miembros de la familia. Sin embargo, en el caso que se nos presenta no se aplica al no poseer ninguno de los miembros de la familia animales de compañía.

c) El uso de la vivienda se acuerda a favor de Manuela, en este extremo también hay acuerdo de los cónyuges, si bien puede fijarse por tiempo limitado o ilimitado y deberá apreciarse en el momento de las negociaciones si se mantiene lo que se acordó en un principio. Con respecto al uso del ajuar, en general se destinará también a favor de Manuela, aunque no es infrecuente que determinados elementos del ajuar acompañen a Federico allá a donde pase a residir de forma permanente.

d) Con respecto a las cargas del matrimonio y los alimentos debidos a los hijos nos encontraríamos con el primer conflicto que habría que resolver. Por una parte, Manuela quiere mantener la pensión de alimentos de Arturo, lo cual no es realista tal y como analizaremos en su debido momento. También quiere mantener la pensión de Flor y aumentar los alimentos destinados a Noelia.

Por la otra parte, Federico buscaría mantener las pensiones tal y como se encuentran en el momento, sin tener que abonar nada a favor del hijo mayor por haber alcanzado independencia económica. En todos estos puntos deberán llegar a un acuerdo si quieren tramitar el presente proceso siguiendo el cauce de divorcio de mutuo acuerdo.

e) Con relación a la liquidación de la sociedad de gananciales, que es el régimen económico que han mantenido, hay también un principio de acuerdo. Aunque deberán en su momento concretar más detenidamente los detalles de esta liquidación.

f) Siguiendo con la pensión compensatoria a favor de Manuela volvemos a encontrar conflicto. Mientras que Federico buscaría la extinción de la misma, Manuela pretende la consecución de dos puntos principales:

1.º- El aumento o, en su defecto, mantenimiento de la cantidad percibida en concepto de pensión compensatoria, o

2.º- La sustitución del abono por tiempo indefinido de pensión compensatoria por la entrega, en ese concepto, de la parte del esposo de propiedad de la vivienda familiar de la que está haciendo uso en el presente. Aspecto que detallamos más adelante.

Con esta información podemos responder la primera pregunta que nos hace Manuela con respecto al proceso matrimonial de forma certera e inequívoca:

Con respecto a las medidas que acordaron Manuela y Federico antes del proceso de divorcio, éstas podrán mantenerse cuando ambos cónyuges estén de acuerdo en la medida

en concreto, siempre y cuando el Juez no lo considere dañoso para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges (art. 90.2 CC).

Desde la aprobación del convenio regulador, podrán hacerse efectivos los acuerdos por la vía de apremio.

En el caso de que no se pusieran de acuerdo con alguna de las medidas, sería imposible continuar con el proceso de divorcio de mutuo acuerdo, y se tendría que acudir a las disposiciones del art. 770 y ss. LEC. Es importante mencionar que, aunque se inicie un procedimiento de divorcio contencioso guiado por el entramado legal de los arts. 770 y ss. LEC, siempre tendrán los cónyuges la posibilidad de volver a la vía del mutuo acuerdo (art. 770 5ª LEC). Uno de los grandes elementos diferenciadores de estos procesos es la posibilidad de solicitar -en el juicio contencioso- medidas previas o coetáneas a la demanda para que los cónyuges puedan vivir separados y con una regulación provisional sobre su relación con los hijos, el uso de la vivienda familiar y las aportaciones económicas, hasta la declaración de separación o divorcio y la adopción de medidas definitivas.

Todos estos aspectos configuran el contenido mínimo de lo que debe contener el Convenio Regulador, por lo que se podrán incluir más cláusulas siempre que no sean contrarias al Derecho.

Además, y terminando con la regulación del Convenio Regulador, el art. 90.3 CC otorga la posibilidad de modificar sus cláusulas, ya sea de mutuo acuerdo o de forma contenciosa, siempre y cuando haya un cambio **relevante** en las circunstancias que en su momento sirvieron para adoptarlo.

Como en el caso que nos ocupa hay presencia tanto de menores de edad (Flor) como de personas mayores con discapacidad (Noelia), el Ministerio Fiscal deberá extender informe sobre los aspectos del Convenio relativos a los hijos con dichas necesidades especiales para que el Tribunal lo evalúe. Además, como son ambas mayores de 12 años serán -si así lo demanda el Fiscal o lo acuerda de oficio el Tribunal, lo piden las partes o incluso la propia hija- oídas por el Juez. Todo esto en el mismo plazo de diez días antes expuesto, o, en caso de no haber sido abierto dicho plazo, en el plazo de 5 días (art. 777.5 LEC).

No en todos los procesos de divorcio de mutuo acuerdo es necesario aplicar los puntos cuarto y quinto del art. 777 de la LEC, pronunciándose el Juez inmediatamente después de la ratificación de los cónyuges sobre la concesión o denegación del divorcio. En el caso

presente, el Tribunal deberá oír a Flor y a Noelia, llevando a cabo las actuaciones del apartado quinto antes de dictar sentencia (art. 777.6 LEC).

Puede ocurrir que se conceda el divorcio pero no se apruebe alguna parte -o todo- el Convenio propuesto, caso en el que se dará un plazo de 10 días a los cónyuges para que propongan nuevo Convenio limitado a los puntos que no hayan sido aprobados previamente (art. 777.7 LEC). El Tribunal resolverá mediante auto lo procedente, se haya presentado o no propuesta.

En caso de ser denegado el divorcio, o de haberse impuesto alguna medida por el Tribunal aparte de las que propusieron los cónyuges mediante el auto indicado en el párrafo anterior, estos podrán recurrir en apelación. Sin embargo, este recurso no suspenderá la eficacia del auto o las medidas que se recurran (art. 777.8 apartado primero LEC).

También cabe la posibilidad de recurso cuando se conceda y apruebe en la totalidad la propuesta de convenio, aunque esta posibilidad está contemplada solamente para el MF y en interés de los menores o mayores con discapacidad (art. 777.8 apartado segundo LEC).

## **2.2. El procedimiento de divorcio ante Notario o ante el Letrado de la Administración de Justicia.**

Además del procedimiento judicial por el que se trata de adquirir una resolución positiva a favor del divorcio, la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862 (última actualización del 10/07/2021) contempla en su art. 54 la posibilidad de dirigirse única y exclusivamente a un Notario para acordar el divorcio, de mutuo acuerdo siempre. Esto, sin embargo, solo puede ocurrir cuando no haya hijos menores no emancipados o mayores con discapacidad. Este art. 54 se constituye en reflejo de lo dispuesto en el art. 82 del CC que extiende esta posibilidad al LAJ a su vez.

Cuando los cónyuges formalizasen los acuerdos ante el Letrado de la Administración de Justicia o Notario y éstos considerasen que, a su juicio, alguno de ellos pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados afectados, o gravemente perjudiciales para el bienestar de los animales de compañía, lo advertirán a los otorgantes y darán por terminado el expediente. En este caso, los cónyuges sólo podrán acudir ante el juez para la aprobación de la propuesta de convenio regulador (art. 90.2 CC).

### 2.3.- La mediación dentro del proceso de divorcio/separación

La mediación familiar, que es la que viene a tener importancia en el contexto de este trabajo, viene regulada por la Ley 1/2006, de 6 de abril, de mediación familiar de Castilla y León (desarrollada por el Decreto 61/2011 que aprueba el Reglamento de Mediación Familiar de Castilla y León). Esta misma Ley (de ahora en adelante LMF) esboza una definición de mediación familiar en su Exposición de Motivos que termina por completar en el Título I.

De esta forma, se entiende por mediación familiar la “intervención profesional realizada en los conflictos familiares (...) realizados por una persona mediadora cualificada (o un equipo de mediadores), neutral e imparcial, con el fin de crear entre las partes en conflicto un marco de comunicación que les facilite gestionar sus problemas **de forma no contenciosa**” (Art. 1 LMF), énfasis en resolución no contenciosa, que es lo que termina de caracterizar esta actuación que está obteniendo más y más importancia últimamente.

Los principios informadores que **caracterizan** la mediación familiar, son: (1) la libertad y voluntariedad de las partes en el conflicto, que podrán desistir en cualquier momento del mismo, así como de los profesionales mediadores; (2) igualdad de las partes; (3) confidencialidad y secreto profesional en relación a los hechos que se conozcan en el proceso mediador; (4) neutralidad e imparcialidad de los profesionales mediadores; (5) carácter personalísimo del procedimiento y (6) la de sencillez y celeridad del procedimiento.

En este sentido, podrán hacer uso de la mediación todas aquellas personas mayores de edad que no estén incapacitadas judicialmente -esto es, que no presenten una discapacidad que les impida entender la mediación y prestar su consentimiento a ella- así como menores de edad emancipados. Y se podrá acudir a la mediación familiar en aquellas materias que están sujetas a libre disposición de las partes, excluyendo expresamente los casos en que exista violencia de género (Art. 2 LMF).

