



MÁSTER DE ACCESO A LA ABOGACÍA

LA CRISIS MATRIMONIAL

Presentado por:
María Mazariegos Pérez

Tutelado por:
Fernando Crespo Allúe

ÍNDICE

1. ANTECEDENTES DE HECHO.

2. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

2.1. Cuestiones.

2.2. La guarda y custodia de los hijos.

2.3. Derecho de visitas.

2.3.1. ¿Es la madre libre de trasladar a los hijos a Canarias?

2.4. Atribución de la vivienda familiar.

2.4.1. Reclamación de vivienda por la madre de Don Jesús.

2.4.2. Temporalidad.

2.5. Pensión de alimentos.

2.5.1. Pensión de alimentos en el caso de que la vivienda sea reclamada por la abuela.

2.5.2. Pensión de alimentos en el caso de traslado a Gran Canaria.

2.6. Pensión compensatoria.

2.6.1. Temporalidad.

2.6.2. Pensión compensatoria en caso de relación afectiva.

3. CONCLUSIONES.

4. BIBLIOGRAFÍA.

5. JURISPRUDENCIA.

ANTECEDENTES DE HECHO.

Don Jesús García del Barrio, médico cardiólogo, contrajo matrimonio civil con Doña Carolina Pérez Villa, en Valladolid el 6 de septiembre de 2014, tras haber estado doce años conviviendo sin estar casados, en los cuales tuvieron dos hijos, Javier y Sergio, nacidos el 3 de mayo de 2011 y el 10 de noviembre de 2013, respectivamente.

Desde hace unos años vienen atravesando una situación de crisis matrimonial, que llevó al esposo a abandonar el domicilio conyugal, en el cual ha permanecido la esposa con los dos hijos, en el año 2016.

Dicha vivienda, la cual ha constituido el domicilio familiar, pertenece en propiedad a la madre de Don Jesús, quien se la facilitó de manera gratuita, permitiendo su ocupación sin pagar renta alguna, con el fin de que fijasen allí el domicilio familiar.

Doña Carolina, licenciada en derecho, venía trabajando en un despacho de abogados, con plena dedicación, hasta el mes de mayo de 2011 en que pidió reducción de jornada, pasando desde esa fecha a trabajar sólo por las mañanas.

Desde hace unos seis meses, a Doña Carolina se la ha visto frecuentemente acompañada por un hombre, compañero del despacho, sin que se pueda asegurar que exista una relación afectiva entre ellos.

Desde que abandonó el domicilio conyugal ha venido conviviendo con sus hijos fines de semana alternos desde la salida del colegio el viernes, hasta la entrada el lunes por la mañana, además de la tarde de los miércoles de todas las semanas, así como la mitad de las vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano.

Don Jesús ha tenido conocimiento por sus hijos, de la intención de la madre de trasladarse el próximo curso a vivir a Gran Canaria, donde, al parecer, tiene posibilidades de obtener un puesto de trabajo muy bien remunerado.

Desde que se produjo la separación de hecho, el esposo ha venido asumiendo el pago de los gastos y servicios de la vivienda, los gastos escolares de los hijos, entregando además a la esposa la cantidad de 1.000 euros para el mantenimiento de sus hijos.

2. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

2.1. Cuestiones.

Don Jesús García nos requiere la elaboración de un dictamen en el cual se le informe sobre las siguientes cuestiones:

- a) El sistema de guarda y custodia de sus hijos menores y, en concreto, sobre la posibilidad de obtener la guarda y custodia exclusiva o compartida sobre los mismos, máxime teniendo en cuenta la posibilidad de que en un año pretenden trasladarse a vivir a Gran Canaria, y que, aunque sus hijos tienen una buenísima relación con su padre, es verdad que éste, por su trabajo, nunca se ha ocupado directamente de las atenciones de sus hijos, función que asumió casi con exclusividad la madre.
- b) ¿Si se atribuye la guarda y custodia exclusiva a la madre, es ella libre de decidir trasladar a sus hijos a vivir a Gran Canaria? ¿Cómo afectaría al derecho de visitas? ¿Podría el esposo solicitar un cambio de custodia?
- c) La atribución del uso de la vivienda conyugal y si éste podría ser temporal o tendría derecho a continuar en la misma hasta la mayoría de edad o emancipación económica de los hijos.
- d) Si la pensión alimenticia que se fijase se podría ver afectada si la madre de Don Jesús reclamase la vivienda de su propiedad.
- e) La posible obligación de abono de una pensión compensatoria y su duración ¿podría el esposo exigir que fuera temporal?
- f) ¿Podría afectar a la pensión compensatoria el hecho de que la esposa tuviese una relación afectiva con un compañero del despacho?
- g) ¿Podría afectar a la pensión de alimentos el traslado de la esposa e hijos a vivir a Gran Canaria?

2.2. La guarda y custodia de los hijos.

La guarda y custodia de los hijos es la primera cuestión planteada por Don Jesús, y en concreto la posibilidad de que ésta sea compartida por ambos progenitores, o exclusiva de uno de ellos.

Para empezar, debemos diferenciar dos conceptos¹, como son la patria potestad y la guarda y custodia, ya que están muy diferenciados.

Pues bien, para el Tribunal Supremo², la patria potestad “es un derecho que la ley confiere a los padres sobre las personas y bienes de sus hijos. Este derecho es inherente a la paternidad-maternidad, cuyo objetivo primordial es el beneficio de los hijos. Por ello, su ejercicio no es facultativo, sino que es una obligación para aquel que lo ostente”.

De igual manera, se pronuncian DÍEZ PICAZO y GULLÓN³, concibiendo la patria potestad como el conjunto de poderes que ostentan los padres con la finalidad de cumplir con los deberes y obligaciones que les atribuye el imperio de la Ley.

Por tanto, una de las grandes diferencias con la custodia es que la titularidad de la patria potestad no se verá afectada por el cese de la convivencia de los progenitores por la ruptura matrimonial⁴.

Este concepto, está íntimamente relacionado con el de guarda y custodia, el cual es definido por GUILARTE MARTÍN-CALERO⁵ como “*aquella potestad que atribuye el derecho*

¹ DOMÍNGUEZ OLIVEROS, I. *¿Custodia compartida preferente o interés del menor?*. Tirant lo Blanch, Valencia 2018, p. 26-36.

² STS de 9 de julio de 2002.

³ DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A. *Sistema de Derecho Civil, Volumen IV, Derecho de Familia, Derecho de Sucesiones*. Edit. Tecnos, Madrid 2006, p.256.

⁴ GUILARTE MARTÍN- CALERO C, “Comentarios del nuevo artículo 92 del Código Civil” en Comentarios a la reforma de la separación y divorcio. Ley 15/2005 de 8 de julio, Lex Nova (Valladolid), 2005, p. 133.

⁵ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. “La custodia compartida alternativa. Un estudio doctrinal y jurisprudencial” en Revista para el Análisis del Derecho, en InDret 2/2008, Barcelona 2008, p.4.

a convivir de forma habitual con los hijos menores o incapacitados, de forma permanente o bien de forma alterna o sucesiva en los periodos prefijados y abarca todas las obligaciones que se originan en la vida diaria y ordinaria de los menores?

Por ello, podríamos definir la guarda y custodia, como el derecho a convivir de manera habitual con los hijos, confiriendo al progenitor custodio una serie de obligaciones como son la alimentación, el cuidado, la educación y la vigilancia de los menores al cargo.

Tratando ya exclusivamente la cuestión de la guarda y custodia en los supuestos de separación, nulidad o divorcio, ésta está regulada en el art. 92 del Código Civil, el cual sufrió un gran cambio con la Ley 15/2005, ya que antes de esta Ley, el artículo no contemplaba de manera explícita la posibilidad de atribuir la guarda y custodia a ambos progenitores de manera conjunta.

Sin embargo, la Ley 15/2005, de 8 de julio, introdujo esta posibilidad, concretamente en el art. 92.5 CC⁶, confiriéndoles a los padres libertad de decisión respecto a la custodia de los menores, al establecer que el ejercicio de la guarda y custodia será compartido cuando lo soliciten los padres en la propuesta del convenio regulador, o bien cuando lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento.

A pesar de ello, esta no es la única opción, ya que el apartado 8 de este mismo artículo⁷ establece la posibilidad de acordar este régimen cuando lo solicite uno de los cónyuges, en el caso de que el Juez lo considere oportuno para la protección del interés del menor, al ser el más necesitado de protección.

De hecho, en los últimos años, desde el cambio en la normativa, el régimen de custodia compartida ha pasado de ser una situación excepcional a ser la más normal, ya que teniendo en cuenta el interés del menor lo más favorable es que se relacione por igual con

⁶ Art. 92.5 CC: “Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos”.

⁷ Art. 92.8 CC: “Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”.

ambos progenitores para su buen desarrollo, pasando a establecerse la custodia exclusiva de uno de los progenitores en situaciones excepcionales.

Pues bien, el CC no establece unas pautas legales que fijen unos criterios para el establecimiento o no de la custodia compartida, ya que el art. 92 CC se limita en su apartado 7 a excluirla en el caso de que *“cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica”*.

Sin embargo, tanto antes como después de la reforma de 2005, el criterio que se mantiene a la hora de establecer la custodia, es el interés del menor, ya que es el interés superior a proteger, y no el de los progenitores, por lo que es el criterio fundamental que se debe tener en cuenta para tomar la decisión de la atribución de la guarda y custodia.

Pero siendo esta idea un poco abstracta y no estableciendo la ley los requisitos necesarios en el artículo 92 CC, éstos han tenido que ser establecidos por la Jurisprudencia.

En este sentido con la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2013⁸ parece superarse la excepcionalidad de la custodia compartida, y en la que se fijan unos criterios para el establecimiento de la misma, como son las aptitudes personales de los progenitores, el cumplimiento de sus deberes en relación con los hijos, el respeto mutuo entre ellos, los deseos de los menores, el resultado de los informes, el número de hijos, entre otros.

⁸ STS de 29 de abril de 2013: *“Se declara como doctrina jurisprudencial que la interpretación de los artículos 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea”*.

Tras esta sentencia, el legislador vio necesario la precisión del concepto de interés del menor, por lo que se pronunció en este sentido en la Ley Orgánica 8/2015 de 2 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia.

En esta ley se fijan los criterios de interpretación del principio de interés del menor, estableciendo que “se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, se protegerá la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales como emocionales, físicas y educativas, se ponderará también la necesidad de estabilidad de las soluciones adoptadas y que la medida que se adopte no restrinja o limite más derecho que los que ampara”.

Por ello, son varias las pautas a tener en cuenta a la hora de determinar la custodia de los menores, como son⁹:

- Las aptitudes personales de los padres, como son la falta de conflictividad entre ellos, la capacidad para mantener un único modelo educativo, la relación con los hijos.
- La proximidad del domicilio de los padres, ya que esto garantiza la estabilidad del entorno del menor, lo cual se considera imprescindible, y su falta podría suponer la exclusión de la custodia compartida.
- La disponibilidad de los padres para mantener el trato directo con los hijos en el periodo alterno correspondiente.
- Los medios materiales, ya que lo óptimo para el establecimiento de la custodia compartida sería que ambos progenitores dispusiesen de medios económicos suficientes.
- La edad de los hijos, al no ser la custodia compartida beneficiosa para menores de muy corta edad.

⁹ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. *Criterios de atribución de la custodia compartida*. Indret, Barcelona, 2010, pag. 13 y ss.

- Arraigo social y familiar.
- La voluntad de los menores, la cual es tenida en cuenta por el juzgador a la hora de establecer o no la custodia compartida.
- El resultado de los informes.

Pues bien, ya en el caso concreto, debemos diferenciar dos supuestos:

1. El primero de ellos, es el caso de que **la madre finalmente no se traslade a vivir a Gran Canaria:**

En este caso no vemos ningún impedimento para que la custodia pueda ser compartida por ambos progenitores ya que ambos padres **residirían en la misma ciudad**, por lo cual la distancia entre el domicilio de los cónyuges no sería un impedimento para el establecimiento de este tipo de custodia.

Otro de los motivos sería que **la edad de los menores** no es un impedimento para su establecimiento, al considerarse suficiente para la adaptación a la custodia compartida, no necesitando ya una mayor atención por parte de la madre.

En cuanto a **la jornada laboral de ambos padres**, la madre trabaja exclusivamente por las mañanas, y en cambio el padre trabaja a jornada completa, si bien esto no es un impedimento suficiente para el no establecimiento de la custodia compartida ya que los niños están en edad de escolarización, acudiendo al colegio mañana y tarde, por lo que el padre les podría dedicar todo el tiempo posible.

