

## **DERECHO DE FAMILIA AVANZADO**

**BLOQUE 2: LAS RELACIONES DE PAREJA. MATRIMONIO. CAPITULACIONES MATRIMONIALES. REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES. PAREJAS DE HECHO.**

**(MATERIAL DIDÁCTICO PARA ALUMNOS DEL GRADO EN DERECHO)**

**PARTE 2: MEDIDAS COMUNES A DIVORCIO, SEPARACIÓN Y NULIDAD**

**(Coordinador: José Manuel Ruiz-Rico Ruiz)**

**AUTORES: María Dolores Ruiz-Rico Arias  
Doctora en Derecho. Abogada  
José M. Ruiz-Rico Ruiz  
Catedrático Derecho Civil**

## **5. MEDIDAS COMUNES A LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO. CONSIDERACIONES GENERALES.**

- El legislador ha pretendido la unificación de los efectos de estas tres situaciones crisis matrimonial, aunque en realidad sus efectos no son del todo comunes, en particular cuando de nulidad se trata (arts. 95.II y 98 CC).

- Además hay que recordar que en principio no pueden ser iguales los efectos de la separación legal (mantenimiento del vínculo / afectación de varios de los deberes conyugales) que el divorcio (disolución del vínculo / desaparición de los deberes conyugales, en particular, el deber de alimentos entre cónyuges).

- Estas reglas comunes no son aplicables a la disolución por muerte o declaración de fallecimiento.

Quizás habría que plantearse extender algunas de ellas a estos supuestos, en especial, el posible derecho a una pensión compensatoria más allá de la muerte del cónyuge obligado, lo cual está previsto en el artículo 101.II CC, pero sólo para los supuestos de separación o divorcio, no en cambio para los casos de disolución por muerte. Hay que recordar que, en estos casos, podría existir una separación de hecho previa de los cónyuges, y no habría tampoco derecho hereditario de ningún tipo a favor del sobreviviente que pudiera cubrir posibles desequilibrios, al carecer en esos casos de derecho de legítima, así como del derecho de suceder intestadamente al cónyuge fallecido(vid. arts. 834 y 945 CC).

- En principio, estas reglas tampoco son aplicables a las rupturas de las parejas de hecho.

Sin embargo, en la práctica jurisprudencial se tiende a una cierta equiparación: no se puede negar que la ruptura de la pareja no casada acarrea unas consecuencias muy parecidas a las de las parejas casadas, en muchos aspectos, ya que se plantean los mismos problemas, y deben ser solucionados de alguna forma: pensar en la necesidad de asignación de la guarda y custodia de los hijos menores, la conveniencia de resolver la atribución del uso de la vivienda familiar, o la posibilidad de compensación por desequilibrio o similar, etc.).

- La Ley da prioridad al acuerdo de las partes, por encima de las medidas acordadas judicialmente.

Cuando hablamos de acuerdos no nos referimos sólo al Convenio regulador: puede haber pactos puntuales, previos a la situación de crisis, que pueden ser perfectamente vinculantes, o acuerdos al hilo de un procedimiento judicial. Incluso sería posible dar validez a un acuerdo que se somete a aprobación como Convenio regulador, pero sea rechazado por el Juez (y no se presente una nueva propuesta de Convenio).

-Estos acuerdos tienen unos límites pensados básicamente en defensa de los hijos menores: la autoridad judicial tiene muy escasas posibilidades de supervisión y control de los acuerdos que afecten a los propios cónyuges. Sí puede haber control respecto de los alimentos de los hijos mayores.

## **I. MEDIDAS PROVISIONALÍSIMAS Y PROVISIONALES**

- Cuando uno de los cónyuges se proponga interponer demanda (unilateral) de separación, divorcio o nulidad, hay una serie de efectos:

a) Efectos que se producen *ope legis*: Se regulan en el art. 102 CC: exigen la interposición de demanda y su admisión por el juzgado.

Estos efectos automáticos son relevantes en el divorcio unilateral ante el juez, y quizás también en el divorcio consensual ante el Secretario judicial (Letrado de la A. de Justicia). Difícilmente son aplicables en el divorcio notarial (aunque tampoco se puede descartar, por analogía, en caso de que haya habido separación temporal entre el inicio de las gestiones ante el Notario y la firma final de la Escritura de Convenio regulador. Al respecto, téngase en cuenta el caso regulado en el art. 90.2.III, que dispone la terminación de expediente de divorcio si el Notario considera que alguno de los acuerdos propuestos pudieran ser dañosos a los hijos o a uno de los cónyuges, con lo que es imaginable un pacto extranotarial que podría tener eficacia *inter partes*).

Podría quizás defenderse que estos efectos automáticos son procedentes igualmente cuando se produce la separación de hecho de los cónyuges, al menos en las relaciones internas entre ellos (frente a terceros, es más difícil, pero hay que recordar que, incluso aunque haya interposición de demanda, estos terceros no tiene por qué conocer de su existencia, por lo que tampoco les afectará si no hay constancia en el Registro).

b) **Medidas provisionalísimas**: El art. 104 CC regula la posibilidad de solicitar medidas provisionalísimas, con carácter previo a la interposición de la demanda de divorcio, y remite a las medidas provisionales del art. 103 CC. Son o pueden ser las mismas de este artículo. Su eficacia es muy limitada: tiene que interponerse demanda en el plazo de 30 días, para que puedan subsistir más allá de ese momento; si no, decaen en su eficacia.

Cabe plantear no obstante su posible eficacia más allá de los 30 días, si no se interpone la demanda, sobre todo si fue fruto de un acuerdo entre las partes (ya que es posible que no haya voluntad de reducir su eficacia a ese corto lapso de tiempo). Habrá que interpretar los términos del acuerdo en cada caso, para hacer las deducciones pertinentes sobre la eficacia temporal de lo pactado.

A partir de la admisión de la demanda, el Juez tiene que adoptar las medidas provisionales del art. 103 CC. No obstante, si en esa fase hubiera habido un acuerdo entre las partes, no puede descartarse la posibilidad de pervivencia de dicho acuerdo, más allá de los 30 días, en aquello que no estuviera condicionado a la presentación de la demanda de separación o divorcio.

c) **Medidas provisionales**:

-Se regulan en el art.103 CC y responden a la necesidad de regular la fase que va desde la demanda hasta la sentencia firme.

- Es posible de nuevo que tales medidas sean fruto de un acuerdo (incluso aunque la separación o el divorcio se planteen como unilaterales).

- Necesitan la aprobación judicial, con los límites generales de los convenios reguladores (que no perjudiquen a los hijos menores o sean gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges).

- Este acuerdo no es el Convenio regulador; pero hay que reconocer que en la práctica suele vincular mucho al juez a la hora de decidir las medidas definitivas en la sentencia o auto.

- Contenido de las medidas provisionales:

a) Medidas en relación a los hijos (puede asignarse la guarda a terceros o una institución) y derecho de relación o visita.

Se incluyen medidas sobre sustracción de menores.

b) Medidas sobre la vivienda familiar

c) Medidas sobre contribución a las cargas del matrimonio

d) Medidas relativas a los bienes: en principio, el REM sigue subsistiendo (aunque lo lógico sería que, siendo de gananciales, la separación de hecho conlleve su extinción material), y se trata de medidas concretas de modificación del mismo durante la vigencia de las medidas.

## **II. CONVENIO REGULADOR.**

-El legislador propicia la posibilidad de acuerdos que regulen los efectos definitivos de la ruptura. Esto se traduce en el Convenio regulador. Sólo si este no existe o no logra la aprobación judicial, el juez deberá adoptar medidas.

### **1.-Sobre su naturaleza jurídica:**

No se puede negar que tiene *un cierto carácter de acuerdo transaccional*, que evita el conflicto ya existente entre las partes sobre todas las posibles medidas y efectos de la separación y el divorcio. Lo cual puede tener relevancia. Por ejemplo, en

casos de entregas de bienes que pudieran tener carácter de atribución a título gratuito, esa naturaleza transaccional puede determinar que haya una causa onerosa, a la vista de las circunstancias del caso, con lo que se podría dar validez a posibles “promesas de donación” que, en principio, serían inválidas conforme a las reglas de las donaciones, si calificásemos el acto como gratuito).

- Es necesaria su aprobación u homologación judicial, lo cual constituye un dato muy relevante. La aprobación judicial dota al acuerdo de la condición de título ejecutivo judicial a los efectos procesales pertinentes de poder ser utilizada la vía de la demanda ejecutiva, sin tener que pasar ya por un previo proceso declarativo, siendo además muy escasas las posibilidades de oposición a la ejecución.