Durante las sesiones de mediación, las partes se sentarán, asistidas por profesionales de la mediación familiar, para negociar aquellos aspectos que consideren oportunos de la situación que les ha llevado a contienda. En este caso, Manuela y Federico se sentarían a discutir aquellos aspectos mínimos y esenciales que requiere el Convenio Regulator del divorcio que pretenden materializar, esto es, esencialmente, las cuantías de las pensiones, el uso de la vivienda y los aspectos de la liquidación de gananciales en que hubiera disparidad de opiniones.

En el proceso mediador, las partes tienen derecho a elegir a las personas que se harán cargo de asistir las sesiones del proceso (art. 6.2.d LMF). Estos profesionales pueden ser los propios abogados. Ahora bien, es necesario hacer mención a un aspecto esencial de la figura del abogado-mediador; esto es, el abogado-mediador -que deberá cumplir con los requisitos del Título III de la Ley de Mediación Familiar para ejercer dichas funciones- tan solo podrá ejercer sus funciones como abogado en el caso de que la mediación fructifique en un acuerdo entre las partes. En este caso, el abogado-mediador podrá acudir a la autoridad judicial para materializar el acuerdo llegado en mediación en un divorcio -en nuestro caso- de mutuo acuerdo.

En el caso de que las partes no lleguen a un acuerdo, y acudan a la autoridad judicial para resolver el conflicto que se trate, el abogado que ejerció como mediador no podrá representar a ninguna de las partes por existir un conflicto de intereses.

En este procedimiento también existe la posibilidad de obtener asistencia de mediación gratuita (art. 6.2.b LMF), que estará sujeta a la cumplimentación de los requisitos recogidos por el art. 12 del reglamento que desarrolla la LMF. En concreto, en Valladolid, en estos momentos, existe una derivación generalizada a mediación gratuita en atención a convenios existentes entre la Junta de Castilla y León, los Juzgados y los mediadores.

Por su parte (art. 7 LMF), las partes deberán cumplir en todo caso con las condiciones que acuerden al inicio del proceso mediador, asistir personalmente a las sesiones de mediación y firmar el compromiso de sometimiento expreso a la mediación y el acta de sesión final. Sobra decir que las partes podrán desistir en cualquier momento del proceso, pasando a hacer efectivo un acuerdo por su propia cuenta, o acudiendo al Juzgado para que resuelva aquellos aspectos que las partes no logren zanjar por ellos mismos (art 6.2.a LMF).

### *2.3.1. El procedimiento y la validez del acuerdo*

Para iniciar el procedimiento, las partes interesadas deberán dirigirse a cualquiera de las personas inscritas en el Registro de Mediadores Familiares, que -como veníamos diciendo- puede ser su propio abogado si cumple los requisitos necesarios.

Tras una primera sesión introductoria en la que se pongan en relieve los aspectos esenciales de la mediación, se comenzará el proceso mediador como tal, que estará formado por tantas sesiones como se haya acordado al inicio de este proceso.

La terminación del proceso se puede dar por tres causas: (1) por no querer continuar con el proceso las partes; (2) por haberlo justificado razonadamente el mediador, sin haber



acuerdo y (3) por haber llegado a un acuerdo. En este último caso, si las partes decidieran iniciar -o continuar- el correspondiente proceso de mutuo acuerdo, se hará entrega a los abogados (o abogados-mediadores) de la copia del acta final para redactar el convenio y que la autoridad judicial sea conocedora de los acuerdos llegados en el proceso mediador.

Estos acuerdos, si cumplen en forma, serán plenamente válidos, pudiendo incluso primar en caso de que cualquiera de las partes impugne el acuerdo al que se llegó a través de la mediación con posterioridad a su entrada en el Juzgado. Así se pronuncia el Tribunal Supremo, como también lo hacen las Audiencias Provinciales cuando esgrimen que:

“Estos acuerdos (...) tienen carácter contractual (...). Se trata de una manifestación del libre ejercicio de la facultad de autorregulación de las relaciones privadas, que no está condicionada en su validez y fuerza vinculante entre partes a la aprobación y homologación judicial”.

(STS 1971/2012, de 15 de marzo, ECLI:ES:TS:2012:1971 siendo mencionada por la SAP Madrid 5375/2019, de 4 junio, ECLI:ES:APM:2019:5375).

Así como que “el acuerdo de mediación ha de respetarse porque se pactó entre las partes libre y voluntariamente” (SAP Pontevedra 872/2015, de 29 abril, ECLI:ES:APPO:2015:872).

### **3. Sobre las diferentes pensiones**

Aunque hayamos explicado el proceso de divorcio y manifestado que los que tienen que decidir son los cónyuges, o, en caso de discrepancia, el Juez, debemos atender a la pregunta que Manuela nos plantea sobre las posibilidades con respecto a las pensiones de sus hijos, así como de la suya propia y sobre el posible uso de la vivienda familiar. Es por eso que para poder darle una respuesta lo más certera posible debemos acudir a la doctrina que nuestro Tribunal Supremo ha venido asentando a lo largo de los últimos años, así como a apreciar el comportamiento del resto de los Tribunales con respecto a los aspectos legales que se nos plantean.

#### **3.1. El hijo mayor de edad que ha alcanzado independencia económica**

Cuando abordamos el caso de Arturo, lo primero que llama la atención es el hecho de que, efectivamente, ya no solo es mayor de edad, sino que también ha encontrado un oficio que le permite, en buenas condiciones, mantenerse de forma independiente, pues ya ha obtenido plaza fija como funcionario de prisiones trabajando para la Administración.

Debemos hacer una primera consideración para aclarar que, por el mero hecho de haber alcanzado la mayoría de edad, no se puede hablar de extinción o no reconocimiento de la pensión de alimentos. Por el contrario:

“Los alimentos a los hijos no se extinguen por la mayoría de edad, sino que la obligación se extiende hasta que estos alcancen la suficiencia económica, siempre y cuando la necesidad no haya sido creada por la conducta del propio hijo”.

(STS 5805/2008, de 5 de noviembre, ECLI:ES:TS:2008:5805, respaldada por la posterior sentencia del TS 869/2019, 12 de marzo, ECLI:ES:TS:2019:869).

Con respecto a su puesto de trabajo, si consultamos el CC nos percatamos de que los requisitos del art. 152.3 CC referentes a la extinción de la pensión alimenticia se satisfacen. Por tanto parece que no se reconocerá derecho a pensión alimenticia a favor de Arturo. Es por eso que, si queremos tratar de buscar una justificación a la pensión de alimentos que podría recibir Arturo, debemos estudiar la Jurisprudencia para analizar si el mismo tiene derecho a dicha pensión:

Es así que, indagando entre la Jurisprudencia, nos encontramos dos posturas claramente mayoritarias:

Por una parte tendríamos a la parte de la doctrina que establece un claro límite: la obtención de un determinado nivel de aptitud para entrar en el mercado laboral. Esto es, aquellos casos en los que, por el mero hecho de haber finalizado los estudios o la formación que se tratase -y previamente a la obtención de ningún tipo de salario- cumplirían los requisitos para que la pensión se extinguiese.

En esta línea encontramos la sentencia de la AP Málaga 2435/2020, de 22 de diciembre, ECLI:ES:APMA:2020:2435, que declara que de los hechos se concluye que:

“(…) aunque la hija pudiera estar en desempleo a la fecha del juicio, lo cierto es que nada obsta a que pueda encontrar trabajo y de lo actuado se desprende que si bien reside con la madre, ha accedido ya al mercado laboral siendo cuestión distinta la precariedad o dificultad en la búsqueda de empleo que en la actualidad padecen los jóvenes (…) con lo que está en condiciones de obtener ingresos para atender a sus propias necesidades de forma autónoma”.

Dentro de esta postura, nos encontramos una rama que suaviza los límites antes expuestos, llegando a poner un *cronómetro de vida* a la pensión a partir del momento en que se

completan los estudios y/o formación. Esto es, a partir del momento de conclusión de estudios, se establece un tiempo máximo para que el alimentista encuentre trabajo o, incluso – en el caso de no haber finalizado los estudios – de un tiempo máximo para que termine aquellos (SAP Cáceres 1029/2021, de 29 de septiembre - ECLI:ES:APCC:2021:1029):

“(…) el progenitor solicitaba de forma subsidiaria, respecto a la pensión de alimentos a favor de Gumersindo, un límite temporal a la misma (...), y ello porque Gumersindo se encuentra cursando el último año del Grado en Derecho, pero siendo la segunda carrera universitaria que cursa, de manera que, teniendo en cuenta dicha formación y la edad de Gumersindo, que le permite acceder al mercado laboral, procede mantener dicho límite temporal a la prestación alimenticia que viene percibiendo desde el año 2011”.

Sobra decir que esta postura negaría categóricamente una posible pensión a favor de Arturo, aun cuando esté este ayudando a su madre y resida en la misma vivienda que ella.

Al otro lado del espectro nos encontraríamos con la segunda postura, más cautelosa y mayoritaria, en contra de determinar un límite basado en la finalización de unos *meros* estudios.

Esta postura encuentra su origen en el propio Tribunal Supremo, el cual proclamó en su Sentencia de 11 de febrero de 2016 (STS 359/2016, de 11 de febrero, ECLI:ES:TS:2016:359) que la limitación temporal, la cual tiene sentido en una pensión compensatoria como estímulo en la búsqueda de ocupación laboral, “no tiene cabida en los alimentos a los hijos”.