Así, la Audiencia Provincial de Valladolid se pronunció en este sentido, en la Sentencia de 7 de marzo de 2018¹⁰, al considerar que “no puede utilizarse el horario laboral del padre para cuestionar la viabilidad de la custodia compartida, pues el hecho de que el padre trabaje no puede considerarse un elemento negativo

¹⁰ SAP Valladolid de 7 de marzo de 2018, en la que se establece la custodia compartida, al margen de la jornada laboral del padre.

para que se pueda establecer este modelo de custodia, ni el hecho de encontrarse la madre en situación de excedencia laboral, un elemento a favor de la custodia monoparental”.

Por otro lado, **la relación que mantienen los padres es buena**, con muy buena comunicación entre ellos y con un magnífico entendimiento, y la relación de los hijos con sus padres es también excelente, a pesar de que la madre haya tenido siempre un rol más activo en la educación de los menores.

Por ello, consideramos que ambos progenitores son totalmente aptos para el cuidado de sus hijos, y este régimen sería el más favorable para los menores, debiendo tenerse siempre en cuenta el interés de éstos al ser el primordial a proteger.

2. En cuanto al segundo supuesto que podría darse, nos encontramos con el caso de que **la madre finalmente decida trasladarse a vivir a Gran Canaria:**

En este caso, la custodia compartida no sería lo más indicado, dada la distancia que habría entre el domicilio de los padres (más de 2.000 km), que impediría el mantenimiento de una custodia compartida, ya que los menores debería trasladarse en avión de una ciudad a otra, debiendo ir acompañados de una persona mayor de edad, lo cual supondría un coste aun mayor, y esto sería insostenible, no pudiendo los menores estar escolarizados en dos centros escolares diferentes. Debido a esto, el régimen de custodia compartida no es que fuese poco recomendable, sino que sería prácticamente imposible.

Por ello, al tener la madre una oferta de trabajo bien remunerada en Gran Canaria, y al haberse encargado ella del cuidado de los hijos desde su nacimiento, lo más favorable sería el establecimiento de un régimen de custodia exclusiva a favor de ésta. Si bien, con un régimen de visitas muy amplio para el padre, lo cual veremos en el siguiente punto.

En este caso, sería complicada la atribución de la custodia exclusiva a favor del padre, debido a la tendencia a atribuir la custodia a la madre y no al padre en

exclusiva, ya que se tienen muy en cuenta el vínculo emocional de los niños con sus padres, y al haberse encargado la madre casi en exclusiva de su cuidado desde que nacieron.

Sin embargo, el padre podría solicitar el cambio de custodia, ya que al trasladarse ésta a vivir a la isla estaría mirando por su propio interés y no por el de sus, ya que los niños no tienen arraigo alguno allí, por lo que su traslado a la misma no traería ningún beneficio a los menores, sino que supondría numerosos perjuicios para ellos, como es el comienzo en un centro escolar nuevo, la separación de su entorno social y familiar, ya que sus abuelos y tíos viven en Valladolid, y no hay nada que les una con Gran Canaria.

En consecuencia sería más estable para los hijos no cambiar de entorno, permaneciendo en Valladolid junto a su padre, el cual además cuenta con mayores recursos económicos que la madre, teniendo también una vivienda adecuada en la que convivir con los menores.

En este sentido, se pronunció la Audiencia Provincial de Valladolid, con fecha 11 de diciembre de 2017¹¹ en la cual se establece la custodia exclusiva al padre, por suponer el establecimiento de una custodia compartida el traslado de una menor de Valladolid a la ciudad de residencia de la madre “obviando que Valladolid es la ciudad de arraigo de ésta, en cuyo entorno desenvuelve su vida en todos sus aspectos y es la ciudad en la que además de las relaciones familiares paternas tiene sus amigos y se encuentra escolarizada”. Considera la Sala, que el traslado en ese caso de la menor “sería someterla a un futuro incierto obviando la situación de estabilidad actual” ya que la madre no tiene una estabilidad económica, al contrario que el padre.

Por ello, podemos concluir diciendo que ambos regímenes son totalmente posibles, si bien todo cambia en atención a la decisión de la madre de trasladar su domicilio a Gran Canaria.

¹¹ SAP Valladolid de 11 de diciembre de 2017, en la cual se establece la custodia exclusiva a favor del padre, al trasladarse la madre a vivir a otra ciudad, y no tener ésta una estabilidad económica suficiente.

2.3. Derecho de visita.

La siguiente cuestión a resolver es el régimen de visitas, y en este sentido establece el Código Civil en su art. 94: *“El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial”*.

Por ello, en el caso de que la custodia fuese atribuida a Doña Carolina, este derecho lo ostentaría el padre, y viceversa.

En el caso de que la madre se trasladase a vivir a Gran Canaria, y se le atribuyese una custodia exclusiva de los menores, habría un régimen de visitas lo más amplio y concentrado que fuese posible para Don Jesús, con el fin de que éste pueda disfrutar también de sus hijos y éstos pasar tiempo con su padre.

Este derecho debería materializarse sobre todo en las vacaciones escolares para no disturbar a los menores en su rutina escolar.

En cuanto a los gastos que supondría este régimen de visitas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2015¹², llega a la conclusión de que los gastos de desplazamiento deberán ser abonados por mitad por ambos progenitores, con excepción de los gastos de las vacaciones estivales.

Pues bien, el régimen de visitas de Don Jesús, en el caso de que la madre se trasladase a vivir fuera con los hijos, debería materializarse de la siguiente manera:

- Los progenitores son los que deberían ponerse de acuerdo para el establecimiento del régimen de visitas que más cómodo y menos dificultoso fuese para ambos, debida a la gran distancia que habría de un domicilio a otro. Lo más adecuado en estos casos es que las visitas sean de mayor duración que la que tendrían en el caso de vivir en la misma ciudad, pero más distanciadas en el tiempo.

¹² STS de 23 de septiembre de 2015: *“La madre deberá hacerse cargo de la mitad de los gastos de transporte que se devenguen por el traslado del menor a la residencia del padre, (en clase turista), excepto el viaje en las vacaciones de verano”*.