No obstante, no se puede negar la eficacia *inter partes* de lo acordado, antes o incluso después del rechazo judicial, al menos en lo que concierne a los propios cónyuges, salvo que se acredite un vicio del consentimiento (STS 7 noviembre de 2018).

- Contenido:

-Puede coincidir o no con el acuerdo de las medidas provisionales (pueden ir en el mismo documento ambas propuestas).

-Se trata de una propuesta que debe ser aprobada o rechazada por el juez.

-Los motivos de rechazo son los ya señalados del perjuicio a los hijos o el *grave* perjuicio de alguno de los cónyuges.

Esto último es bastante improbable si han sido consentidos por los dos: hay que tener en cuenta que, siendo judicial o ante el LAJ (Secretario judicial), debe haber una ratificación posterior individualizada según el art. 777 LEC.

Se ha introducido un nuevo motivo de rechazo en el apartado 2 del art. 90 CC en relación con los animales de compañía, que resulta bastante sorprendente:

*“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”.*

-Hay un contenido mínimo obligatorio (respecto del cual el juez puede rechazar la propuesta de Convenio, si no cumple estas exigencias de contenido) y otro opcional. En realidad, se pueden incluir todo tipo de estipulaciones entre los cónyuges, respecto de las cuales el juez de familia no tiene por qué pronunciarse ni a favor ni en contra, al no afectar a los contenidos mínimos exigidos.

## **2. Contenido mínimo de materias que deben ser tratadas en la propuesta de Convenio:**

*(Tampoco se tratan de contenidos que sean siempre obligatorios, en el sentido de hacer ineficaz el convenio si no aparece alguno de esos puntos, como ahora se comprueba; obviamente, si no hay hijos, puede prescindirse de todo lo referente a estos puntos)*

Serían los siguientes:

1. Cuidado de los hijos: Aquí se incluyen toda una serie de medidas, dentro de las cuales está la posibilidad de la custodia compartida, cada vez más extendida.
2. Régimen de visitas de los abuelos y allegados: En realidad no es contenido obligatorio, a la vista de la redacción de la norma.

3. El régimen relativo a los animales de compañía: La Ley de 15 de diciembre de 2021 ha introducido un nuevo contenido obligatorio del Convenio en los siguientes términos:

*Art. 90.b) bis El destino de los animales de compañía, en caso de que existan, teniendo en cuenta el interés de los miembros de la familia y el bienestar del animal; el reparto de los tiempos de convivencia y cuidado si fuere necesario, así como las cargas asociadas al cuidado del animal.*

Seguramente se trata de una medida excesiva en cuanto a su obligatoriedad como contenido del Convenio, que puede retrasar la efectividad del objeto principal del procedimiento, que es la disolución del vínculo matrimonial por divorcio.

4. Atribución del uso de la vivienda familiar.

5. Contribución a las cargas del matrimonio y alimentos (sólo obligatorio en caso de separación legal), y medidas de actualización.

6. Liquidación del REM: En realidad, es también opcional. Plantea el problema de la separación temporal entre disolución y liquidación (luego se expone el régimen jurídico de la llamada comunidad postganancial).

7. Pensión compensatoria. No es un contenido obligatorio siempre, ya que está en función de que se cumplan los parámetros exigidos para su devengo, o que se pacte expresamente, aunque no se den los mismos.

-Los acuerdos homologados judicialmente, incluso los aprobados ante Notario o Secretario judicial pueden hacerse efectivos por la vía de apremio, lo cual significa que el Convenio notarial tiene el valor de una sentencia firme ejecutable como “título ejecutivo judicial”, lo cual es ilógico tratándose de convenio en el que intervino el Notario (que no es autoridad judicial). A pesar de ese inconveniente, tiene cierto sentido que el legislador haya dispuesto la equiparación a los títulos ejecutivos

judiciales, pensando sobre todo en las consecuencias en casos de incumplimiento por alguno de los ex cónyuges de lo acordado ante Notario.

-En caso de no aprobación de la propuesta de Convenio regulador: debe someterse al juez una nueva propuesta (art.777.7 LEC). El juez deberá especificar qué aspectos concretos rechaza y su fundamento. La propuesta nueva incluirá las modificaciones referidas a los puntos rechazados por el Juez. Cabe la posibilidad de que no se llegue a presentar nueva propuesta, si no hay acuerdo de los cónyuges en cuanto a los puntos por corregir: en tal caso, lo pactado no deja de ser vinculante entre las partes que firmaron el acuerdo rechazado judicialmente.

Si tras las modificaciones, se vuelve a rechazar judicialmente, y no hay nuevas propuestas, el art. 91 CC establece que finalmente será el juez el que fije las medidas definitivas.

- Posibilidad de modificación de medidas por cambio de circunstancias: lo prevé el art. 90.3 CC con base en nuevas necesidades o cambio de circunstancias de los cónyuges. No se trata de aplicación de cláusula *rebus sic stantibus*: no es tan radical en cuanto a sus exigencias, pero sí debe acreditarse de forma fehaciente un relevante cambio de la situación, por aquel que lo pide.

Si el Convenio fue ante Notario o Secretario, se podrán modificar mediante nuevo acuerdo, de conformidad con las reglas por las que se acordó en origen.

Cuando es el juez el que fija las medidas, el art. 91 CC sólo admite la modificación por alteración *sustancial* de las circunstancias.

### **3.- MEDIDAS CONCRETAS:**

#### **1. GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS MENORES.**

Viene regulado este asunto en el art. 92 CC.

- Punto de partida: la nulidad, separación o divorcio no afecta a las obligaciones de los padres respecto de sus hijos menores.
- Derecho de los menores a ser oídos. Consecuencias de su vulneración judicial: posibilidad de anular las medidas adoptadas.
- Principio básico: las medidas deben atender al máximo beneficio o interés del hijo menor.
- Posibilidad de privación de la patria potestad de uno u otro progenitor: no es muy habitual que esa medida se lleve a la práctica dentro de un procedimiento judicial de separación, divorcio o nulidad, ya que existe el riesgo de vulneración del principio de tutela judicial efectiva del sujeto afectado.
- Mientras eso no suceda, aunque se asigne la guarda a uno solo de ellos, el otro conserva sus facultades decisorias en todas las cuestiones relevantes del cuidado y educación de los hijos.

##### **1.1.-La custodia compartida:**

Está especialmente fomentada en las últimas reformas legales, y en la doctrina del T. Supremo, así como en la práctica cotidiana de los Juzgados y tribunales.

-Tras la sentencia del TC 17 octubre 2012, que anuló el art. 92.8 CC, la ley fomenta la custodia compartida a través de la propuesta de ambos cónyuges en el Convenio, o a propuesta de uno solo, previo informe del M. Fiscal, el cual ya no se considera ya vinculante. El juez debe atender siempre al interés prioritario del hijo o hijos menores.

-Algunas CC.AA. ya han legislado para incluirla como medida prioritaria.

- Desarrollo jurisprudencial: Se han ampliado las posibilidades de la custodia compartida. Los criterios utilizados por el Tribunal Supremo para acordar la guarda compartida serían los siguientes:

- El interés de los menores que van a quedar afectados, como criterio guía principal.
- La existencia de una buena relación previa entre los progenitores (ya no es un dato decisivo).
- La práctica anterior de los progenitores.
- Sus aptitudes personales.
- La distancia entre los domicilios de los dos progenitores.
- Los deseos manifestados por los menores.
- El número de hijos.
- El cumplimiento por los progenitores de sus deberes.
- El resultado de los informes exigidos legalmente.

Son criterios abiertos, que admiten cualesquiera otros que permitan justificar esta situación, en atención a los menores.

### **1.2.- Sobre la llamada “vivienda nido” como posible modelo de custodia compartida y sus dificultades de aplicación práctica:**

Existe ya una amplia doctrina jurisprudencial sobre esta modalidad de custodia compartida, siendo lo más relevante de ella el que se percibe con bastante prevención sus posibilidades de utilización.