En efecto, esta postura se centraría, al contrario que la primera, en la existencia material de unos ingresos que avalen una determinada certeza de independencia económica.

Dentro de esta ala encontramos diversos casos, como los de la hija que, a pesar de haber finalizado sus estudios de grado, no encuentra un puesto de trabajo:

“(…) para que cese la obligación de prestación alimenticia, es preciso que el ejercicio de una profesión, oficio o industria sea una posibilidad concreta y eficaz, según las circunstancias, no una mera capacidad subjetiva”

(STS 5817/2014, 21 de noviembre, ECLI:ES:TS:2014:5817, haciéndose eco de las SSTS 7562/2003, de 28 noviembre, ECLI:ES:TS:2003:7562 y 1862/1984, de 5 noviembre, ECLI:ES:TS:1984:1862).

O, por ejemplo, el del hijo que, a pesar de poseer un trabajo, este se presenta como insuficiente y/o complementario a una actividad principal de estudio o formación:

“En el presente caso, la Sentencia de Instancia entiende que una incorporación al mercado laboral, aunque sea precaria, determina la extinción de la pensión alimenticia. Sin embargo, atendido a la necesidad de sustento y alimento, dicha premisa ha de ser puntualizada, ya que una incorporación **eventual e insuficiente** para sufragarse el mínimo básico para el sustento propio, no puede entenderse como situación que determine la ausencia de necesidad del alimentista. En este sentido basta examinar la hoja laboral de la menor para comprobar cuan temporal es dicha situación (altas/bajas en el mismo día) y qué pocos periodos de efectivo empleo existen en un año, lo cual no determina pues haya cesado la necesidad de alimentos”.

(SAP Ciudad Real 564/2017, de 12 de junio, ECLI:ES:APCR:2017:564).

Este último criterio es el mayoritario entre la Jurisprudencia, apoyado por sentencias del propio Tribunal Supremo.

Aun así, teniendo en cuenta esta última y más favorable postura, Arturo continúa sin cumplir ninguno de los requisitos de ninguna de las posturas doctrinales, ni aun teniendo en cuenta que parte de sus ingresos se destinan a ayudar a su madre con las distintas cargas de la familia.

El establecimiento de una pensión a favor de Arturo es más que improbable; nos encontramos con un mayor de edad que ha encontrado un buen puesto de trabajo dentro de la propia Administración, circunstancias que permiten de sobra que Arturo se mantenga de forma económicamente autónoma.

No parece plausible afirmar que Arturo estaría en posición de obtener una pensión alimenticia, ni aun viviendo todavía en la vivienda familiar y ayudando económicamente a su madre.

### **3.2. La hija menor de edad**

Del caso de Flor hay varios puntos a destacar, que no dudaremos en analizar cuando el momento sea oportuno, pero los que más destacan son dos; la negativa de Flor, siendo

menor de edad, de ver y mantener relación con su padre, así como el hecho de que haya invertido el orden de sus apellidos, poniendo el de su madre primero.

La pregunta que debemos lanzar al aire es: ¿estos hechos unidos darían lugar a la extinción de la pensión alimenticia de Flor?

En este respecto dispone el art. 152.4.º CC que cesará la obligación de dar alimentos “cuando el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a la desheredación”.

Concepto que hay que poner en relación con el art. 853 CC, el cual prevé como justa las causas para desheredar a los hijos y descendientes -aparte de las recogidas por el art. 756 CC- la siguiente: “2.ª Haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra”.

Es interesante para interpretar este artículo la línea de pensamiento a la que se adhiere el C.C.Cat., que introduce en su art. 451-17 e) una nueva causa de desheredación: la “ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre causante y legitimario”.

En nuestro CC no ha existido tal modificación, pero sí ha habido un punto de inflexión en la STS 2484/2014, de 3 de junio, (ECLI:ES:TS:2014:2484) cuando califica el maltrato psicológico como “justa causa de desheredación”, acercándose un poco más a aquel artículo del C.C.Cat. al que hacíamos referencia.

Es así que, en la actualidad, el maltrato psicológico se comprende en la propia expresión que encierra el maltrato de obra del que habla el art. 853.2ª CC. Esta doctrina ha sido confirmada por la STS 59/2015, de 30 de enero, cuando reconoce maltrato de obra en un hijo que obligó (no por medio de la fuerza) a su madre a donarle la mayoría de su patrimonio.

Habiendo asumido estos puntos esenciales, la STS 104/2019, de 19 de febrero (ECLI:ES:TS:2019:502), centra el debate en la siguiente cuestión: para decidir si la circunstancia del art. 451-17 e) del C.C.Cat puede integrarse en el entramado legal del art. 853 del CC, se debe llegar a la conclusión de que “la falta de relación manifiesta (...) se atribuye única y exclusivamente al hijo alimentista que sea **mayor de edad**”.

En efecto, el tratamiento del supuesto que nos ocupa no será tratado de la misma forma cuando el hijo sea mayor de edad que cuando sea menor. Esto se debe a que la obligación de alimentos con respecto a los menores se trata en realidad de una serie de “deberes insoslayables inherentes a la filiación, que resultan incondicionales de inicio con

independencia de la mayor o menor dificultad que se tenga para darle cumplimiento o del grado de reprochabilidad en su falta de atención”. (SSTS 502/2019, de 19 de febrero, ECLI:ES:TS:2019:502, así como la SAP Ciudad Real 343/2022, de 18 de marzo, ECLI:ES:APCR:2022:343).

Es por eso que la falta de relación manifiesta entre padre e hija como causa para poder denegar la pensión de alimentos debe ser probada e imputable a esta última, eso sí, cuando esta sea mayor de edad.

En base a esto no podemos sino concluir diciendo que la pensión alimenticia de Flor debe reconocerse. Cosa distinta es que, una vez supere la mayoría de edad, si continúa sin mantener relación alguna con el padre, la extinción de estos alimentos podría plantearse por el padre, Federico, mediante una modificación de medidas por falta de relación entre padre e hija, o, más certeramente, por “maltrato de obra” imputable exclusivamente a Flor.

### **3.3. La hija mayor de edad con discapacidad**

Cuando nos detenemos a observar y analizar la problemática que envuelve la vida de Noelia, nos encontramos con un caso complicado que requiere de un análisis concreto y certero de la casuística que genera la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Lo cierto es que, a ojos del Tribunal, no pueden asemejarse todas las discapacidades independientemente de su grado, sino que hay que evaluar las circunstancias de la persona con discapacidad en concreto.

De esta forma y a modo de ejemplo: no nos encontramos en el mismo caso cuando comparamos una esquizofrenia residual, caracterizada por manifestaciones leves de síntomas de menor magnitud (experiencias perceptivas poco habituales o creencias extrañas) que cuando nos enfrentamos con una esquizofrenia catatónica, en la que se puede presentar inmovilidad (denominada catalepsia), así como mutismo, adopción de posturas extrañas o movimientos estereotipados, muecas abundantes y otra serie de exteriorizaciones que no corresponden analizar en el grueso de este trabajo.

Lo que sí debemos concluir con respecto a las últimas líneas del párrafo anterior es que no es comprensible, y así lo entiende el Tribunal Supremo, tratar todos los tipos de discapacidad de la misma forma. Para diferenciar su tratamiento y la doctrina del Tribunal Supremo o las resoluciones de las distintas Audiencias o Juzgados, es práctica extendida por estos la de atender al grado de discapacidad que se les haya atribuido (con respecto al procedimiento para declarar y certificar el grado de discapacidad, debemos referirnos al Real

Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad).

Así pues, lo primero que debemos apreciar es que, como ya decíamos con el caso de Arturo, los alimentos debidos no se extinguen, no cesan por el mero hecho de llegar a la mayoría de edad, sino que se mantendrían siempre y cuando exista necesidad por parte del alimentante y esa necesidad no sea fruto de su propia conducta.

Efectivamente, el Tribunal Supremo en su sentencia de 5 noviembre de 2008 (RJ 991/2008) aclara que esta obligación, además, “se prolonga más allá de la mayoría de edad de los hijos en aquellos casos como el presente en que un hijo discapacitado sigue conviviendo en el domicilio familiar y carece de recursos propios”.

En este punto, no encontramos ningún elemento diferenciador con respecto a cualquier hijo mayor de edad sin ningún tipo de discapacidad: una vez se haya pasado la mayoría de edad, si hay una cierta necesidad no provocada por el propio alimentante, y se continúa viviendo en el domicilio familiar, y en el supuesto de que no existan justas causas de extinción de pensión alimenticia o de desheredación por extensión del art. 152.4 CC, habrá pensión para todo hijo mayor de edad, independientemente de que tenga o no una discapacidad.

Cuestión distinta es la posibilidad de mantener en el tiempo esta pensión, que podrá ser más extenso en el caso de un hijo mayor de edad con discapacidad. Al mayor de edad sin discapacidad se le acabaría poniendo un límite temporal, o, en el peor de los casos, se acabaría extinguiendo si no finaliza sus estudios en un periodo de tiempo catalogado como “aceptable” -entre otras causas que comentábamos en el correspondiente apartado dedicado a su estudio- es decir, la pensión de este hijo mayor se sujeta a una previa expectativa de autonomía.