- Una buena solución sería establecer las visitas del padre un fin de semana al mes en el periodo escolar de los niños. Con la excepción de los cumpleaños de los padres, que en la medida de lo posible deberían pasar el de la madre con ella y el del padre con él, siempre que no altere su jornada escolar, y en los cumpleaños de los menores se establecería por años alternos.
- En el caso de los puentes que haya a lo largo del año, sería conveniente que los pasaran con el padre, ya que éste puede disfrutar menos que la madre de la compañía de sus hijos.
- Las vacaciones de Navidad se deberían repartir por mitad por años alternos y las de Semana Santa corresponderían al padre.
- En el caso de las vacaciones de verano, lo normal es que se establezca desde el final del periodo escolar hasta el 1 de agosto con uno de los progenitores, y la otra mitad con el otro. Sin embargo, hay sentencias como la del TS de 16 de mayo de 2017¹³, en la cual se concede al progenitor no custodio la posibilidad de pasar con su hija 1 mes y tres semanas del verano, para poder compensar la ausencia de visitas entre semana.

Otra cuestión a tratar es la de la recogida de los menores para el ejercicio del derecho del padre a las visitas, en los supuestos más normales, la recogida se realiza en el domicilio del progenitor custodio, sin embargo en nuestro caso, esto sería inviable y además sería poco equitativo, ya que sería Don Jesús quien tendría que trasladarse a Gran Canaria cada vez que le correspondiese la visita a sus hijos, lo cual le supondría un gasto enorme.

Por lo cual, en este supuesto lo más conveniente sería que fuesen los niños los que se trasladasen de Gran Canaria a Valladolid, acompañados por el servicio de

¹³ STS de 16 de mayo de 2017: “Teniendo en cuenta las particulares circunstancias concurrentes derivadas de la distancia existente entre los domicilios de ambos progenitores, se estima justificada la ampliación del periodo de estancia de la hija con el padre durante las vacaciones de verano, para compensar la ausencia de visitas intersemanales y, muy posiblemente, por las obligaciones laborales del padre, durante las vacaciones de Semana Santa, fijándose así el periodo de estancia de la hija con el mismo en un mes y tres semanas”.

acompañamiento de menores con el que cuentan las compañías aéreas. Si bien sería la madre la que tendría que llevarlos hasta el aeropuerto y el padre el que debería recogerlos, siendo al revés a la vuelta de disfrutar de la visita al padre.

Y en cuanto al sistema de recogida de los menores, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, de 28 de febrero de 2013 establece que *“habiendo decidido la madre unilateralmente el cambio de residencia, ella será la encargada de asumir la entrega y recogida de la menor para el cumplimiento del régimen de visitas con el padre”*.

2.3.1. ¿Es la madre libre de trasladar a los hijos a Canarias?

La madre no es totalmente libre de trasladar a los menores a vivir a Gan Canaria, ya que el cambio de ciudad de los hijos es una decisión que tienen que tomar ambos progenitores de manera conjunta, ya que aunque pudiese darse el caso de que el progenitor que quiera llevarse a los niños a vivir a otra ciudad tenga una custodia exclusiva, son ambos los que ostentan la patria potestad, por lo que ambos tienen tanto derechos como deberes sobre la persona y bienes de sus hijos, como señalamos anteriormente.

Por ello, independientemente de quien tenga la guarda y custodia de los hijos se necesita el consentimiento de ambos para un cambio de residencia, ya que tener atribuida la custodia solo faculta para tomar decisiones de la vida cotidiana de los menores y no sobre cuestiones más importantes.

Sin embargo, esta no es una cuestión tan fácil de resolver, ya que toda persona tiene derecho a elegir donde residir, pero con limitaciones¹⁴, ya que el interés que se debe proteger de manera primordial es el de los menores.

Los pasos que debería seguir la madre en el caso de querer trasladarse a vivir con los hijos fuera de su ciudad son los siguientes:

¹⁴ STS de 26 de octubre de 2012, *“Es cierto que la CE, en su art. 19, determina el derecho de los españoles a elegir libremente su residencia, y a salir de España en los términos que la ley establezca. Pero el problema no es este. El problema se suscita sobre la procedencia o improcedencia de pasar la menor a residir en otro lugar, lo que puede comportar un cambio radical tanto de su entorno social como parental, con problemas de adaptación. De afectar el cambio de residencia a los intereses de la menor, que deben de ser preferentemente tutelados, podría conllevar, un cambio de la guarda y custodia”*.

1. Pedir el consentimiento al otro progenitor, no siendo necesario un consentimiento expreso por parte de éste, ya que con el consentimiento tácito sería suficiente, el cual se consigue cuando el otro progenitor teniendo conocimiento del deseo de la otra parte de llevarse a los hijos a vivir a otra ciudad, no se opone a ello ni hace nada para impedirlo.
2. En el caso de que el otro progenitor se niegue, lo que debería hacer la parte que quiere mudarse es acudir a los Tribunales, para que sea un Juez el que resuelva esta controversia. Aquí lo que se tendría en cuenta es el interés del menor, lo cual debe ser acreditado, ya que si queda demostrado que el cambio de domicilio perjudicaría a los menores, al ser un cambio en su entorno social y familiar, al ser necesario el de cambio de escuela y al suponer un distanciamiento de lo que hasta ahora conocen, afectando de manera negativa a su desarrollo, no se autorizaría el cambio de domicilio. Así el Auto de la Audiencia Provincial de Valladolid de 16 de marzo de 2012, rechaza la petición del padre de trasladar a su hija a vivir al extranjero al no haber prueba alguna que sustente el motivo del traslado.

Estos pasos están fijados en una Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 25 de julio de 2014.

2.4. Atribución de la vivienda familiar.

El art. 96 CC establece en cuanto a la atribución de la vivienda familiar: *“En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden”*.

Por lo cual en este caso debemos hacer varias distinciones:

En primer lugar, en el caso de que la **custodia sea compartida por ambos progenitores**:

En este primer supuesto, y al contar Don Jesús con un nuevo domicilio en el cual habita desde que se produjo el abandono del domicilio conyugal, y al ser por ello el interés

más necesitado de protección el de la madre, al percibir una renta menor, el uso de la vivienda conyugal sería atribuido a Doña Carolina.