Así, la **Sentencia del Tribunal Supremo núm. 396/2020 de 6 julio**, afirma:

*“En cuanto a que los progenitores se alternen en la vivienda familiar, para que el niño no salga de la misma, es un sistema que impugna la parte recurrida y que no es compatible con la capacidad económica de los progenitores, que se verían obligados a mantener tres viviendas (la de cada uno y la común), unido a la conflictividad que añadiría el buen mantenimiento de la vivienda común (art. 96 del C. Civil).*

*"Igualmente en sentencia 343/2018, de 7 de junio.*

*"A la vista de esta doctrina, la discordancia entre las partes y el informe del Ministerio Fiscal, debemos declarar **que la rotación en la vivienda familiar no es un sistema que vele por el interés de los menores, ni es compatible con la capacidad económica de los progenitores**".*

- También cabe citar la **STS núm. 870/2021 de 20 diciembre**:

*“En el caso presente, nos encontramos ante la idoneidad cuestionada del modelo de casa nido fijado por la Audiencia, que constituye una fórmula viable que, sin embargo, contiene importantes dificultades para su adopción, en tanto en cuanto **requiere un intenso nivel de entendimiento y comunicación entre los progenitores para coordinar los requerimientos de intendencia y cuidado de la vivienda familiar**, con la necesidad igualmente de las correlativas interferencias positivas, en su caso, con las respectivas parejas con las que los padres hayan podido reconstruir sus vidas, que deberán adoptarse también a este concreto modelo de convivencia.*

*En definitiva, implica una fórmula de economía colaborativa, que deberá contar con la adhesión de los progenitores, que quieran y puedan atender a las exigencias que implica su puesta en marcha, lo que requiere la existencia de un buen "coparenting" -relaciones de los padres entre sí-. Todo ello, además, con el requisito de contar con una capacidad económica suficiente para sufragar los mayores gastos, que exige la adopción de este concreto patrón de decisión. El fracaso de una medida de tal clase lesionaría el interés y beneficio de los menores, en cuanto a su estabilidad y satisfacción de sus necesidades.*

*Es por ello que, dadas las dificultades expuestas, la jurisprudencia se muestra reticente a la adopción de una solución de tal clase, toda vez*

***que implica contar con tres viviendas, la propia de cada padre y la común preservada para el uso rotatorio prefijado, solución que resulta antieconómica, y que requiere un intenso nivel de colaboración de los progenitores, que conlleva a que se descarte su adopción en los casos enjuiciados en las sentencias 343/2018, de 7 de junio; 215/2019, de 5 de abril; 15/2020, de 16 de enero y 396/2020, de 6 de julio, todas ellas citadas en la más reciente sentencia 438/2021, de 22 de junio.***

***Pues bien, bajo las connotaciones expuestas, el recurso de la madre debe ser estimado, máxime cuando alega carecer de capacidad económica suficiente para sufragar los gastos de dos viviendas, la que fue en su día familiar y la propia para cubrir sus necesidades individuales de habitación, así como tampoco existe una buena predisposición constatada de los litigantes para participar en la gestión que implica el mantenimiento y cuidado de la vivienda común de uso temporal asignado”.***

Es interesante también la **Sentencia de la AP de Vizcaya (Sección 4ª) Sentencia núm. 18/2016 de 19 enero:**

***“Respecto a la atribución de la vivienda familiar en la forma de nido compartido (art. 12.4 de la LRFPV admite dicha atribución del uso de la vivienda familiar por periodos alternos entre ambos progenitores), señalar que este uso y disfrute de la vivienda familiar es evidente que puede dar lugar a graves problemas de convivencia, como señala el TSJC en sentencias de fecha 5-9- 2008 y 3-3-2010, que han mantenido la improcedencia de la atribución de forma alterna a los progenitores coincidiendo con los periodos de guarda y lo ha calificado de incomodidad y fuente de conflictos; pero sin que se repunte suficiente para prescindir de la custodia compartida. No cabe duda que la solución a dicho problema, que afecta a los progenitores y no a los menores de edad, pasar por el hecho de que esta atribución del uso de la vivienda que fue familiar sea de carácter transitoria, dejando dejamos constancia de que lo aconsejable es que se ponga fin lo antes posible a esta posible fuente de conflictos.***

**O la Sentencia de la AP de Vizcaya (Sección 4ª) Sentencia núm. 348/2019 de 28 febrero, que ha tratado la cuestión de cómo atribuir el uso de la vivienda familiar en supuestos de custodia compartida:**

*“...En atención a tal precepto la juzgadora de instancia considera que el uso compartido de la vivienda familiar "nido compartido", no ha sido más que una fuente de conflictos, habiéndose reconocido por la demandante, que el demandado no estaba de acuerdo con tal forma de atribución de uso, sino únicamente con carácter temporal.*

*Por ello considera que no se debe mantener el uso compartido, conclusión que compartimos, pues en este caso, y al contrario de lo que sostiene la recurrente, el interés de las menores aconseja que cese el uso compartido y así alejar a las menores de las múltiples situaciones conflictivas que genera tal uso, cuando, como es el caso, no existe acuerdo en la forma de llevarlo a cabo.*

*Rechazada por los motivos expuestos, la atribución de uso compartido, resulta de aplicación al supuesto de autos los dispuesto en el art. 12.4 de la Ley 7/2015 . - que establece:*

**"Si la guarda y custodia fuera compartida entre los progenitores y el uso de la vivienda no fuera atribuido por periodos alternos a ambos, se atribuirá al progenitor que objetivamente tuviera mayores dificultades de acceso a una vivienda si ello fuera compatible con el interés superior de los hijos e hijas."**

-En general, aunque no se la llame custodia compartida, se pueden acordar medidas que sean próximas a ella, como un amplísimo derecho de visitas y de relación del progenitor no custodio.

- En relación a los hijos comunes mayores de 16 años que se hallasen en situación de necesitar medidas de apoyo por razón de discapacidad, la reforma de la Ley 8/2021 ha introducido un nuevo párrafo en el art. 91 CC en el que se prevé que, en estos casos, no habiendo aún medida de apoyo ni voluntaria ni judicial, la sentencia de separación, divorcio o nulidad podrá pronunciarse por el establecimiento y modo de ejercicio de la medida de apoyo. Para ello, prevé la audiencia del hijo (habla de “menor”, pero debe incluirse al mayor de 16 años y al mayor de edad), remitiendo a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre la materia en cuestiones de legitimación activa, prueba y contenido de la sentencia.

Es criticable que se incluya esta previsión para las sentencias de separación o divorcio, por cuanto pueden de nuevo retrasar excesivamente los procedimientos al efecto, al abrirse un incidente separado.

Es igualmente llamativo que haya una remisión a las normas de la LEC, presuponiendo que pudiera haber conflicto y oposición entre las partes, cuando es posible que las medidas de apoyo se pudieran adoptar sin oposición, conforme a las nuevas reglas de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

## **2.-DERECHO DE VISITA Y COMUNICACIÓN: ARTÍCULO 94 CC.**

También ha sido modificado por la Ley 8/2021 la regulación del derecho de visita y relación de los padres respecto de sus hijos, tras la crisis matrimonial.

Ahora se ha introducido una previsión sobre el derecho de visita y comunicación en casos de hijos con discapacidad mayores de edad o emancipados, disponiendo que la sentencia que se dicte regule este aspecto, si así se le pide por uno de los padres.

Del mismo modo, y al margen de las cuestiones sobre discapacidad, el art. 94 CC ha sido modificado en 2021 para introducir nuevos párrafos, para tratar un tema en buena medida reclamado socialmente: la negativa a establecer un régimen de visita y de comunicación con aquel progenitor/padre que “*esté incurso* en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad o indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos” (no exige la norma que esté ya condenado, ni de manera definitiva, ni firme), o se advierta “la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género”.

Se exceptúa el que la autoridad judicial pueda establecer ese régimen, a pesar de lo anterior, con base en el “interés superior del menor” o en “la voluntad, deseos y preferencias del (hijo) mayor con discapacidad”, previa evaluación de la relación paternofilial.

Eso sí, si hay ya condena y prisión provisional o por sentencia firme, queda excluido ese derecho en todo caso.

- Se reconoce finalmente el derecho de visita y comunicación de los hermanos, abuelos, parientes o allegados del menor que lo soliciten, siempre que vaya en interés del menor o sea acorde con la voluntad del sujeto con discapacidad.

### **3.- CARGAS FAMILIARES: ARTÍCULO 93 CC:**

-El juez debe pronunciarse sobre los alimentos debidos por cada progenitor respecto de sus hijos.

Los alimentos pueden modificarse o suspenderse, si se dan las circunstancias de que coyunturalmente no se está en condiciones de prestarlos.

No son cargas familiares los gastos extraordinarios, sobre los cuales también es habitual que el juzgador se pronuncie (o se incluyan en el convenio regulador). Aquí se incluyen gastos adicionales a los típicos de los estudios normales o usuales, y se establece la regla de la necesidad de que sean acordados por ambos progenitores de mutuo acuerdo. Si no sucede así, deberá sufragarlos en exclusiva el progenitor que los concierte.

No obstante, estos gastos extraordinarios pueden ser necesarios o no necesarios. Los primeros deberían ser cubiertos por ambos progenitores por partes iguales, incluso aunque sólo uno de ellos lo decida (el otro puede poner objeciones y demoras, que serían injustificadas por ser necesarios).

El juez también debe obligatoriamente pronunciarse incluso, si hay hijos mayores que convivan y no tengan ingresos propios, por la pensión alimenticia que haya de atribuirse a éstos.