Por el contrario, en el caso de la persona mayor de edad con discapacidad, afectado por deficiencias mentales, intelectuales y/o sensoriales, que requiere de unos cuidados no solo personales, sino también económicos, junto con una dedicación casi exclusiva o incluso extrema en determinados casos, se sujeta el mantenimiento de una pensión de alimentos a que esa misma situación de necesidad se siga manteniendo, es decir, mientras carezca de recursos económicos para su propia manutención (STS 5805/2008, de 5 noviembre, ECLI:ES:2008:5805):

“La situación de discapacidad de un hijo mayor de edad no determina por sí misma la extinción o la modificación de los alimentos que los padres deben prestarle en juicio matrimonial y deberán equipararse a los que se entregan a los menores mientras se mantenga la convivencia del hijo en el domicilio familiar y se carezca de recursos”.

En este aspecto entra en juego el grado de discapacidad de una persona, que ayuda al Juzgador a hacerse una idea sobre la posibilidad material de que un hijo tenga expectativas reales de trabajo en su vida.

Así, y aunque no podemos resolver en base a un número determinante del porcentaje de discapacidad de una persona, lo cierto es que la tendencia de los Tribunales puede resumirse, muy cautelosamente y sin llegar a una conclusión absoluta, de la siguiente manera:

- a) Con una discapacidad menor al 49% parece que los juzgadores admiten la posibilidad del mayor de edad con necesidades especiales para entrar en el mercado laboral (STS 3441/2015, de 17 julio, ECLI:ES:2015:3441);
- b) Mientras que por otro lado nos encontraríamos los casos en que no se podría admitir como plausible la entrada en el mercado laboral del mayor de edad discapaz, esto es, cuando concurre en el mismo un grado de discapacidad de más de un 65% (STS 2622/2014, de 7 julio, ECLI:ES:TS:2014:2622);
- c) Por último nos ubicaríamos en el rango delimitado por los dos límites anteriores (50% - 64%), en que la decisión varía demasiado en función de las circunstancias concretas del caso como para poder llegar a una conclusión inequívoca.

### *3.3.1 La complementariedad entre pensión alimenticia y prestación por invalidez*

Toda esta teoría jurisprudencial entró de nuevo en debate cuando se añadió un nuevo elemento a la ecuación; ¿sería aún válida la pensión alimenticia cuando el Estado prevé y otorga una pensión por invalidez que le permite tener sus necesidades cubiertas?

Este debate se planteó en la Sala del TS, en su decisión 2622/2014, 7 de julio (ECLI:ES:TS:2014:2622), donde el Tribunal valoró con respecto a la doble existencia de una pensión alimenticia y otra de invalidez que:

“La situación de discapacidad de un hijo mayor de edad, pese a que pueda convertirle en beneficiario de una pensión no contributiva por invalidez, no determina por sí misma la extinción o modificación de los alimentos que los padres deben prestarle, que deberán



equipararse a los que se entregan a los menores mientras continúe conviviendo en el domicilio familiar y carezca de recursos y, aun cuando el hijo puede recibir ayudas por parte de la administración”.

En todo caso, esgrimía la sentencia, lo que no era plausible era la admisión de que fueran los poderes públicos los que carguen en su seno con la responsabilidad de mantenimiento del hijo con discapacidad, pues tendrán que ser sus progenitores los cuidadores principales. Y eso independientemente de las distintas instituciones que existan para hacer más llevadera esta responsabilidad. (SSTS 667/2016, de 14 de noviembre, ECLI:ES:2016:667 y STS 4371/2017, 13 diciembre, ECLI:ES:TS:2017:4371).

El Tribunal, en esta sentencia que mencionamos, termina estimando el recurso de casación impuesto por la representación del hijo con discapacidad, manteniendo la pensión alimenticia que venía percibiendo hasta entonces y aclarando que, además, debía afrontar el padre el 50% de los gastos de formación y sanidad no cubiertos por la Seguridad Social. Concluyendo de nuevo que en situaciones especiales “la situación de un hijo discapacitado mayor de edad debe equipararse a la de un menor de edad, e incluso de una manera más beneficiosa a aquel debido a que sus necesidades son mayores”.

Todo este entramado argumentativo nos permite concluir que parece seguro que se le reconocería la pensión a Noelia aun cuando existe una prestación por invalidez. Los progenitores a través de acuerdo, o el juzgador, en ausencia de acuerdo, determinarán si esa pensión puede ser o no aumentada en virtud de las diversas necesidades de Noelia.

### *3.3.2. Delimitación temporal de la pensión alimenticia*

Otra pregunta muy interesante sería la de la determinación temporal de esta pensión. Según lo sentenciado por el TS, concluimos que la pensión debe proseguir mientras la situación de necesidad se mantenga. Así pues, la pregunta que debemos hacernos es la siguiente, ¿cuándo entenderemos que la situación de necesidad cesará para Noelia?

Esta pregunta encierra más complejidad de la que de un inicio podemos intuir. El TS, en las múltiples sentencias que hemos expuesto, ya determinó que para una persona con tal grado de discapacidad no resulta previsible su entrada en el mercado laboral. Teniendo esto en cuenta, sumándole que una pensión alimenticia a favor de una hija mayor de edad con discapacidad puede coexistir con una pensión de incapacidad, la única respuesta posible es que esta situación de necesidad nunca cesará. La discapacidad de Noelia es de carácter

permanente, sin expectativas de mejora, de lo que se intuye que la pensión a su favor se fijará con carácter indefinido.

### **3.4 Sobre el abono directo de la pensión de alimentos a cuenta de los hijos**

El motivo de esta situación, en la que se pide al otro cónyuge una cuenta para ingresar el dinero directamente a la cuenta de los hijos, radica en la mayoría de los casos en la desconfianza por parte del alimentante de gestión del importe de la misma por parte del otro progenitor custodio de los hijos mientras fueron menores. No obstante, alegar dicho motivo no determina necesariamente la aceptación por parte de los tribunales de entregar la pensión directamente al hijo mayor de edad.

La obligación de abono de pensión de alimentos se encuentra relacionada con la situación de convivencia con el progenitor y, aunque se fijan teniendo en cuenta el interés del hijo, **se abonarán a su progenitor**. La pensión alimenticia se fija para sufragar las necesidades de los hijos y, por tanto, los gastos de estos generados como consecuencia de la convivencia, por lo que resulta lógico pensar que deberá ser el progenitor que conviva con éste quien deberá administrar tales cantidades, pues quien está siendo repercutido de forma directa con estos gastos.

La cuantía, el modo de pago y las cuestiones relativas a la pensión de alimentos quedarán fijados en la sentencia de separación, divorcio o en el convenio regulador correspondiente al mismo. Por ello, no podrán modificarse de forma unilateral y sólo será posible el pago de la pensión directamente a los hijos mayores de edad cuando:

- a) Exista acuerdo entre los progenitores.
- b) Se permita modificación de medidas tras resolución por parte del órgano jurisdiccional de no existir tal acuerdo.
- c) En aquellos casos en los que el hijo mayor de edad haya ejercitado por sí mismo el derecho de recibir alimentos.

Por ende, la pensión de alimentos a hijos mayores de edad deberá ser entregada a su progenitor, a pesar de que esto pueda crear desconfianza por parte del alimentante sobre la gestión y destino del importe.

### **3.5. El caso concreto del reconocimiento a la esposa de pensión compensatoria**

Lo primero que debemos tener en cuenta es que la pensión compensatoria es una prestación singular que está “notoriamente alejada a la prestación alimenticia -en cuanto que, a diferencia de esta, no atiende al concepto de necesidad” (STS 4821/2009, de 17 de julio, ECLI:ES:TS:2009:4821). Efectivamente, en la compensatoria “no hay que probar la existencia de necesidad, toda vez que el cónyuge más desfavorecido en la ruptura puede ser acreedor de una pensión aun teniendo medios suficientes para mantenerse por sí mismo” (STS 104/2014, de 20 de febrero, ECLI: ES:TS:2014:851). Lo que sí debe probarse siempre es la existencia de un cierto empeoramiento económico a raíz de la separación/divorcio.

Es así que, respondiendo a la preocupación que Manuela manifiesta, referida a la posible pérdida de una pensión compensatoria por estar ejerciendo un trabajo, también se ha pronunciado el TS, como vemos, aclarando que el hecho de que uno de los esposos sea independiente económicamente no desvirtúa el derecho de ese mismo esposo para pedir y obtener una pensión compensatoria (sentencias párrafo anterior).

A partir de la STS 864/2010, de 19 de enero, la jurisprudencia del TS ha sido constante y reiterada con respecto a la pensión compensatoria, fijando los elementos esenciales para ser reconocida a favor del cónyuge perjudicado por separación/divorcio:

Hemos de tener en cuenta, primeramente, que a lo que realmente responde la pensión compensatoria es a un efectivo desequilibrio económico que tiene como causa directa la separación o divorcio de los que eran cónyuges (no nulidad, pues en estos casos lo que puede surgir es un derecho de indemnización, art. 98 CC). Esto no significa que un mero desequilibrio económico posterior (una simple diferencia en cuanto a los ingresos) sea suficiente para establecer una pensión compensatoria a favor del cónyuge menos capaz económicamente, pues habrá que estar a la causa de ese cierto desequilibrio económico.