Sin embargo, hay un factor que cambiaría esta atribución, y es la entrada de una tercera persona en el ámbito sentimental de la esposa, y así se pronuncia la Audiencia Provincial de Valladolid, en Sentencia de 15 de enero de 2018, en la cual se establece la pérdida de carácter de familiar a la vivienda en la que ahora habita la esposa con los hijos y con su nueva pareja, al no servir ésta para sus primitivos fines, por ello, no tendría sentido que el cónyuge custodio y los hijos siguiesen habitando en ella, al haber perdido el carácter de vivienda familiar.

En segundo lugar, nos encontramos con el caso de que la **custodia se atribuyese en exclusiva al padre**, por trasladarse la madre a vivir a Gran Canaria:

En este caso es bien claro, que el uso de la vivienda se atribuiría al padre, al pertenecer este derecho a los hijos y al progenitor en cuya compañía queden.

Por último, nos preguntamos qué sucedería en el caso de que la custodia se le atribuyese en **exclusiva a la madre, y ésta se trasladase con los menores a vivir a Gran Canaria**:

En este caso, también es obvio que el uso y disfrute del domicilio familiar se le atribuiría a Don Jesús, ya que al irse la madre a vivir fuera, no tendría sentido atribuirle a ésta ese derecho.

2.4.1. Reclamación de vivienda por la madre de Don Jesús.

Otra cuestión a estudiar, es la posibilidad de la reclamación de la vivienda por los padres de Don Jesús, al haber sido cedida ésta de manera gratuita a los cónyuges para que establecieran en ella su vivienda familiar. Por ello, los cónyuges serían meros precaristas, al haberse cedido la vivienda sin contraprestación a cambio y sin haberse fijado plazo alguno para su uso y disfrute, como establece la STS núm. 910/2008, de 2 de octubre¹⁵.

¹⁵ STS de 2 de octubre de 2008, la cual califica como precario “*la situación de quien ocupa, tras el cese de la convivencia conyugal, una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo*”.

En este caso, no sería aconsejable que los hijos se mantuviesen con la madre (en el caso de custodia compartida), en el domicilio que hasta entonces constituyó el domicilio familiar, al poder ser desalojados en cualquier momento ya que existe el riesgo de que el propietario reivindique la posesión de la vivienda¹⁶.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre este hecho. En las cuales establece que tiene preferencia el derecho de propiedad en los casos en los que no haya un negocio jurídico de por medio, como sería el contrato de alquiler, así lo establece la STS de 18 de enero de 2010 en la cual siendo un tercero el propietario de la vivienda, la cual se cede de manera totalmente gratuita a los cónyuges, se le reconoce la acción de desahucio por precario frente al cónyuge al cual se le concedió el uso de ésta.

También la Audiencia Provincial de Valladolid se ha pronunciado en este sentido, en Sentencia de 18 de mayo de 2015, en la cual se estima la demanda de desahucio por precario, que fue interpuesta por el tercero dueño de la vivienda (en este caso la Universidad de Valladolid), el cual cedió la vivienda a un empleado y que tras su divorcio, se le otorgó el uso y disfrute a la esposa de este y a su hijo.

Por ello, en este caso, la atribución de la vivienda familiar resultaría inútil, al poder la abuela recuperarla mediante una demanda de desahucio por precario, al no existir ningún tipo de contrato con los inquilinos, como establece la STS de 15 de julio de 2015 al decir *“En el presente caso lo determinante es que la vivienda que fue familiar es titularidad de la abuela paterna con lo que la asignación de esta a los menores junto con su madre está sujeta al riesgo cierto de desahucio por precario”*.

2.4.2. Temporalidad.

Por último, debemos atender a la temporalidad del uso de la vivienda familiar, ya que éste es un derecho temporal y no indefinido, si esto fuese así se estaría atentando contra el derecho a la propiedad del art. 33.1 CE. Sin embargo, el art. 96 no hace referencia

¹⁶ CHAPARRO MATAMOROS, Pedro: *Derecho de uso y vivienda familiar: su atribución judicial en los supuestos de crisis familiares*. 2018, Tirant lo Blanch, p. 137.

a la duración del derecho al uso de la vivienda, por lo que es necesario hacer ciertas precisiones.

Existe cierta controversia sobre si la atribución del uso de la vivienda debe extinguirse cuando los hijos cumplan la mayoría de edad, o si aunque los hijos hayan cumplido su mayoría de edad, el derecho al uso de la vivienda debe perdurar mientras éstos sean económicamente dependientes, siempre y cuando no les sea imputable esta dependencia a su dejadez.

En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2015, establece que la atribución por un tiempo limitado de la vivienda familiar supondría una vulneración de los derechos de los menores.

Llegados a este punto debemos hacer una distinción, si la custodia es exclusiva de uno de los cónyuges o compartida por ambos:

1. En el caso de que la custodia sea exclusiva no pueden establecerse limitaciones temporales al uso de la vivienda mientras los hijos sean menores, pero en cambio sí cuando hayan cumplido la mayoría de edad, ya que como establece la STS de 5 de septiembre de 2011, *“una vez haya alcanzado la mayoría de edad, la subsistencia de la necesidad de habitación del hijo no resulte factor determinante para adjudicarle el uso de la vivienda”*. Y la STS de 4 de abril de 2018, la cual establece *“La vinculación del cese del uso del domicilio familiar, una vez alcanzada la mayoría de edad de los hijos, proporciona la certidumbre precisa para hacer efectivo el principio de seguridad jurídica, desde el momento en que sujeta la medida a un plazo, que opera como límite temporal, cual es la mayoría de edad”*. Por ello en el momento en el que el hijo cumple la mayoría de edad, la atribución de la vivienda se hará teniendo en cuenta el interés más necesitado de protección, o sea al cónyuge más necesitado y a falta de un interés superior que atender, prevalecerá el derecho del propietario.

La Audiencia Provincial de Valladolid en Sentencia de 18 de febrero de 2013, se pronunció asignando de manera temporal el uso de la vivienda a la madre hasta que tuviera lugar la liquidación del patrimonio familiar para que se remediasen las necesidades económicas. En esta sentencia la Sala entiende que *“es posible hacer*

limitaciones del uso y no asignar indefinidamente el uso exclusivo de la vivienda familiar cuando dadas las circunstancias fácticas concurrentes no se aprecia que exista un interés especialmente necesitado de protección”. Sin embargo, esta sentencia fue anulada parcialmente por STS de 18 de mayo de 2015¹⁷, al considerarla contraria a la doctrina del Tribunal Supremo.