-Las cuotas del préstamo hipotecario no se consideran cargas familiares, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

#### **4.- ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR (Y OBJETOS DE USO ORDINARIO): ARTÍCULO 96 CC:**

- También este artículo 96 ha sido redactado *ex novo* en su totalidad por la Ley 8/2021. No obstante, el resultado no es satisfactorio en algunos aspectos.

- El acuerdo de los cónyuges resulta prioritario. A falta de acuerdo, rige el criterio del interés más necesitado de protección.

- Si hay hijos menores, este es el interés prioritario.

En este caso, no se puede limitar temporalmente: mientras haya un hijo menor, y la guarda se le haya asignado a uno de los progenitores (o incluso aunque se trate de custodia compartida, pero con atribución del uso de la vivienda a uno solo de los cónyuges, como se vio más arriba), debe preservarse como mínimo *hasta la mayoría de edad* su derecho preferente a ocupar la vivienda (él y el progenitor custodio).

No se dice nada tras la reforma de la posible continuación del derecho de uso por los hijos ya mayores y el cónyuge con quien convivan (antes de la reforma no se ponía el tope de la mayoría de edad). Entendemos que, a pesar de todo, el juzgador puede pronunciarse por dar continuidad a ese derecho de uso de los hijos más allá de la mayoría de edad, en tanto existan razones para ello (por ej., los hijos aún no tienen autonomía económica para poder conseguir otra vivienda donde habitar). Tampoco puede descartarse que el cónyuge al que se le haya atribuido el uso (junto con los hijos menores) resulte ser el interés más necesitado de protección a partir de ese momento, y en consecuencia se dé continuidad al uso de la vivienda durante algún tiempo más, o bien hacerlo mediante procedimiento de modificación de medidas.

No obstante, en la práctica judicial actual se mantiene por las Audiencias Provinciales la posición de considerar que se extingue el derecho de uso con la llegada de la mayoría de edad del último de los hijos. Se discute sin embargo si se trata de una medida automática, aplicable incluso sin necesidad de pedirlo, o si es preciso que haya una solicitud expresa de extinción del derecho de uso.

- Si alguno de los hijos, siendo menor de edad, estuviera “en situación de discapacidad”, y se hiciera conveniente continuar en el uso de dicha vivienda tras la mayoría de edad (estas son las condiciones), la autoridad judicial fijará el plazo de duración en función de las circunstancias concurrentes.

Se aclara así y se desecha el criterio de cierta jurisprudencia de aplicar el mismo plazo a los discapacitados que a los menores de edad. Ahora, estos discapacitados menores de edad (sin medida de apoyo a la discapacidad, al exigirse la mayoría de edad) continuarán en el uso de la vivienda hasta la mayoría de edad, y a partir de ahí, el juez fijará la duración. Se trata de evitar una situación indefinida de atribución del uso, que podría hacer indisponible la propiedad o derecho sobre la vivienda del titular o titulares de la misma.

Si los hijos con discapacidad ya eran mayores de edad, se aplicará el mismo criterio: el juez fijará la duración según las circunstancias. Cabe imaginar la dificultad de fijar un plazo, que parece obligatorio por ley. En todo caso, quizás podría preverse alguna prórroga o prolongación de ese plazo, tras su vencimiento.

- Si hay hijos mayores que convivan y carezcan de “independencia económica”, la asignación de la vivienda se tendrá en cuenta como integrada en el derecho de alimentos entre parientes de los arts. 142 ss. CC, por lo que se computará económicamente a favor de uno o del otro progenitor como valor económico a computar.

- Uno de los asuntos más problemáticos es cuando la propiedad de la vivienda corresponda en exclusiva a uno de los cónyuges, o a un tercero (familiar de uno de ellos: casi siempre abuelos).

- Cabe la posibilidad de asignar una vivienda que no hubiese sido la familiar, siempre que haya acuerdo y sea suficiente y adecuada para las necesidades de los hijos.

- En caso de custodia compartida, la asignación de la vivienda familiar es problemática: habrá que atender a lo que el juez estime como más adecuado. Básicamente, se va a atender a su asignación a aquel de los cónyuges que tenga mayor dificultad de acceder a una vivienda, para determinar a quién se atribuye el uso en estos supuestos de custodia compartida. (se piensa básicamente en el supuesto de que se trate de vivienda en copropiedad o ganancial).

Es muy llamativo que, siendo a día de hoy, la custodia compartida el supuesto más frecuente en la práctica, no se haya previsto en la reforma de 2021, ni directa ni indirectamente, una solución o criterio a la asignación de la vivienda en estas situaciones.

- En defecto de hijos menores: se atenderá al interés de aquel de los cónyuges que merezca más protección. En estos casos, la regla es la de la *temporalidad* (sobre todo, si la propiedad de la vivienda corresponde al otro).

Si el cónyuge que lo reclama, en situación previa a la solicitud de separación o divorcio, no estuviera en el uso de dicha vivienda, no debería poder reclamarla en un momento posterior.

- Se ha discutido mucho acerca de si el derecho sobre la vivienda familiar constituye o no un derecho real específico.

Hoy, el art. 96.3 CC, en su nueva redacción, prevé la obligatoriedad de inscripción del derecho de uso, cuando la propiedad de la vivienda es exclusiva de uno solo de los cónyuges. Ello lleva a pensar que *se ha convertido en derecho real*, cuando menos en los casos en que la vivienda sea de titularidad dominical de uno de los cónyuges y el uso se asigne al otro. No se dice nada en la norma acerca del caso de que sea de titularidad de ambos (bien ganancial, o bien privativo pero en copropiedad ordinaria).

No se especifica en qué momento deberá remitirse mandamiento al Registro por parte del Juzgado, si con la sentencia definitiva, aunque luego se recurra, o con la sentencia ya firme (lo cual plantea problemas a la defensa adecuada del derecho del titular del uso, frente a posibles terceros adquirentes de buena fe). Entendemos que el pronunciamiento de la sentencia dictada en primera instancia, aun estando pendiente de recurso de apelación para ser firme, debería ejecutarse provisionalmente en esta materia, y ordenarse de oficio por el Juzgado un mandamiento al Registro de la Propiedad correspondiente para la inscripción registral (provisional). El argumento lo proporciona el art. 774.5 de LEC, que ahora se desarrolla.

La norma prevé la exigencia de consentimiento del cónyuge no titular, en todo caso, y sin excepciones, para disponer de la titularidad de la vivienda cuando sea exclusiva del otro y el uso se atribuya al primero (sea a él, o a los hijos y a él).

Esto plantea la cuestión de si, estando inscrito en el Registro de la Propiedad el derecho de uso, podría procederse por el cónyuge propietario único a enajenar la propiedad del inmueble a tercero, de modo que quede ese tercero como propietario, pero sin posesión, a la espera de la extinción del derecho de uso, cuando así se hubiera previsto o cuando lo resuelva la autoridad judicial; o bien se trata de una imposibilidad o prohibición de enajenar (mientras no haya consentimiento del cónyuge). La reforma del art. 96 CC no ofrece base para una u otra postura, aunque parece lo más lógico considerar que no es viable ese acto transmisivo, pues la ley no distingue posibles situaciones.

Se plantea igualmente qué sucedería si se produce la enajenación sin consentimiento del otro cónyuge y transcurre un período de tiempo sin haberse impugnado por este último ese acto o negocio enajenatorio: ¿podría caducar la facultad de impugnar, o se trataría de un vicio de nulidad (absoluta) insanable? Ahora se trata con más detenimiento.

- Derecho de uso derivado de una situación de tolerancia o precario (cuando la propiedad del inmueble es de un tercero): Si el uso se asigna judicialmente al cónyuge no pariente, haya o no hijos menores, debe ceder en favor del propietario pleno ese derecho, al no serle oponible (no intervino en ese procedimiento). Se fundamenta en la idea de que es propietario y no

había consentido una carga asimilable a un derecho real o personal de uso. La cuestión puede ser dudosa cuando hay hijos menores (principio de prevalencia del interés del menor por encima de cualquier otro), máxime si son nietos o parientes en general del propietario, con hipotético derecho de alimentos. No obstante, ello no supone que tenga que cubrirlos con su vivienda, pues de estar obligados a alimentar, siempre podrían prestar esa obligación de otro modo (en dinero), de acuerdo con el art. 149 CC, ni tampoco que siempre vaya a existir una verdadera obligación de alimentos, si los padres pueden prestarla a sus hijos, por lo que no habría necesidad.