De lo que se trata, es de colocar al cónyuge más perjudicado (aun sin estar perjudicado en su día a día) en una situación económica semejante a la que hubiese existido de no haber mediado la relación o vínculo matrimonial, así como compensar las labores de ese mismo cónyuge desfavorecido durante el matrimonio, esto es:

“[R]establecer el equilibrio y no ser una garantía vitalicia de sostenimiento, perpetuar el nivel de vida que venían disfrutando o lograr equiparar económicamente los patrimonios, porque no significa paridad o igualdad absoluta entre estos”.

(STS 104/2014, de 20 de febrero, ECLI: ES:TS:2014:851)

Lo que termina por legitimar al cónyuge más perjudicado por la situación de desequilibrio económico a la que hemos estado haciendo mención para solicitar pensión compensatoria, es que este mismo desequilibrio tenga como origen una pérdida de derechos económicos o “legítimas expectativas” para este -normalmente como consecuencia a su mayor dedicación al cuidado de la familia- y los cuales no habrían tenido lugar de no haber existido el vínculo matrimonial:

“[L]o que legitima que el cónyuge más desfavorecido por la situación de desequilibrio económico producida por la ruptura pueda instar su compensación mediante una pensión a cargo del cónyuge menos desfavorecido, es que tal desequilibrio traiga causa de la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas por parte del cónyuge más desfavorecido por la ruptura, a consecuencia de su mayor dedicación al cuidado de la familia, (...).”

(STS 5570/2011, de 22 de junio, ECLI:ES:TS:2011:5570)

Lo que no puede ocurrir nunca es que se argumente que la pensión compensatoria tiene por finalidad enmendar la disminución del nivel de vida que conlleva toda ruptura de convivencia. Llegando a entender que su función es la de permitir al cónyuge más desfavorecido seguir manteniendo un nivel económico similar al que disfrutaba durante el matrimonio. Este razonamiento nunca pasaría los filtros de la jurisprudencia del TS. El origen de estos desequilibrios no radica en la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas.

Estas legítimas expectativas o derechos económicos se contienen en las siguientes posibilidades, razonando inversamente los argumentos de la STS 7588/2011, de 14 de abril (ECLI:ES:TS:2011:7588):

1ª.- “La esposa no ha experimentado ningún perjuicio económico por haber contraído matrimonio...”. De lo que se deduce que un requisito sería haber sufrido una pérdida de oportunidad económica por haberse casado.

2ª.- “La dedicación a la familia no le ha impedido trabajar de forma habitual...”. De lo que concluimos que otro requisito sería haber dedicado tiempo a la familia que podría haber empleado en efectuar una actividad laboral remunerada.

3ª.- “El divorcio no le ha ocasionado ninguna pérdida de oportunidad laboral”. Razonando de forma paralela, sería requisito haber perdido una oportunidad laboral por haberse divorciado.

Así pues, teniendo en cuenta que Manuela dejó de lado sus estudios -de los que le faltaba un solo año para completar- para dedicarse al cuidado de su familia (motivos 1º y 2º), renunciando expresamente a un salario propio y ligando la satisfacción de sus necesidades económicas al poder económico de su marido, no puede negarse que dicho desequilibrio económico tiene como origen el matrimonio pues, de no haberse producido, sus estudios le habrían aportado los conocimientos y aptitudes necesarias para acceder al mercado laboral (legítimas expectativas).

Ahora bien, con respecto a la cantidad que, en atención a la situación de Manuela se debe fijar. Si no existe conformidad, será el Tribunal el que deberá tener en cuenta para su cuantificación, fijación y determinación los términos del art. 97 CC.

De esta manera, la STS 864/2010, de 19 enero, así como la resolución de la misma Sala 8302/2012, de 17 de diciembre (ECLI:ES:TS:2012:8302), nos advierten que estos factores no solo tienen la función única de fijar la cuantía de la pensión, sino que deberán también “actuar como elementos integrantes del desequilibrio”. Esto es, si han existido actuaciones o hechos que deben asumirse como causantes de desequilibrio, tendrán que -también- aparecer reflejados en el cálculo para el que se utilizan los criterios del art. 97 CC.

Doctrina que, lejos de ser desconocida, ha sido aplicada por los Tribunales de forma persistente desde su instauración: desde las sentencias del Tribunal Supremo de 10 octubre de 2011 (RJ 720/2011) y de 16 de noviembre (RJ 719/2012), hasta sentencias actuales como la 2178/2022, de 30 mayo (ECLI:ES:TS:2022:2178) o 1759/2022, de 4 de mayo (ECLI:ES:TS:2022:1759):

“De este modo, las circunstancias contenidas en el art. 97.2 CC tienen una doble función: a) actúan como elementos integrantes del desequilibrio (...), y b) una vez determinada la concurrencia del mismo, actuarán como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión”.

(STS 4481/2022, 28 de noviembre, ECLI:ES:TS2022)

Así pues, el juez, una vez oído el asunto deberá estar en disposición de pronunciarse, además de sobre si se ha producido un desequilibrio generador de pensión compensatoria y de la cuantía de la misma, “deberá decidir (...) si la pensión es definitiva o temporal” (de nuevo STS 4481/2022, de 28 de noviembre).

#### **4. Sobre el uso de la vivienda por parte de la esposa y sus hijas**

En lo que podemos considerar un primer estudio de la ley en lo que al uso de la vivienda se refiere, en virtud del art. 96 CC, el uso de la vivienda se alargaría el tiempo estrictamente necesario para atender las necesidades del hijo mayor de edad con discapacidad.

Teniendo en cuenta que, en el caso que se nos presenta, la discapacidad de Noelia supera el 75%, y que no parece haber previsión -cercana o lejana- de recuperación o mejoría, podríamos llegar a la conclusión -por extensión del razonamiento hecho en el párrafo anterior- de que el uso de la vivienda por ella y su madre, que se encarga de ella, se alargaría de forma paralela a la vida de Noelia, esto es, indefinidamente.

Sin embargo, y nada más lejos de la realidad, esta postura no es la que adopta el Supremo, así como las distintas Audiencias Provinciales, que optan por poner un límite temporal a dicho uso. Lo cual parece lógico, pues mantener la privación del uso a uno de los propietarios de la vivienda por tiempo indefinido parece, a pesar de la complejidad de la situación, ‘injusto’.

En concordancia, reconoce el TS en sentencia de 19 de enero (STS 113/2017, ECLI:ES:TS:2017:113) varios puntos:

Primero -dado el acuerdo de separación al que se acogieron los cónyuges-, el Tribunal se reafirma en que “el uso de la vivienda puede ser privativo a favor de uno solo de los cónyuges”, en este caso Manuela, “incluso en aquellos casos en que la vivienda fuere privativa del otro”. En el caso que se nos presenta, en que se comparte la propiedad, es claro que también será así, esto es, que -a pesar de estar la propiedad de la casa repartida a partes iguales, al ser Manuela el progenitor custodio, es acorde a la doctrina del TS que esta se mantenga en dicha posesión privativa.

Segundo, y más importante en relación con el caso que nos atañe, la Sala, en misma sentencia, esgrime que el hecho de que el mayor de edad que tenga una circunstancia grave de salud mental “le hace acreedor de la misma protección que al hijo menor de edad de cara a atribuir la vivienda”, respaldando jurisprudencialmente el grueso del art. 96 CC.

Esta postura es también compartida por otras sentencias (SSTS 659/2011, de 10 octubre o 3985/2011, de 21 de junio, ES:TS:2011:3985), afirmando, en este sentido, que los hijos mayores con discapacidad deben ser equiparados a los menores, ya que su interés también resulta el más necesitado de protección.

A favor, y añadiendo peso a la importancia de esta interpretación, encontramos la necesidad de protección que fue acordada en la Convención Internacional de los Derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, ratificada por Instrumento de 23 de noviembre de 2007, y en la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Parece no haber lugar a muchas dudas en este respecto.

Ahora bien, esta limitación temporal del uso de la vivienda solo se dará en aquellos casos en que sea verdaderamente necesitado por el hijo mayor con discapacidad. La STS 113/2017, de 19 enero (ECLI:ES:TS:2017:113), arroja luz a este respecto al afirmar que **“el interés superior del menor**, que inspira la medida de uso de la vivienda familiar, **no es en todo caso equiparable al del hijo mayor con discapacidad** en orden a otorgar la especial protección que el ordenamiento jurídico dispensa al menor”, sino que está se graduará **“según el grado de discapacidad”** del hijo mayor.

Sentencias como las que se han impreso en estas páginas, son ejemplos de casos en los que el uso de la vivienda se acabó delimitando a un límite temporal por haber una discapacidad en juego mayor al 75%, en algunas incluso menores a ese porcentaje (STS 113/2017, de 19 de enero, ECLI:ES:TS:2017:113, y otras que exponemos en el siguiente párrafo). En todo caso, y sabiendo que la discapacidad de Noelia supera el 75% (79%), podemos llegar a la conclusión de que su situación será equiparable a la especial protección de los menores con respecto al uso de la vivienda.