2. En el caso de que la custodia sea compartida, aquí la limitación en el tiempo si que es posible, como se establece en la STS de 11 de febrero de 2016¹⁸ la cual determina que la madre podrá permanecer en la vivienda familiar durante un año, con el fin de facilitarle la transición a una nueva residencia, y en la STS de 22 de septiembre de 2017¹⁹, en la que se atribuye a la madre el uso de la vivienda familiar con un límite temporal de dos años.

Por todo esto, y ya en nuestro caso, en el supuesto de que la custodia finalmente sea atribuida en exclusiva a uno de los progenitores, la vivienda le será atribuida a éste junto con los menores, hasta que los mismos cumplan la mayoría de edad, sin que sea posible una limitación temporal de la atribución del uso anterior a la fecha en que el menor de los hijos cumpla los 18 años.

¹⁷ STS de 18 de mayo de 2015, “*esta norma no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en ella no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores, que deberá a su vez ser controlado por el juez. Una interpretación correctora de esta norma, permitiendo la atribución por tiempo limitado de la vivienda habitual, implicaría siempre la vulneración de los derechos de los hijos menores, que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de protección del menor*”.

¹⁸ STS de 11 de febrero de 2016, “*Esta Sala, al acordar la custodia compartida, está estableciendo que los menores ya no residirán habitualmente en el domicilio de la madre, sino que con periodicidad semanal habitarán en el domicilio de cada uno de los progenitores, no existiendo ya una residencia familiar sino dos, por lo que ya no se podrá hacer adscripción de la vivienda familiar, indefinida, a los menores y al padre o madre que con ella conviva, pues ya la residencia no es única, por lo que de acuerdo con el art. 96.2 C. Civil, aplicado analógicamente, a la vista de la paridad económica de los progenitores, se determina que la madre podrá mantenerse en la vivienda que fue familiar durante un año, computable desde la fecha de la presente sentencia con el fin de facilitar a ella y a los menores (interés más necesitado de protección), la transición a una nueva residencia, transcurrido el cual la vivienda quedará supeditada al proceso de liquidación de la sociedad de gananciales*”.

¹⁹ STS de 22 de septiembre de 2017, “*La atribución temporal del uso de la que fue vivienda familiar en casos de custodia compartida ha sido el criterio adoptado en supuestos en los que ambos progenitores perciben salarios que les permiten arrendar viviendas separadas, lo que justifica que no conste la necesidad de que al padre se le atribuya la vivienda familiar sine die y se fije un límite temporal*”.

Sin embargo, en el caso de que la custodia sea compartida, creemos que la limitación en el tiempo es posible, al ser la vivienda propiedad de un tercero y al considerarse que esta limitación en el tiempo no pondría en peligro el régimen de custodia compartida, ya que atendiendo a la situación económica de Doña Carolina, ésta está capacitada para proporcionarles a sus hijos una vivienda adecuada.

Por ello, el límite de uno o dos años se consideraría suficiente para que la madre encontrase una nueva residencia.

2.5. Pensión de alimentos.

La prestación de la pensión de alimentos aparece regulada en el art. 93 CC, el cual establece: *“El Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento”*.

En este caso, los acreedores de esta obligación son los hijos, sin importar si son matrimoniales o no, por lo que Javier y Sergio tienen derecho a percibir esta pensión aunque naciesen antes del matrimonio de sus padres, siendo todos los hijos iguales ante la ley con independencia de su filiación, como establece el art. 39.2 CE: *“Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad”*. Y en su apartado tercero establece: *“Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”*.

Del mismo modo, el art. 104.2 CC promulga: *“La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código”*. Si bien, esto no siempre ha sido así, ya que antes de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que hizo que se reformaran las normas del Código Civil en este sentido, los hijos nacidos fuera del matrimonio eran discriminados por esta razón, no debiendo prestar alimentos a los hijos extramatrimoniales.

En cuanto al contenido de la pensión de alimentos, debemos acudir al art. 142 CC que establece que: “*Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aún después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable*”.

En este sentido, APARICIO CAROL²⁰ agrupa el contenido de la pensión de alimentos en tres grupos diferenciados que son: sustento y vivienda, gastos médicos y educación e instrucción.

En el apartado de sustento y vivienda debe incluirse la alimentación, el vestido, los productos de aseo. Hay autores como DIEZ-PICAZO y GULLÓN²¹ que también incluyen aquí la vivienda y los enseres de ésta o RAGEL SÁNCHEZ²², que incluye la calefacción, el teléfono, la luz y la cuota de comunidad, entre otros. Sin embargo esto es bastante controvertido, habiendo otros autores que los consideran gastos extraordinarios.

En cuanto a la asistencia médica, es indiscutible que deben formar parte de la pensión de alimentos, ya que los cuidados médicos no pueden ser negados bajo ninguna circunstancia.

Y por último, en cuanto a la educación de los hijos, en nuestro caso concreto no plantea gran controversia, al encontrarse los niños escolarizados en un centro de educación pública, y este apartado causa mayores problemas cuando los niños están en edad de acudir a la guardería o a la universidad. También aquí tiene cabida el material escolar, ya que se considera un gasto previsible y por ello no se le puede considerar un gasto extraordinario.

Hasta ahora y desde que se produjo la separación de hecho, Don Jesús ha venido abonando a Doña Carolina una cantidad de 1.000 euros mensuales para el mantenimiento

²⁰ APARICIO CAROL, Ignacio, *La pensión de alimentos de los hijos en el derecho español, problemas y soluciones que se plantean en los pleitos de familia*. Valencia 2018, Tirant, pp. 144 y ss.

²¹ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis; y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de derecho civil*. 2016, Tecnos, pp. 56 y ss.

²² RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, *Estudio legislativo y jurisprudencial de derecho civil: Familia*. Madrid 2001, Dykinson, pp. 233 y ss.

de los dos hijos, además de haber asumido los gastos de la vivienda y los gastos escolares de los menores.

Para hacer un cálculo aproximado de la pensión que debería abonar el padre en concepto de pensión de alimentos existen unas tablas elaboradas por el Consejo General del Poder Judicial, en las cuales se tienen en cuenta el número de hijos y los ingresos de ambos progenitores. A modo de ejemplo, en el caso de una custodia exclusiva en la cual el cónyuge custodio tiene unos ingresos de 1.000 euros (el cual podría ser nuestro caso) y el no custodio unos ingresos de 3.500 euros, la pensión se cuantificaría en 649 euros mensuales, al estimarse que el gasto que generarían los dos hijos dependientes sería de 926 euros.