El art. 96.3 CC sigue sin resolver la cuestión del régimen jurídico de la posible acción de nulidad, en manos del titular del derecho de uso, en caso de disposición de la vivienda familiar por el otro cónyuge o ex cónyuge sin contar con el consentimiento del primero. En principio, parece que existe una clara correlación entre la posible causa de nulidad prevista en el art. 96.3 CC y los artículos 1300 y siguientes CC sobre anulabilidad. Es claro que el art. párrafo IV del art. 1301 CC, al regular las *“acciones de invalidación de actos o contratos realizados por uno de los cónyuges sin consentimiento del otro, cuando este consentimiento fuere necesario”*, parece dar cobijo al supuesto aquí examinado, siempre que superemos el hecho de que ese acto dispositivo del art. 96.3 CC se producirá normalmente tras la disolución del matrimonio, por lo que técnicamente no estaremos ante un acto dispositivo de un *“cónyuge”*, ya que habrán dejado de ser entre sí cónyuges, y deberían ser llamados de otra manera.

Partiendo de que el plazo es de caducidad y de cuatro años de duración (art. 1301.I CC), nos planteamos también *el momento de inicio de cómputo de dicho plazo para instar la nulidad por el cónyuge no consentidor*, que la norma cifra en *“el día de la disolución de la sociedad conyugal o del matrimonio, salvo que antes hubiese tenido conocimiento suficiente de dicho acto o contrato”*. La sola lectura de este párrafo conduce justamente a *la conclusión de la improcedencia de trasladar sin más este régimen a los supuestos del art. 96.3 CC*. La razón es obvia: *el primero de los criterios legales para iniciar el cómputo del plazo, esto es, el principal usado por la ley, es aquí frontalmente inaplicable*, dado que, por su propia esencia, el acto dispositivo efectuado por el cónyuge titular de la vivienda sin consentimiento del titular del derecho de uso, *siempre es posterior o muy posterior a la disolución*, ya sea de la sociedad conyugal, ya de la disolución del matrimonio. Tanto si hubo separación judicial o divorcio, se habrá producido la disolución del régimen económico y se habrá atribuido de forma simultánea a ello el derecho de uso sobre la vivienda, por lo que el criterio general (salvo situaciones muy extraordinarias en las que podríamos pensar) no se podría aplicar a los actos dispositivos del referido art. 96.3 CC. Podríamos recurrir a la alternativa prevista en la norma del momento en que *“hubiese tenido conocimiento suficiente de dicho acto o contrato”*. Pero parece casi seguro que el legislador de esta norma, ni siquiera tras la reforma del art. 1301 CC por la Ley 8/2021, ha pensado en los actos dispositivos del art. 96.3 CC. Porque es claro que el citado se trata del *único criterio posible*

para iniciar el cómputo del plazo en la acción de nulidad ex art. 96.3 CC, es decir, que el plazo (supongamos que de cuatro años) para ejercitar esta acción por el cónyuge no propietario y titular del uso, *debe ser necesariamente el del momento del conocimiento completo (más que suficiente) del contenido del acto enajenatorio*. Nunca antes.

A la vista de lo anterior, lo inapropiado de aplicar el art. 1301 y 1302 CC a estas situaciones conduce incluso a preguntarnos de nuevo por la razón de ser de la acción. Es muy probable que debamos replantearnos de nuevo ese fundamento. En concreto, nos preguntaremos: ¿quién puede pretender, y con qué finalidad, enajenar una vivienda que está poseída por el cónyuge o ex cónyuge del propietario (junto con los hijos o sin ellos)? ¿Quién puede pretender, estando vigente el derecho de uso de la vivienda familiar, adquirir la propiedad o el derecho sobre ese inmueble?

*Muy probablemente, debajo de esa actuación late una finalidad casi siempre fraudulenta o lesiva de hacer inviable el derecho de uso, o de limitarlo y condicionarlo, y por tanto una intención de la norma de evitar este tipo de situaciones*. Esto era mucho más claro antes de la reforma de 2021, donde nada se decía sobre la obligatoriedad de inscripción en el Registro de la Propiedad. Pero en parte sigue subsistiendo, y lo va a seguir haciendo, precisamente por haberse mantenido en el último inciso del art. 96.3 CC el matiz de la posibilidad de que estemos ante un tercer adquirente de buena fe del art. 34 LH.

Lo anterior nos lleva a plantearnos si no sería preferible una interpretación de la acción de nulidad ex art. 96.3 CC, diferenciada de las típicas acciones de anulabilidad de los arts. 1300, 1301 y 1302 CC, en su redacción actual incluso, *para defender que debe tratarse de una acción mucho más protectora, referida a todo tipo de actos dispositivos, incluidos los del derecho desnudo de la facultad de uso, con plazo de prescripción y no de caducidad, no limitado a cuatro años, sino ampliado hasta que se pueda decir que ha perdido el interés el sujeto legitimado, y con una legitimación limitada al cónyuge no propietario (y sus hijos menores, en su caso, a través de un defensor judicial)*.

Hoy tras la reforma de 2021, existe el deber de remitir al Registro todo derecho de uso sobre la vivienda familiar que se hubiera concedido en la sentencia de separación o divorcio, sea contencioso o consensual. Antes de la reforma del artículo 96 por la Ley 8/2021, no existía la obligación de remitir al Registro de la Propiedad la constitución de un derecho de uso sobre la vivienda familiar a favor del cónyuge beneficiario, por lo que era voluntario inscribirlo o no. Ello ocasionaba un problema considerable al poder producirse hipotéticamente una adquisición del inmueble por tercero de buena fe sin la carga del derecho de uso, en la medida en que se cumpliesen las condiciones del artículo 34 y concordantes de la Ley Hipotecaria. Se trataba de unas consecuencias inaceptables desde la perspectiva de la debida tutela *erga omnes* del derecho de uso atribuido por resolución judicial.

Si se piensa bien, la reforma ha supuesto un cambio de perspectiva importante: *el derecho de uso sobre la vivienda familiar entendemos que ha pasado a ser considerado por la ley como un derecho real, equiparable a un derecho real de uso personal y temporal, cuando menos en los casos en que la vivienda familiar sea de propiedad de uno de los cónyuges sólo.*

Fíjese bien que no sucede como con los derechos (personales) de arrendamiento, que pueden ser inscritos en el Registro, pero que opcionalmente puede no querer inscribirse. *Ahora se establece la obligatoriedad de inscripción (aunque no su carácter de inscripción constitutiva), lo que da cuenta de un derecho de importancia muy superior a un mero derecho personal de uso, como el arrendamiento.*

Sin embargo, se plantean todavía tras la reforma del art. 96.4 CC otro tipo de cuestiones.

Por ejemplo, no se aclara la forma y momento en que llegará al Registro de la Propiedad ese derecho de uso concedido por la sentencia de separación o divorcio. Podemos pensar en *el caso en que hubiera una sentencia en materia de divorcio, pero fuera recurrida en cuanto a las medidas*, en concreto respecto de la atribución del uso de la vivienda familiar: *¿se procederá en tal situación por parte del juzgado a remitir al Registro de la propiedad correspondiente el mandamiento ordenando la inscripción?* Tenemos muchas dudas de que lo haga si no es firme aún la sentencia, a menos que se le pida la ejecución provisional, y aun así probablemente tampoco sea viable la inscripción.

Esta hipótesis no la ha resuelto la reforma legal de 2021, que debería haber sido más precisa en cuanto a la forma de proceder a la inscripción registral, y en cuanto a la ejecutabilidad (provisional o definitiva) de la medida. *Hubiera sido más lógico que se procediera de forma automática por parte del Letrado de la Administración de Justicia a remitir directamente al Registro de la Propiedad correspondiente el contenido de la sentencia, en cuanto a la atribución del derecho de uso de la vivienda, una vez emitida la sentencia, y aun cuando no fuera aún firme.* De ese modo se garantiza mucho mejor la posición de quien finalmente será casi siempre titular del derecho de uso sobre la vivienda familiar.

Pensamos ahora en la cuestión de la buena fe del tercer adquirente ex art. 34 LH en general. La duda sobre la buena fe se producirá *no sólo en ese caso antes expuesto*, donde surgirá el riesgo de que haya adquisición de buena fe por el tercero conforme al art. 34 LH. Piénsese que *la situación puede quedar agravada por la cada vez más frecuente custodia compartida*, cuando la misma implica el uso alterno de la vivienda: *en estos casos, correspondiendo el período de uso al*

*cónyuge titular, y no estando aún inscrito en el Registro el derecho de uso a favor del otro (o de éste y los hijos), se podría hacer creer al tercero que se posee libre de cargas el inmueble, y proceder a la enajenación, con lo que ese tercero sería un tercer adquirente de buena fe del art. 34 Ley Hipotecaria.*

También podría suceder algo similar en la hipótesis antes señalada de que el cónyuge titular de la vivienda, sin consentimiento ni conocimiento del otro cónyuge, enajena a un tercero su derecho, incluyendo una manifestación errónea o falsa del transmitente sobre el uso de la vivienda, en aquellos casos de derechos de uso concedidos con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo art. 96 CC y por tanto no inscritos en el Registro.