Adicionalmente, esta sentencia refleja que, en el caso de optarse por la liquidación de los gananciales, y por ende de la vivienda, parece razonable establecer una pensión mayor a razón de los nuevos gastos en que incurrirán aquellos miembros de la familia, que hacían vida cotidiana en el seno de la vivienda familiar, en base a la nueva vivienda que necesitarán para satisfacer sus necesidades básicas de techo y cama.

Aunque algunas de estas sentencias establecen un periodo concreto de tiempo, es práctica también habitual que por las Audiencias Provinciales y resto de Juzgados la limitación del uso de la vivienda hasta el momento en que se liquida la sociedad de gananciales, en caso de darse. Algunos casos concretos son los de la SAP de Jaén (1735/2021, de 15 de diciembre, ECLI:ES:APJ:2021:1735) o la SAP Álava 987/2019.

El factor determinante que hará decantarse al Juzgado que corresponda para delimitar temporalmente o no el uso de la vivienda, es el hecho de que Flor es aún menor de edad.

El límite **mínimo** de atribución del uso será, por tanto, la mayoría de edad de la hija menor.

A modo de conclusión, y teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso que nos ocupa, podemos decir que, acorde a la problemática, algunas de las opciones que tendría Manuela serían las siguientes:

a) Por un lado tenemos la opción de establecer un límite temporal del uso de la vivienda para el momento en que se liquiden los gananciales de los cónyuges, o en otro momento que se acuerde entre ellos. Momento en el cual, dependiendo de la situación concreta de cada una de las hijas y de Manuela, se podría ver aumentada la pensión de estas, en caso de necesitarse.

b) En virtud de las negociaciones de Convenio regulador, podría llegar a plantearse la posibilidad de adquirir la vivienda por Manuela -ya que mostraba tal interés en el supuesto de hecho- abonando el esposo la pensión compensatoria en parte o en su totalidad con la entrega de la parte de la vivienda que le corresponde en liquidación como pago en especie único. Todo esto en virtud del art. 99 CC, que permite la conversión de “la pensión fijada judicialmente o por convenio regulador (...) por la constitución de una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o **la entrega de un capital en bienes** o en dinero”. Esto, dice el CC, puede hacerse “en cualquier momento”, procesalmente hablando.

Se liquidarían los gananciales y la parte de la vivienda que corresponda al esposo, se entregaría a la esposa como pago único o parcial de su pensión compensatoria. En cualquier caso, habrá que estudiar las repercusiones fiscales de esta medida, puesto que la liquidación de sociedad de gananciales está exenta del ITPAJD, pero esta transmisión no.

#### **4.1 La sustitución de la pensión compensatoria por un bien inmueble y su repercusión fiscal**

Sobre este tema se pronuncia la Dirección General Tributaria, contestando a la consulta V0779-13, de 13 de marzo, donde se hace referencia a un divorcio en el que se fija pensión compensatoria, aprobada judicialmente, a favor de la esposa. Esta pensión se paga mediante la entrega de un bien inmueble (vivienda). Es decir, nos encontramos ante un supuesto idéntico al caso que se podría dar en caso de que Manuela siga teniendo interés por obtener la casa en vez del ingreso de capital en concepto de pensión compensatoria.

En este sentido la consulta establece que “las pensiones compensatorias a favor del cónyuge y las anualidades por alimentos, con excepción de las fijadas en favor de los hijos



del contribuyente, satisfechas ambas por decisión judicial, podrán ser objeto de reducción en la base imponible”.

La Dirección General del Tributo tiene en cuenta la existencia el art. 99 del CC, por la que se puede intercambiar la usual entrega de dinero por la entrega de un bien inmueble. Declarando que “esta Dirección General viene manteniendo el criterio que la sustitución a que hace referencia el artículo 99 del Código Civil permite aplicar la reducción por pensión compensatoria del artículo 55 de la Ley del Impuesto”.

Esto conllevaría consecuencias para Federico, que deberá declarar una ganancia o pérdida, sobre lo que no profundizaremos por no ser objeto de estudio de este trabajo las repercusiones para Federico.

Con respecto a Manuela (cónyuge perceptor), el art. 17.2.f) de la Ley del IRPF establece que “tendrán la consideración de rendimientos de trabajo, las pensiones compensatorias recibidas del cónyuge”.

Por lo que “la sustitución de una pensión compensatoria por la entrega de un bien inmueble en ningún caso desvirtúa su calificación como rendimientos del trabajo para su receptor”, si bien tendrá la consideración de rendimiento de trabajo en especie por recibirlo en un pago único.

Así pues, Manuela debería hacer frente a un cargo económico por la atribución de la vivienda (atendiendo a las tablas de la Ley del IRPF), pero sería de aplicación una reducción del 40% en virtud del art. 18.2 de la LIRPF. En cualquier caso, habría que estudiar que declaración sería mas beneficiosa para Manuela, si la regular por los pagos periódicos en concepto de pensión compensatoria o esta por pago único por la cesión de la vivienda.

## **5. El procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales**

### **5.1 El momento de disolución de la sociedad de gananciales**

El primer punto en el que debemos detenernos, antes de analizar el proceso de liquidación de la sociedad de gananciales del matrimonio entre Manuela y Federico, es el momento en el que se produce la disolución de dicho régimen.

Los únicos casos en que la disolución se materializaría serían los de los arts. 1392 y 1393 CC, esto es:

- a) Por disolverse el matrimonio (divorcio)

- b) Por declararse la nulidad del matrimonio
- c) Por acordarse la separación legal de los cónyuges, y
- d) Por acordarse un régimen económico distinto durante la vigencia del matrimonio

De esta forma, el CC parece sugerir que, en el caso que nos ocupa, el momento de disolución del matrimonio coincide con la publicación de la sentencia de divorcio, por no haberse concretado la previa separación de hecho. Lo que es más, los arts. 1393.3º y 1394 CC rechazan expresamente la separación de hecho, si es por tiempo inferior a un año, como causa de disolución de la sociedad de gananciales.

Sin embargo, la realidad es distinta, pues nuestro Tribunal Supremo acoge la separación de hecho prolongada en el tiempo y mutuamente aceptada como momento en que la sociedad de gananciales puede considerarse disuelta. Así lo afirma el TS cuando asegura que (STS 1381/2022, de 5 de abril, ECLI:ES:TS:2022:1381):

“Cuando media una separación de hecho seria y prolongada en el tiempo, no se integran en la comunidad (...) bienes adquiridos con el propio trabajo e industria de cada uno de los cónyuges y sin aportación del otro”.

(doctrina del TS por sentencia 2755/2015, de 6 de mayo ECLI:ES:TS:2015:2755).

Esto es a su vez matizado por la misma sala en las SSTs 1723/2019, de 28 de mayo y 2951/2019, de 27 de septiembre (ECLI:ES:TS:2019:1723 y ECLI:ES:TS:2019:2951 respectivamente), las cuales esgrimen que:

“Esta doctrina (...) no puede aplicarse de un modo dogmático y absoluto, sino que requiere un análisis de las circunstancias del caso (...) la separación debe ser duradera y mutuamente consentida”.

Estos extremos son de nuevo concretados por la STS 1381/2022, de 5 de abril, declarando que “la sentencia no declara la retroacción de la disolución de la sociedad de gananciales por el mero hecho de que el esposo se marchara del domicilio familiar (...)” sino que son necesarios **“actos propios, libres, palmarios y efectivos de ambos cónyuges que muestran una voluntad separativa personal y patrimonial”**, como es la vinculación del uso de la vivienda a uno de los esposos, la desvinculación de cuentas bancarias, o incluso el reparto de tiempo con los hijos, para poder retrotraerse la disolución al momento de la separación de hecho.

De esta manera, el caso de Manuela y Federico deja poco lugar a la duda: dada la separación personal y económica que resulta del comportamiento de ambos cónyuges, podemos afirmar que nos encontramos ante una separación fáctica con desvinculación personal y patrimonial que cumple con los requisitos de la reiterada doctrina del TS.

Así pues, si la liquidación se pacta en el convenio y se llega a un acuerdo de que la fecha de disolución puede retrotraerse a la fecha de separación de hecho, que se considerará fecha de disolución aquella. Si nada se dice sobre la fecha de disolución, se tendrá en cuenta la fecha de divorcio. Por último, si no se llega a un acuerdo, el divorcio se tramitará por vía contenciosa, donde las partes deberán debatir y probar esta circunstancia para que el Juez decida si se aplica la regla general de disolución al momento de la sentencia o de retroacción de los efectos de la disolución al momento en que se produjo la separación de hecho.

Una vez se produce la disolución del régimen económico del que ambos cónyuges gozaban, y hasta que se produzca la liquidación, se produce lo que se llama la “*comunidad post-ganancial*”, la espera de su liquidación.