En el caso de tratarse de una custodia compartida, el cálculo se haría teniendo en cuenta el porcentaje de tiempo al año que pasarían los hijos con cada progenitor y los ingresos de estos, aportando cada progenitor de manera proporcional a sus ingresos y al tiempo que permaneciesen los niños en su compañía.

2.5.1. Pensión de alimentos en el caso de que la vivienda sea reclamada por la abuela.

Pues bien, la cuestión aquí importante es si la pensión alimenticia que se fijase podría verse afectada si la madre de Don Jesús reclamase la vivienda. Podríamos iniciar pensando que la respuesta es que si, ya que la atribución a la esposa de la vivienda familiar habría supuesto el establecimiento de una pensión alimenticia menor porque la atribución a ésta de la vivienda le supondría a la madre un gran ahorro, ya que no tendría que pagar un alquiler o adquirir una nueva vivienda, entrando dentro de la pensión de alimentos el sustento y vivienda de los menores.

Así lo establece el art. 147 CC: *“Los alimentos, en los casos a que se refiere el artículo anterior, se reducirán o aumentarán proporcionalmente según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista y la fortuna del que hubiere de satisfacerlos”.*

Teniendo en cuenta este artículo, es claro que en el supuesto de que la abuela paterna reclamase la vivienda que hasta entonces había sido familiar supondría un perjuicio económico para Doña Carolina, y por ello la pensión de alimentos podría ser aumentada.

Debemos atender también al art. 90 CC, el cual establece que las medidas adoptadas podrán modificarse en caso de “*alteración sustancial*” de las circunstancias, y en nuestro caso concreto, el quedarse sin una vivienda y tener que buscar un sitio adecuado para vivir con sus hijos, con el gasto que ello supondría, podría considerarse como una alteración sustancial.

Por ello, debemos tener en cuenta tres requisitos que debe cumplir esta alteración en las circunstancias como son:

1. Debe ser sobrevenida: esto quiere decir que la alteración debe ser consecuencia de nuevos hechos o que dicha alteración fuese previsible en el momento de establecerse la pensión. Pues bien, en este caso la reclamación de la vivienda por parte de la abuela es un hecho nuevo, que no se habría tenido en cuenta a la hora de establecer la pensión de alimentos.
2. Debe ser relevante, no teniendo en cuenta los cambios de escasa importancia. En nuestro supuesto, si tiene el carácter de cambio sustancial y relevante, ya que Doña Carolina deberá buscar una nueva vivienda, lo cual conlleva un mayor gasto.
3. Debe ser permanente.

Por ello, podemos concluir diciendo que siendo la reclamación por parte de la abuela paterna un hecho sobrevenido, relevante y permanente, además de que esta alteración de las circunstancias ha sido causada por causas ajenas a ella, la modificación de la pensión de alimentos a favor de Doña Carolina es posible, al necesitar mayor apoyo económico para la crianza de los menores. Así se pronunció el Tribunal Supremo en Sentencia de 29 de octubre de 2019²³, al aumentar la pensión de alimentos a favor de una

²³ STS de 29 de octubre de 2019, “*Nos encontramos con que la pensión de alimentos que el padre debía abonar para atender a las necesidades de su hija, se desnaturaliza en su cuantía, pues se partía de que la menor gozaba de vivienda, extremos que se debían tener en cuenta para reducir la cuantía de los alimentos, pues parte de los mismos son los correspondientes a la habitación de la menor. Al no gozar de dicha vivienda, en aplicación del art. 93 CC, y por expresa petición del Ministerio Fiscal, ante esta Sala, debe fijarse una nueva pensión de alimentos, en la que se ha de tener en cuenta la necesidad de que se provea a la menor una nueva vivienda*”.

madre al extinguirse el uso de la vivienda a favor de esta por convivencia con una nueva pareja.

2.5.2. Pensión de alimentos en el caso de traslado a Gran Canaria.

En este caso, debemos tener en cuenta dos circunstancias diferentes:

1. Por una parte, el traslado de la madre a Gran Canaria, supondría una mejora de su capacidad económica al adquirir un nuevo empleo muy bien remunerado, lo cual podría suponer una disminución de la pensión de alimentos por parte de Don Jesús.
2. Por otra parte, supondría un aumento en los gastos de Don Jesús, al tener que trasladarse a la isla en el caso de querer ver a sus hijos, o el tener que sufragar los gastos del traslado de éstos.

Por lo cual, una de las causas que podría alegarse en este supuesto para que se establezca una reducción de la pensión de alimentos sería el aumento de los gastos del progenitor alimentista, ya que el hecho de que sus hijos se vayan a vivir tan lejos hace que éste tenga que asumir nuevos gastos que se añaden a los ya asumidos, siendo estos nuevos gastos consecuencia de unas circunstancias ajenas a su voluntad.

2.6. Pensión compensatoria.

La denominada pensión compensatoria viene regulada en el art. 97 CC, el cual establece: *“El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia.*

A falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez, en sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:

- *1.ª Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges.*
- *2.ª La edad y el estado de salud.*

- 3.ª *La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.*
- 4.ª *La dedicación pasada y futura a la familia.*
- 5.ª *La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.*
- 6.ª *La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.*
- 7.ª *La pérdida eventual de un derecho de pensión.*
- 8.ª *El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.*
- 9.ª *Cualquier otra circunstancia relevante.*

En la resolución judicial o en el convenio regulador formalizado ante el Secretario judicial o el Notario se fijarán la periodicidad, la forma de pago, las bases para actualizar la pensión, la duración o el momento de cese y las garantías para su efectividad”.

Por ello, como bien establece este artículo, el mero desequilibrio económico en comparación con la situación anterior al divorcio, no supone el establecimiento de manera automática de la pensión compensatoria a favor del cónyuge que ve mermados sus recursos, sino que se deben de tener en cuenta también una serie de circunstancias que se enumeran en dicho artículo, las cuales no solo sirven para determinar su duración o cantidad, como bien apunta la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2010²⁴.

También es cierto, que el fin de la pensión compensatoria no es igualar los recursos de los cónyuges, sino que lo que trata es de reducir el perjuicio económico que produce el divorcio a una de las partes.