Otro caso donde se podría seguir planteando la posible buena fe del tercer adquirente, y por tanto el riesgo de pérdida del derecho de uso sobre la vivienda sería aquel en el que el cónyuge transmitente hiciera constar en la escritura la existencia del derecho de uso inscrito en el Registro, pero manifieste aquel al adquirente que ya se ha extinguido la vigencia del derecho, y ese hecho -siendo falso- sea aceptado y considerado como cierto por este último, con lo que se podría también aducir una hipotética buena fe y la aplicación del art. 34 LH.

A nuestro juicio, entendemos que no sólo va a existir a partir de ahora una elevada dificultad para considerar de buena fe a quien sabe o debería saber que en el Registro ya está inscrito el derecho de uso sobre la vivienda familiar. También, y sobre todo, porque, *en general, habrá una grave falta de diligencia del adquirente, quien supo o debió saber con una mínima precaución el estado posesorio de la vivienda.*

A este respecto, se trataría de *aplicar la doctrina jurisprudencial del TS que excluye la buena fe del tercer adquirente, y por tanto lo saca de la órbita del art. 34 LH, cuando el inmueble adquirido se encontraba siendo poseído públicamente por otro con derecho no inscrito.* En estos casos, incluso aunque se haya podido visitar la vivienda aprovechando una ausencia del cónyuge ocupante, parece poco probable que se pueda calificar como de buena fe la conducta del tercero, quien debió poder comprobar con facilidad que existían ocupantes actuales de la vivienda, y haberse cerciorado de si poseía o no un derecho de uso y disfrute.

Todo ello lleva a pensar que, con una alta probabilidad, estando vigente (inscrito o no) el derecho de uso sobre la vivienda, los sujetos que celebran el negocio dispositivo buscarán específicamente el fraude y la finalidad de lesionar al titular del uso.

Por lo tanto, quizás ello nos deba conducir a la postre a defender una reinterpretación del art.96.3 CC, en el sentido -de nuevo- de *considerarlo un supuesto de nulidad de pleno derecho, y no de anulabilidad*, con posibilidad de ejercitar sin el límite de cuatro años, o al menos con una interpretación del cómputo de ese plazo de la manera más favorable al titular del derecho de uso, exigiendo un pleno conocimiento del acto dispositivo y sus condiciones contractuales, antes de empezar a computarlo. Y por supuesto legitimando sólo al cónyuge no propietario, exigiendo además de forma implícita la necesidad de un pronunciamiento judicial (de modificación de medidas) para poder considerar extinguido el derecho de uso.

#### **5.- PENSIÓN COMPENSATORIA (ARTÍCULOS 97 A 101 CC):**

-La pensión compensatoria no guarda relación con el derecho-deber de alimentos. Se fundamenta en el desequilibrio generado por la ruptura de la convivencia: no atiende a las necesidades del beneficiario, sino que está en función del *dato objetivo del desequilibrio* generado por la ruptura.

- Esto último es un dato relevante, en cuanto que su nacimiento no depende propiamente de la demanda de separación o divorcio, sino que el derecho a obtenerla, en su caso, nace con la ruptura de la convivencia o separación de hecho. Por tanto, los actos u omisiones posteriores a ella pueden ser relevantes, de modo que una inactividad reiterada del beneficiario sin reclamar pensión a su ex cónyuge puede suponer una negativa por parte del Juzgado de concederla, con base en los actos propios (art. 7.1 CC).

- Se puede concretar de varias maneras: el devengo de una pensión periódica mensual (la mayoría de los casos), la entrega de una cantidad alzada única, o la entrega de bienes muebles o inmuebles o cualquier otro derecho real o de crédito (art. 99 CC).

A estos efectos, es muy importante analizar el contenido de los posibles acuerdos: puede haber una entrega de bienes de un cónyuge a otro que pudiera aparentar una donación, pero ser realmente una forma de fijar la compensación por el desequilibrio generado por la ruptura (con lo que se validaría el acuerdo y no sería impugnabile).

- A veces se puede solapar con la fijación pactada de una indemnización por la ruptura de la convivencia, o proceder al mismo tiempo que ella, si así se pacta.

- El art. 97 CC fija los criterios a los que atender para, por un lado, determinar cuándo procede y cuándo no la pensión compensatoria, y por otro, para fijar su concreta cuantía en un caso dado.

- La reciente jurisprudencia tiende a reducir los casos de devengo, a la vista de la situación social actual, así como a *limitar temporalmente su duración* (sobre todo en función de la edad y el tiempo de vigencia del matrimonio). No obstante, se siguen concediendo *con carácter vitalicio* en aquellos casos de *matrimonio de larga duración* donde uno de los cónyuges se ha dedicado durante años a tareas domésticas y tiene en el momento de la ruptura unas muy escasas posibilidades de incorporarse al mercado de trabajo.

- Es muy importante la posibilidad de pacto al respecto, así como renuncia anticipada a la pensión.

Cabe el pacto en convenio regulador según el cual se devengará pensión compensatoria tras la separación conyugal, sin especificar el tiempo de duración: en tal caso, no cabe darla por extinguida tras el divorcio, ni limitarla temporalmente, salvo modificación sustancial de circunstancias (STS 3 de febrero de 2017). Habrá que tener mucho cuidado con la redacción del acuerdo y las condiciones temporales o de otro tipo fijadas en él.

- Posibilidad de alteración por cambio sustancial de circunstancias (art. 100CC).

- Causas de extinción: art. 101 CC. Se extingue por cese de la causa que la motivó o por nuevo matrimonio o convivencia de hecho del beneficiario con tercera persona.

La pensión compensatoria no se extingue necesariamente por la muerte del cónyuge obligado a prestarla, sino que puede perdurar y ser una carga de la herencia.

#### **6.- ASIGNACIÓN DE MASCOTAS:**

En el año 2021, por Ley de 15 de diciembre de 2021, se ha introducido una modificación en relación con las mascotas que vivan en compañía de la pareja, con independencia de quién sea el propietario/a:

*“Artículo 94 bis. La autoridad judicial confiará para su cuidado a los animales de compañía a uno o ambos cónyuges, y determinará, en su caso, la forma en la que el cónyuge al que no se le hayan confiado podrá tenerlos en su compañía, así como el reparto de las cargas asociadas al cuidado del animal, todo ello atendiendo al interés de los miembros de la familia y al bienestar del animal, con independencia de la titularidad dominical de este y de a quién le haya sido confiado para su cuidado. Esta circunstancia se hará constar en el correspondiente registro de identificación de animales”.*

#### **LA SENTENCIA DE DIVORCIO/SEPARACIÓN Y SUS EFECTOS: APELACIÓN DE LA SENTENCIA Y EJECUCIÓN PROVISIONAL:**

Procede examinar la normativa procesal en la materia para sacar alguna primera conclusión:

- El pronunciamiento sobre el divorcio mismo no es susceptible de apelación, como regla, por lo que se puede considerar firme. Ya vimos más arriba las posibles excepciones donde podría recurrirse ese pronunciamiento (básicamente, defectos procedimentales/ incumplimiento de la exigencia legal de tres meses de matrimonio). En la práctica no se encuentran recursos de apelación por tales motivos.

- Pronunciamientos de la sentencia de divorcio de orden personal, y su posible ejecución provisional (o definitiva, pero revocable si es cambiado el pronunciamiento en apelación):

El punto de partida es el artículo 774.5 LEC y su desarrollo jurisprudencial, conforme al cual, aun habiendo una sentencia en materia de divorcio que no sea firme, es susceptible de ejecución inmediata, ya sea como ejecución provisional, ya (sobre todo) como ejecución definitiva, sin perjuicio del resultado final del procedimiento.

Esta doctrina jurisprudencial de múltiples Audiencias Provinciales se funda para ello en la imperiosa necesidad, en el ámbito familiar, de que tengan inmediata ejecución muchas de las disposiciones de las sentencias de divorcio, al tratarse de cuestiones de índole personal, asistencial y de convivencia, que, por afectar a derechos fundamentales y al libre desarrollo de la personalidad de los sujetos, no pueden quedar demoradas a que se dicte, dentro del plazo de uno o dos años, una sentencia en apelación que acabe confirmando lo sostenido por la sentencia de instancia. Se trata además un mecanismo demasiado obvio para el condenado con el fin de intentar retrasar al máximo la efectividad de la condena, con grave daño, muchas veces ya irreparable si se espera hasta la firmeza, para quien ha obtenido una resolución judicial favorable, por lo que es razonable su ejecución inmediata.