## **5.2 La liquidación de gananciales de mutuo acuerdo**

En caso de existir acuerdo, estaremos ante tres posibilidades. En primer lugar, los cónyuges pueden acudir ante un notario para elevar a escritura pública la liquidación de la sociedad de gananciales. En segundo lugar, los cónyuges podrían incluir la liquidación de la sociedad de gananciales en el propio Convenio Regulador de divorcio. Por último, las partes podrían alcanzar un acuerdo en sede judicial, en el juicio de liquidación de la sociedad de gananciales.

En el caso de no existir acuerdo, la liquidación de gananciales contenciosa, simplificándola, tratará -en primer término- de apreciar o no la existencia de bienes gananciales (fase de formación de inventario). Tras lo cual, y de existir estos, se tramitará otro proceso para tratar de distribuirlos a partes iguales (fase de avalúo y reparto).

Es importante aclarar que, en caso de no presentarse en sede judicial, el pacto tendrá efectos entre las partes por cumplir (si los cumple) con los requisitos de los pactos privados *inter-partes*. Eso sí, si se quiere que dichos acuerdos tengan validez frente a terceros, en lo que a bienes inmuebles se refiere, habrá de inscribirse en el Registro de la Propiedad. Y para ello será necesario la protocolización de la liquidación por resolución judicial o escritura notarial

En este acuerdo deberán incluirse, en todo caso; un inventario del conjunto activo (muebles e inmuebles) y pasivo de la sociedad con sus respectivas cargas y que la mitad del saldo resultante se atribuye a cada uno de los cónyuges (con la relación de bien-cuantía detallada).

Estos puntos los detallaremos más detenidamente a continuación, al estudiar el caso de que no se llegue a un acuerdo a la hora de liquidar la sociedad de gananciales.

En el caso de que los cónyuges hayan logrado llegar a un acuerdo para liquidar el patrimonio común, no será necesario acudir al proceso de liquidación de sociedad de gananciales, pues su desarrollo en el convenio regulador y posterior aprobación judicial con la sentencia de divorcio es documento suficiente para acceder al Registro de la Propiedad. Cosa distinta es que, a pesar de la existencia del acuerdo en el divorcio, uno de los cónyuges decida acudir al proceso solicitando la liquidación judicial del patrimonio por incapacidad de llegar a un pacto sobre el contenido o reparto de los gananciales.

### **5.3 El proceso liquidador por falta de acuerdo**

Si no se ha logrado llegar a un acuerdo y se opta por acudir a la vía judicial, estaríamos ante la liquidación de la sociedad de gananciales de los arts. 806 y ss. de la LEC.

Para seguir este procedimiento será competente (art. 807 LEC) el Juzgado de Primera Instancia que haya conocido -o hubiese tenido la competencia para conocer- del divorcio (en nuestro caso).

La solicitud de inventario puede presentarse en varios momentos. Puede solicitarse desde que se admite a trámite la demanda de divorcio, separación o nulidad (divorcio en nuestro caso), o iniciado el proceso de disolución del régimen económico matrimonial. Este inventario podrán incluso pedirlo los herederos (art. 808.1 LEC).

Con esta solicitud deberán aportarse, los documentos que justifiquen las partidas incluidas en la propuesta (art. 808.2 y 3 LEC).

De esta manera, el inventario se dividirá ente el activo y el pasivo de la sociedad (Art. 1396 CC).

Entre el activo deberán incluirse (art. 1397 CC):

a) Los bienes gananciales **en el momento de la disolución;**

- b) El importe actualizado del valor que tenían los bienes al ser enajenados por negocio ilegal o fraudulento si no hubieran sido recuperados, y
- c) El importe actualizado de las cantidades pagadas por la sociedad que fueran de cargo de un solo cónyuge y en general las que constituyen créditos de la sociedad contra este.

Por el contrario, el pasivo deberá estar integrado por las siguientes partidas (art. 1398 CC):

- a) Las deudas pendientes a cargo de la sociedad;
- b) El importe actualizado del valor de los bienes privativos cuando su restitución deba hacerse en metálico por haber sido gastados en interés de la sociedad (lo mismo aplicaría a los deterioros), y
- c) El importe actualizado de las cantidades que, habiendo sido pagadas por uno solo de los cónyuges, fueran de cargo de la sociedad (así como los créditos de los cónyuges contra la sociedad).

Tras la solicitud de inventario en la que deberán incluirse las partidas anteriores, el LAJ señalará día y hora en el plazo de 10 días máximo para que se proceda a dicha formación de inventario, especificando día y hora (art. 809.1 LEC).

En caso de que cualquiera de los cónyuges faltase sin causa justificada, se le tendrá por conforme con respecto a lo propuesto por el otro cónyuge que sí haya comparecido (art. 809.3 LEC). En este caso, así como cuando se llegue a acuerdo, se consignará el acuerdo en el acta y se dará por concluido el acto.

En el caso de que no existiera acuerdo, se cita a las partes a juicio verbal para resolver exclusivamente sobre las partidas en desacuerdo. La sentencia deberá resolver sobre todas las cuestiones suscitadas, así como los conflictos que se pudiese suscitar por la inclusión o no de cualquier concepto en el inventario.

Finalmente, concluido el inventario y firme la resolución que fechó la disolución de la sociedad de gananciales, cualquiera de los cónyuges podrá solicitar la liquidación: avalúo y reparto (art. 810.1 LEC).

Admitida a trámite la nueva demanda, el LAJ señalará en el plazo máximo de 10 días día y hora en las que se tendrá que comparecer para alcanzar un acuerdo (art. 810.3 LEC). En caso de no llegar a un acuerdo, se designará contador y, si es necesario, peritos, para la práctica de las operaciones divisorias (art. 810.5 LEC).

En todo caso, la incomparecencia tendrá el mismo trato y efecto que tenía en la formación de inventario.

El contador partidario deberá presentar propuesta de valoración y reparto de los bienes y cargas que constituyen el activo y el pasivo de la sociedad de gananciales, de la que se dará traslado a las partes. En el caso de conformidad de ambos se aprobará este cuaderno por el Juzgado. Si existiera disconformidad se citará a las partes a juicio verbal y, tras los trámites oportunos, se dictará sentencia aprobando o modificando la propuesta del contador en atención a las pruebas practicadas.

## **6. Conclusión**

Este trabajo ha tenido como finalidad explicar lo que ocurre durante el proceso de divorcio, con un especial enfoque en que -al menos en principio- este sería de mutuo acuerdo. Aún así, hemos tratado de analizar qué ocurriría en aquellos casos en que no se lograra ese esperado “mutuo acuerdo”, pasando a desarrollar la forma que se tramitaría en ese caso el procedimiento de divorcio, esta vez contencioso.

Como hemos podido ver, hay varios momentos en que este mutuo acuerdo podría desestabilizarse; desde los puntos correspondientes a las pensiones (tanto alimenticias como compensatoria), pasando por el uso que se puede llegar a acordar sobre la vivienda familiar, y hasta llegar a la liquidación de los bienes adquiridos por los cónyuges en la sociedad de gananciales en que se casaron.

En todos estos puntos, aunque lo preferido sería el mutuo acuerdo, el divorcio podría pasar a su forma contenciosa, pasando a haber un mayor control judicial de los sucesos relevantes para llegar a una conclusión, judicial en este caso.

Con respecto a esto, lo cierto es que, atendiendo a la teoría exclusivamente, no está clara la situación: ¿Sería mejor llegar a un acuerdo? ¿De esta manera no habría más posibilidades de que una parte se imponga sobre la otra, beneficiándose más? ¿Acaso no es mejor que un Juez, como tercero imparcial, resuelva sobre las controversias entre los cónyuges? Y esto entre otras muchas preguntas más.

Lo que en la teoría puede parecer una teoría sólida, no es más que una ficción. Aparte del obvio coste económico más elevado en que se incurre por llegar a juicio, en el que cada parte tendrá abogados y procuradores distintos, tener que pagar a peritos, si se considera necesario, hacer declarar a los hijos en las soluciones sobre las medidas que les afectan y el

fraccionamiento de la liquidación de la sociedad conyugal, así como la posibilidad de interponer recursos (y un largo etcétera), lo cierto es que los divorcios contenciosos acarrear un desgaste mental y emocional elevadísimo, y este sí opera para todas las partes, pues no hay un turno de oficio que te libre de pagar el coste emocional que el proceso acarrea. Y esto afecta ya no solo a los que eran cónyuges, sino también a los hijos, que, en numerosas ocasiones, traspasan los conflictos de sus padres a su entorno más cercano, llegando a afectar su propia salud mental en el peor de los casos.

Dejando de un lado las anteriores líneas, podemos resumir, en unos cuantos párrafos, los efectos que del presente proceso se esperan:

Lo primero que debemos recalcar, es el hecho de que los acuerdos a los que se llegaron en la separación de hecho no tienen, en principio, por qué romperse. Mientras ambos cónyuges estén de acuerdo en mantener las medidas previamente acordadas y el Juez no aprecie de oficio, o a instancia del Fiscal, que una de las partes está siendo gravemente perjudicada (o el bienestar de los hijos que necesiten de especial protección), dichos acuerdos obtendrán, en virtud de Convenio, validez jurídica.

Es así, que el uso de la vivienda, la cantidad de las distintas pensiones e incluso la liquidación, mientras consigan llegar a un acuerdo sobre cada uno de los extremos -que es lo auténticamente complicado- deberían ser puestas en común por ambos cónyuges. El trabajo del abogado que nos atañe, en este caso en interés de Manuela, es informarle de lo que la Justicia, o mejor dicho, los Tribunales **probablemente** le atribuiría si acudiese a lo contencioso.

De esta manera, y a modo de resumen podríamos concluir que:

- a) Con respecto a la pensión alimenticia de Arturo, no es previsible que se acordara en vía contenciosa. No hay probabilidades realistas de que Arturo, siendo funcionario, obtenga ninguna pensión por parte de su padre.
- b) Con respecto a la pensión alimenticia de Flor y Noelia, es esperable que esta pensión se mantuviese o aumentase. Actualmente las tablas del CGPJ<sup>1</sup> sugieren que, con un padre que ronde los 4.000€ – 5.000€ de ingresos mensuales mientras que la madre obtuviese 500€, la cantidad en concepto de pensión alimenticia de ambas hijas debería rondar los 834€ (416€ por hija), y eso sin tener en cuenta los gastos de

---

<sup>1</sup> Datos obtenidos por la aplicación de cálculo de pensión alimenticia en función del número de hijos e ingresos de los progenitores del CGPJ.

vivienda (hipoteca, alquiler, IBI) y educación, que los juzgadores deberán calcular de forma aproximada mediante sus propios métodos. Deberá tenerse también en cuenta la especial situación de Noelia para determinar dicha cuantía.

En todo caso, será la decisión de Manuela la que prime en última instancia, que es la que debe de elegir si llegar a un acuerdo o no dependiendo de donde le lleven las negociaciones con el que será su exmarido.

- c) Lo mismo se aplica en relación a la pensión compensatoria a favor de Manuela, con la salvedad de que, en este caso, se podrá acordar la adquisición de la propiedad que le corresponde a Federico como forma de pago de esta misma pensión compensatoria (haya o no una suma a mayores de esta adquisición).

Esto, en todo caso, debería ocurrir tras la adjudicación de los bienes por cada uno de los cónyuges en la liquidación de gananciales o bien aplicando la transmisión de la propiedad plena del inmueble al pago de la pensión compensatoria.

Tras cumplir las pautas procesales recogidas en este trabajo, así como las consideraciones de Derecho material, y si todo se ha sustanciado de mutuo acuerdo, tanto Manuela como Federico habrán logrado satisfactoriamente su divorcio de mutuo acuerdo, con la importante figura del Convenio Regulador concretando cada uno de los aspectos esenciales del mismo, desde la patria potestad, hasta la propia liquidación de gananciales.

Para terminar, es importante, una vez analizados los números así como la casuística y jurisprudencia, decir sin lugar alguno a la duda que la situación de Manuela es claramente mejorable con relación a los acuerdos verbales con los que en la separación de hecho han estado funcionando. Tanto las pensiones alimenticias de sus hijas, como la suya propia (compensatoria) pueden aumentar en valor. No hay sino que acudir a las sentencias que este trabajo ha recogido, así como a la herramienta de cálculo del CGPJ para llegar a esta misma conclusión. Ahora bien, como bien mencionábamos, y reiteramos, esto no debe decidirlo nadie salvo Manuela, eso sí, ayudada e informada por los profesionales jurídicos que deberíamos ser.



## **BIBLIOGRAFÍA Y RECURSOS**

### **A. Textos legales**

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio.

Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad.

Decreto 61/2011, de 13 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar de Castilla y León.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Ley 1/2006, de 6 de abril, de mediación familiar de Castilla y León.

### **B. Artículos**

Asignación económica por hijo o menor a cargo, Guías Jurídicas, LA LEY.

Comentario a la STS de 19 de enero de 2010, Ana Laura Cabezuelo Arenas, Profesora Titular de Derecho Civil, Universidad de Sevilla: “La existencia del desequilibrio generador de la pensión del art. 97 CC se subordina a la concurrencia de circunstancias o factores de trascendencia económica”.

Comentario a la STS, Sala 1ª, de 19 de enero de 2017, Jesús Flores Rodríguez, LA LEY Derecho de familia, N.16, Cuarto trimestre de 2017, Wolters Kluwer, LA LEY 14974/2017).

Disolución y liquidación de gananciales, Guías Jurídicas, LA LEY.

GARCÍA PRESAS, Inmaculada. “La mediación familiar: una alternativa en el proceso judicial de separación y divorcio” (2009), Dialnet.

MAGRO SERVET, Vicente. “Pensión de alimentos a favor de hijos mayores de edad, casuística sobre pensión de alimentos a favor de los hijos mayores de edad”, Lefebvre

NAVARRO GIL, Elena. “El procedimiento de separación y divorcio de mutuo acuerdo ¿realmente tan ineficaz?”. Abogados de Familia, N.º 61, Sección Tribuna Abierta, Tercer Trimestre de 2011, editorial LA LEY.

VIVAS TESÓN, Inmaculada. “La obligación de alimentos a favor de los hijos mayores de edad: ponderación de discapacidad de alimentante y alimentista”. Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil num.107/2018 parte Sentencias, Resoluciones, Comentarios. Editorial Civitas, SA, Pamplona. 2018.

### **C. Manuales**

DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. “Sistema de Derecho Civil”. Volumen IV, Tomo I, Derecho de Familia. Duodécima edición. Editorial Tecnos, 2018.

### **D. Sentencias**

STS 1862/1984, de 5 noviembre (ECLI:ES:TS:1984:1862)

STS 411/2000, de 25 de enero (ECLI:ES:TS:2000:411)

STS 7562/2003, de 28 noviembre (ECLI:ES:TS:2003:7562)

STS 5805/2008, de 5 de noviembre (ECLI:ES:TS:2008:5805)

STS 4821/2009 de 17 de julio (ECLI:ES:TS:2009:4821)

STS 7588/2011, de 14 de abril (ECLI:ES:TS:2011:7588)

STS 3985/2011, de 21 de junio (ECLI:ES:TS:2011:3985)

STS 5570/2011, de 22 de junio (ECLI:ES:TS:2011:5570)

STS 1971/2012, de 15 de marzo (ECLI:ES:TS:2012:1971)

STS 851/2014, de 20 de febrero (ECLI:ES:TS:2014:851)

STS 2484/2014, de 3 de junio, (ECLI:ES:TS:2014:2484)

STS 2622/2014, de 7 de julio (ECLI:ES:TS:2014:2622)

STS 3937/2014, de 10 de octubre (ECLI:ES:TS:2014:3937)

STS 5817/2014, de 21 de noviembre (ECLI:ES:TS:2014:5817)

STS 2755/2015, de 6 de mayo (ECLI:ES:TS:2015:2755)

STS 3441/2015, de 17 julio (ECLI:ES:TS:2015:3441)

STS 359/2016, de 11 de febrero (ECLI:ES:TS:2016:359)

STS 667/2016, de 14 de noviembre (ECLI:ES:TS:2016:667)

STS 113/2017, de 19 de enero (ECLI:ES:TS:2017:113)

STS 4371/2017, de 13 diciembre (ECLI:ES:TS:2017:4371)

STS 1166/2018, de 4 de abril (ECLI:ES:TS:2018:1166)

STS 502/2019, de 19 de febrero (ECLI: ES:TS:2019:502)

STS 869/2019, de 12 de marzo (ECLI:ES:TS:2019:869)

STS 1252/2019, de 10 de abril (ECLI:ES:TS:2019:1252)

STS 1723/2019, de 28 de mayo (ECLI:ES:TS:2019:1723)

STS 2951/2019, de 27 de septiembre (ECLI:ES:TS:2019:2951)

STS 1381/2022, de 5 de abril (ECLI:ES:TS:2022:1381)

STS 1759/2022, de 4 de mayo (ECLI:ES:TS:2022:1759)

STS 2178/2022, de 30 mayo (ECLI:ES:TS:2022:2178)

STS 4481/2022, de 28 de noviembre (ECLI:ES:TS:2022:4481)

SAP Navarra, 813/2013, de 9 de octubre (ECLI:ES:APNA:2013:813)

SAP Madrid, 962/2014, de 31 de enero (ECLI:ES:APM:2014:962)

SAP Pontevedra 872/2015, de 29 de abril (ECLI:ES:APPO:2015:872)

SAP Ciudad Real, 564/2017, de 12 de junio (ECLI:ES:APCR:2017:564)

SAP Madrid, 5375/2019, 4 junio de 2019 (ECLI:ES:APM:2019:5375)

SAP Álava, 1245/2019, de 26 de noviembre (ECLI:ES:APVI:2019:1245)

SAP Málaga, 2435/2020, de 22 de diciembre (ECLI:ES:APMA:2020:2435)

SAP Cáceres, 1029/2021, de 29 de septiembre (ECLI:ES:APCC:2021:1029)

SAP Jaén, 1735/2021, de 15 de diciembre (ECLI:ES:APJ:2021:1735)

SAP Ciudad Real 343/2022, de 18 de marzo (ECLI:ES:APCR:2022:343)

#### **E. Consultas a la Dirección general de Tributos**

Consulta V0779-13, de 13 de marzo de 2013