Veamos algunas resoluciones de Audiencias Provinciales a este respecto:

**Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª) de 10 de febrero de 2012 (que a su vez cita otras resoluciones de Audiencias Provinciales, entre ellas el Auto de 9 de octubre de 2002 de la Audiencia Provincial de Málaga):**

*“En relación a la ejecución de la medida sobre el régimen de visitas y comunicación del progenitor no custodio, es de señalar que la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia menor consideran que las medidas adoptadas en un proceso matrimonial o de menores, que guarden relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, la disolución del régimen económico y las garantías a establecer entre los cónyuges tienen eficacia o ejecutividad inmediata desde el momento del dictado de la sentencia, y ello con independencia de que la sentencia fuere recurrida, al amparo de lo establecido en el apartado 5 del art. 774 de la LEC en relación con el apartado anterior del mismo precepto.*

*En tal sentido, cabe citar como exponentes de tal posicionamiento, los Autos de las Audiencias Provinciales de Madrid, de fecha 12-3-2002; Burgos, de fecha 26-4-2002; Málaga, de fecha 9-10-2002; Barcelona, de fecha 30-9-2002; Cádiz, de fechas 22-11-2002 y 9-5-2007; Zamora, de fecha 22-1-2003; Girona, de fecha 5-1-2004; Huelva, de fecha 2-4-2004; Tarragona, de fecha 5-10-2004; Murcia, de fecha 10-1-2006”.*

**Auto de la Audiencia Provincial de Huelva (Sección 1ª) de 26 de mayo de 2009:**

*“PRIMERO.- Constituye el objeto del presente recurso de apelación el auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia Dos de Huelva de fecha 23 de febrero de 2.009, por el que se deniega la ejecución provisional de la sentencia dictada en los autos de Juicio de Divorcio 512/08, seguidos a instancias de la hoy recurrente Dña. Paulina frente a D. Juan Francisco .-*

*La sentencia de divorcio de fecha 17 de noviembre de 2.008 contenía el siguiente pronunciamiento: "4º.- Se atribuye el uso de la vivienda familiar sita en CALLE000 (actualmente NUM000 nº NUM001, NUM002 planta) a Dña. Paulina, a quien también se atribuye el uso y administración del ajuar doméstico, previa retirada de los enseres de carácter personal que D. Juan Francisco allí se hallan en el plazo de 15 días desde la notificación de la presente resolución".*

*Y la parte recurrente, mediante escrito de fecha 12 de febrero de 2.009, manifestaba que el demandado había expresado que iba a dejar libre la vivienda atribuida a la esposa el día 9 de febrero, sin verificarlo, por lo que instaba la ejecución provisional de la sentencia respecto a ese extremo de la sentencia de acuerdo al siguiente suplico: "... dictándose auto despachando ejecución ordenando al ejecutado el desalojo de la vivienda cuyo uso ha sido atribuido a Dña. Paulina y que ocupa el demandada en término de tres días..."*

*Frente a la petición se dictó el auto ahora objeto de recurso denegando la ejecución puesto que "... la resolución que nos ocupa al tener el carácter de no provisionalmente ejecutable a tenor de lo dispuesto en el art. 525.1 LEC, al haber recaído en un procedimiento de divorcio y no tener, en sentido estricto, contenido patrimonial relacionado con el objeto principal del pleito en atención a la naturaleza personal del derecho de uso de la vivienda familiar".-*

*SEGUNDO.- El recurso se articula sobre la base de la colisión existente entre el art. 525 LEC y el art. 774.5 LEC, en cuanto que éste último, inserto como norma específica en el ámbito de los procedimientos de nulidad, separación y divorcio, **expresamente señala que los recursos que se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieren acordado.** Ampara el recurso en el desarrollo jurisprudencial del precepto a través de distintos pronunciamientos de distintas Audiencias para concluir que resulta ejecutable provisionalmente la resolución en los términos instados en su día.-El ejecutado formula su oposición al recurso amparándose en que en el escrito de ejecución y como fundamentos jurídicos se citan los arts. 523 a 527 LEC, por lo que entiende que la cita del art. 774.5 supone una petición ex novo, que no debe ser atendida en segunda instancia. Y respecto al fondo de la cuestión entiende de aplicación los arts. 523 y ss, no resultando procedente ejecutar provisionalmente la sentencia.-*

*TERCERO.- Centrada la cuestión del objeto del recurso, se comprueba que el problema suscitado tiene un importante elemento jurídico más que fáctico. Respecto a la cuestión de la ejecutoriedad de las medidas acordadas en las sentencias de procedimientos matrimoniales, podemos citar distintas resoluciones de Audiencias Provinciales que han abordado la cuestión. En tal sentido Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 3ª, Auto de 22 Nov. 2007, rec. 73/2007:*

*“SEGUNDO.- Por todo ello estamos ante una situación meramente jurídica, de interpretación de los citados preceptos. **El artículo 774.5 de la LEC se sitúa sistemáticamente dentro de la normativa específica relativa a los trámites procesales que se han de llevar a cabo en los "procesos matrimoniales y de menores", y es por ello una norma específica para estos procesos y el tenor literal de la misma (artículo 3 del código civil) es meridianamente claro; los recursos a las resoluciones en estos procesos no suspenden la eficacia de las medidas adoptadas por la resolución. Así pues, en este tipo de procesos, no se está ante una decisión de ejecución provisional o no de la sentencia, sino ante una eficacia inmediata de las medidas establecidas en la misma una vez dictada la resolución, se recurra ésta o no, por lo que el recurso debe ser admitido** Por otra parte, y en similares términos, también se pronuncia la Sentencia nº 4/2006 de la Sección quinta de la Audiencia Provincial de Murcia de 10 de enero de 2006, cuando establece que;*

*"Segundo: Se plantea en el recurso la interesante cuestión sobre la posible contradicción entre los artículos 525.1 y 774.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El primero de ellos, ubicado dentro de las normas generales de la Ejecución forzosa establece que no podrá*

*despacharse ejecución provisional en las sentencias dictadas en procesos de paternidad, maternidad, filiación, nulidad de matrimonio, separación y divorcio, capacidad y estado civil y derechos honoríficos, salvo los pronunciamientos que regulen las obligaciones y relaciones patrimoniales relacionadas con lo que sea objeto principal del proceso. Por su parte el artículo 774.5, sistemáticamente situado dentro de los procesos matrimoniales, señala que los recursos que conforme a la ley se interpongan contra la sentencia, no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubiesen acordado.*

***El auto recurrido considera que es posible ejecutar las medidas acordadas por prevalecer el contenido del artículo 774.5 como norma especial frente a la norma general del artículo 525.1. Esta Sala comparte los razonamientos de la resolución recurrida y viene a confirmar el criterio señalado en la misma. No cabe duda que no estamos ante una cuestión pacífica, sino que al contrario, es polémica, si bien más en un ámbito doctrinal que jurisprudencial, pues es prácticamente unánime la jurisprudencia menor que considera que son ejecutables las medidas adoptadas en un proceso de familia cuya sentencia no es firme al haber sido recurrida. En tal sentido se pueden citar a favor de esta tesis los autos de AP Tarragona (3ª) de 5 de octubre de 2004 , 7 de mayo de 2004 ó 16 de mayo de 2003 ; AP Zamora de 22 de enero de 2003 ; Cádiz (8ª) de 22 de noviembre de 2002 ; Burgos (2ª) de 26 de abril de 2002 ; Barcelona (12ª) de 30 de septiembre de 2002 ; Madrid (22ª) de 12 de marzo de 2002 ; Girona (2ª) de 5 de enero de 2004 ; Huelva (2ª) de 2 de abril de 2004 ó Málaga (6ª) de 9 de octubre de 2002. En contra se pueden citar los AAP La Rioja de 10 de diciembre de 2001 ó Vizcaya (4ª) de 17 de febrero de 2002, si bien en estos casos no se llega a examinar la posible contradicción entre los artículos citados, sino que se limitan a aplicar la previsión general del artículo 525 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.***

***CUARTO.- Sentadas las premisas anteriores esta Sala entiende que es aplicación preferente del artículo 774.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , puesto que el problema se centra en ejecutividad inmediata de las medidas adoptadas en un proceso matrimonial, lo que hace perder parte de la contradicción señalada. La interpretación sistemática del precepto citado queda sustentado en el razonamiento de la Sentencia de la A. P. De Las Palmas, antes señalada podemos suscribir que El artículo 774 de la Ley de Enjuiciamiento Civil regula la adopción de las medidas definitivas en los procesos matrimoniales que vienen a sustituir a las medidas provisionales del artículo 773 del texto procesal. En este último artículo, en su apartado 5, se fija el momento final de las medidas provisionales, estableciendo tajantemente que quedarán sin efecto cuando sean sustituidas por las que definitivamente se establezcan en sentencia. Obsérvese que no se hace referencia alguna a medidas firmes, sino que el texto procesal se refiere en exclusiva a medidas definitivas, que no son otras que las adoptadas al amparo del artículo 774 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Es evidente que no es posible dejar una situación de crisis familiar sin medidas aplicables a las relaciones paterno filiales o de contenido económico o patrimonial, por lo que si las medidas provisionales cesan por expresa previsión legal cuando se fijan las definitivas, sería contrario a la propia finalidad del derecho de familia pensar que la interposición del recurso de apelación contra la sentencia definitiva implicaba igualmente la suspensión de las medidas definitivas que han de sustituir a las provisionales cuya eficacia acaba con la***

***propia sentencia.*** No existe ninguna previsión legal que permita extender los efectos de las medidas provisionales hasta la firmeza de la sentencia en la que se adoptan las medidas definitivas. Éstas son ejecutables y exigibles desde el mismo momento en el que se dicta la sentencia que las adopta, y lo son con independencia de que tal sentencia se recurra o no, o en su caso con independencia de las materias objeto de recurso. Por ello, y ante esta realidad incuestionable, se establece la previsión del artículo 774.5 , que no hace sino reconocer la eficacia inmediata de las medidas definitivas que se hayan adoptado en la sentencia recurrida y su vigencia en las relaciones derivadas del proceso de familia en sustitución de las anteriormente acordadas.- ***A mayor abundamiento no podemos olvidar que la medida que se intenta ejecutar es la de atribución de la vivienda familiar, y que dicha atribución se constituye como una medida a las que se refiere el apartado 4 del artículo 774 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y estas medidas son las que el juez está obligado a adoptar imperativamente a falta de acuerdo entre los cónyuges o cuando los acuerdos no abarquen alguna de estas cuestiones. Y desde una perspectiva sistemática cabe concluir que las medidas definitivas de carácter indisponible a las que se refiere el artículo 774.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no son ejecutables provisionalmente, sino que de conformidad con el artículo 774.5 tienen eficacia directa tras su adopción en la sentencia, por lo que son directamente ejecutables con independencia de que sea o no recurrida en apelación la sentencia dictada...***

**Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª) de 2 de julio de 2019:**

***“... En el recurso de apelación de la parte ejecutada se alega:***

***1º) que no puede ejecutarse una sentencia como la de 9 de enero de 2017 ya que se había interpuesto recurso de apelación por ambas partes y no era ejecutiva. Procede rechazar este motivo pues, como ya hemos visto, la declaración de divorcio era firme pues no fue objeto de recurso y, en cuanto a las medidas relativas a la prestación compensatoria y al uso del último domicilio familiar, el art. 774.5 de la LEC prescribe que los recursos que, conforme a la ley, se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieran acordado en esta”.***

**Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª) de 16 de enero de 2021:**

*“La aparente contradicción entre el artículo 525.1º.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el 774.5 de la citada ley procesal debe salvarse realizando una interpretación sistemática de los referidos preceptos. El artículo 774.5º de la LEC, al regular el proceso especial establece que los recursos contra la sentencia dictada no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubiesen acordado en ésta. Se introduce pues el criterio de la ejecutoriedad inmediata de las medidas reguladoras de la crisis conyugal referidas a cuestiones de carácter indisponible. Al no remitirse la normativa referida a la ejecución provisional debe entenderse, al menos en relación con las medidas a las que se refiere el artículo 774-4 de la LEC, que se trata de una ejecución definitivamente anticipada. Existe pues una regulación específica contenida en el artículo citado que debe prevalecer respecto de lo dispuesto en el artículo 525.1.1º del mismo texto legal. En consecuencia es irrelevante, de una parte, que la demanda presentada no adjetive la ejecución pretendida y de otra que no invoque específicamente los preceptos antes expresados cuya aplicación deriva del principio "iura novit curia".*

**Auto de la Audiencia Provincial de Castellón (Sección 2ª) de 12 de noviembre de 2009:**

*“La cuestión objeto de recurso ciertamente ha sido estudiada por las diferentes audiencias provinciales concluyendo la mayoría en la forma expuesta por la juez de instancia, es decir en la ejecutabilidad de la resolución judicial recaída en el procedimiento de modificación de medidas aunque haya sido objeto de recurso.*

*A tales efectos y como indica en su obra Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Miguel Angel Fernández Ballesteros y otros: "El párrafo 5º del art. 774 LEC establece el principio de ejecutividad provisional de las resolución en materia de medidas reguladoras de los efectos de la crisis conyugal. (...) En la nueva regulación se distinguen las medidas para regular efectos de orden público, como las relativas a las responsabilidades parentales, vivienda familiar, alimentos o gestión del patrimonio común, de las medidas de carácter dispositivo y los pronunciamientos sobre estado civil, estableciéndose una triple distinción: las primeras son directamente ejecutivas, las segundas podrán ser objeto de ejecución provisional (arts. 526 y 527 ) incluso a instancias del apelante y las últimas no podrán ejecutarse hasta que no recaiga sentencia firme, si bien con la novedosa regulación del recurso de apelación se prevé que, en caso de que en la formación del mismo no sean impugnados tales pronunciamientos, devengan firmes con carácter inmediato y, en consecuencia, puedan ejecutarse, tal como se desprende del nº 5 del artículo que comentamos, en relación con el art.*

755 LEC”.

**Auto de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 5ª) de 23 de octubre de 2007:**

*“Por lo tanto la cuestión esencial es determinar el comienzo de la eficacia de la sentencia de divorcio, debiendo resaltarse que nos encontramos con la existencia de dos resoluciones judiciales que inciden de forma contraria sobre la misma medida - la sentencia de separación que concedió una pensión compensatoria de 300 euros, ascendente tras la pertinente actualización a 311 euros, y la sentencia de divorcio que fijó dicha pensión en la suma de 210 euros -, haciendo constar, por ser admitido por ambas partes, que la sentencia de divorcio ha sido recurrida en apelación precisamente por la demandante ejecutiva. **Sin embargo esta sala estima que debe aplicarse en este caso el art . 774 . 5 de la LEC , que establece que los recursos contra la sentencia no suspenden la ejecución de las medidas acordadas en la misma. Dicho precepto parece estar en contradicción con el 525.1 1º de la LE Civil, que impide la ejecución provisional de las resoluciones dictadas en procedimientos de nulidad, separación o divorcio, aunque admite dicha ejecución provisional de obligaciones patrimoniales establecidas en las mencionadas resoluciones, contradicción que se salvaría admitiendo que las sentencias dictadas en los procedimientos de familia son ejecutables directamente y no de forma provisional.***

***Siguiendo el criterio mantenido por la mayoría de las Audiencias Provinciales (AP de Madrid 11-3-02, Burgos 24-4-02, Barcelona 10-9-02, Tarragona 16-5-03, Cádiz 8-9-2004 ) consideramos que debe prevalecer la previsión del artículo 774.5 , precisamente porque este último precepto no prevé exactamente una ejecución provisional de las medidas, sino que dispone la eficacia o ejecutividad inmediata de las mismas, de modo que el recurso de apelación que se formule contra la sentencia no produce efecto suspensivo en cuanto a los efectos y medidas acordadas en ella: para llegar a tal conclusión debemos tener en cuenta el principio de especialidad del precepto recogido en el título dedicado a los procedimientos especiales de familia, en concordancia con otro precepto que viene a confirmar la misma línea interpretativa, que es el 773.5 LEC , que establece que las medidas provisionales quedan sustituidas de forma automática por las establecidas en la sentencia, puesto que la finalidad de ambos preceptos no puede ser otra que la de evitar las diversas vicisitudes y problemas que pueden producirse en el ámbito familiar como consecuencia de la prolongación en el tiempo del procedimiento de nulidad, separación o divorcio por la interposición de recursos, sin que sea necesario esperar a la firmeza definitiva de la sentencia”.***

## **LA MODIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS POR NUEVAS CIRCUNSTANCIAS SOBREVENIDAS:**

Normas civiles y procesales que regulan la modificación de medidas previamente adoptadas en sentencia de divorcio o separación:

**Dispone el artículo 152 del Código Civil:**

*“Art. 152. Cesará también la obligación de dar alimentos:*

*1º Por muerte del alimentista.*

*2º Cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia.*

*3º Cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria, o haya adquirido un destino o mejorado de fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia.*

*4º Cuando el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a la desheredación.*

*5..º Cuando el alimentista sea descendiente del obligado a dar alimentos, y la necesidad de aquél provenga de mala conducta o de falta de aplicación al trabajo, mientras subsista esta causa”.*