También es necesario precisar que como bien apunta la autora BELÍO PASCUAL²⁵, “*el desequilibrio económico y correlativo empeoramiento que dan lugar a la pensión compensatoria deben existir necesariamente al tiempo de la ruptura matrimonial y no en un momento posterior”.*

²⁴ STS de 19 enero de 2010 establece: “*las circunstancias contenidas en el artículo 97.2 CC tienen una doble función: a) actúan como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias, y b) una vez determinada la concurrencia del mismo, actuarán como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión. A la vista de ello, el juez debe estar en disposición de decidir sobre tres cuestiones: a) si se ha producido desequilibrio generador de pensión compensatoria; b) cuál es la cuantía de la pensión una vez determinada su existencia, y c) si la pensión debe ser definitiva o temporal”.*

²⁵ BELÍO PASCUAL, Ana Clara: *La pensión compensatoria*. Valencia, 2013, Tirant lo Blanch, p. 90.

2.6.1. *Temporalidad.*

Pues bien, como ya hemos apuntado en el apartado anterior, la pensión compensatoria no tiene por que ser indefinida, por lo que puede fijarse su duración en el tiempo. Y los criterios que debe tener en cuenta son los ya enumerados anteriormente, que aparecen regulados en el art. 97 CC.

Entre estos criterios destacan:

Edad y estado de salud: al ser Doña Carolina una mujer joven, y al haber durado poco el matrimonio, se considera que la mujer no tendrá gran dificultad en superar el desequilibrio que le pueda causar el divorcio. Al contrario de lo que le sucedería a una mujer en edad de jubilarse, cuyo matrimonio haya durado toda la vida, la cual tendrá una gran dificultad para paliar el desequilibrio que le produzca la ruptura matrimonial.

En una Sentencia de 28 de abril de 2010, el Tribunal Supremo estableció una pensión compensatoria de dos años de duración para una mujer de 30 años de edad, cuyo matrimonio había durado 9 años.

La cualificación profesional y la posibilidad de acceso a un empleo: en nuestro caso, Doña Carolina es licenciada en Derecho, por lo cual es una persona cualificada y ha venido trabajando en un despacho de abogados durante toda la duración del matrimonio, si bien, en el año 2011 pidió una reducción de la jornada, por lo que en el caso de que se estableciese una pensión compensatoria se aconseja la temporalidad de la pensión, teniendo en cuenta sus capacidades y posibilidades.

La dedicación pasada y futura a la familia: En este caso, bien es cierto que Doña Carolina ha venido compaginando el cuidado de su familia y las tareas domésticas con su trabajo como abogada, habiendo dejado de trabajar por las tardes para poder dedicar más tiempo al cuidado de sus hijos. Pues bien, este suele ser el criterio determinante a la hora de establecer la pensión, ya que se considera que el cónyuge acreedor de la pensión ha dejado de realizarse profesionalmente para poder dedicarse al cuidado de su familia.

La duración del matrimonio: como ya hemos indicado anteriormente, la duración del matrimonio es determinante, ya que una mujer que ha estado casada durante prácticamente toda su vida tendrá una gran dificultad para recuperarse del desequilibrio económico que le produzca el divorcio. En nuestro caso, si bien el matrimonio de Doña Carolina y Don Jesús tuvo una duración breve (2 años), bien es cierto que convivieron durante 12 años sin estar casados, periodo en el que nacieron los dos hijos de la pareja. Sin embargo, el Tribunal Supremo en Sentencia de 15 de enero de 2018 estableció lo siguiente: *“El legislador ha equiparado a algunos efectos las parejas no casadas al matrimonio (arts. 101, 320.1, 175.4 CC). Pero esto no ha sucedido con la pensión compensatoria reconocida en el art. 97 CC. Son admisibles genéricamente los pactos entre los convivientes por los que, al amparo del art. 1255 CC, adopten acuerdos en los que prevean compensaciones por desequilibrios en el momento de la ruptura de la convivencia. Sin embargo, no existe una previsión legal que contemple para el caso de extinción de la pareja una compensación de ningún tipo (ni alimenticia en caso de necesidad, ni por desequilibrio, ni por haber trabajado para el hogar o para el otro cónyuge)”*.

Por todo ello, debemos concluir que en nuestro caso se podría establecer una pensión compensatoria a favor de Doña Carolina, al haberle supuesto la ruptura un desequilibrio económico, ya que en parte dejó de lado su carrera profesional para dedicarse al cuidado de su familia.

Sin embargo, en el supuesto de que se estableciese una pensión compensatoria, ésta debería ser limitada en el tiempo, al ser Doña Carolina una mujer joven y cualificada profesionalmente y con un empleo a tiempo parcial y al haber sido un matrimonio de corta duración. Además Doña Carolina ha manifestado su intención de trasladarse a vivir a Gran Canaria donde tiene una oferta de empleo bien remunerado, lo cual supondría la extinción de la pensión compensatoria en el caso de que ésta se estableciese, así se pronuncia el Tribunal Supremo en Sentencia de 20 de junio de 2013²⁶.

²⁶ STS de 20 de junio de 2013, en la cual se establece que procede la extinción de la pensión compensatoria al haber un cambio de las circunstancias que la motivaron, como es que su actividad laboral se ha consolidado.

En cuanto a la duración de la pensión, ésta debe ir acorde con la previsible superación del desequilibrio económico, como apunta el tribunal Supremo en Sentencia de 20 de julio de 2011²⁷.

En estos casos, solo con el transcurso del plazo de la pensión, se extinguiría este derecho, sin que sea necesario, en el caso concreto, que Don Jesús acudiese a la vía judicial para ponerlo en su conocimiento, tampoco sería necesario que éste realizase ningún preaviso de la extinción de su deber.

2.6.2. *Pensión compensatoria en caso de relación afectiva.*

En el caso de que Doña Carolina, realmente tenga una relación afectiva con el compañero de despacho, esta situación podría ser equiparada a la situación de convivencia marital, que supondría la no atribución de la pensión compensatoria, o en el caso de haber sido ya atribuida, su extinción, pues como apunta el art. 101 CC: “*El derecho a la pensión se extingue por el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona*”.

Pues bien, como bien dice BELÍO PASCUAL²⁸, “en los últimos tiempos, se ha venido acuñando el término de relación afectiva o sentimental continuada para describir relaciones de pareja similares a la convivencia marital, susceptibles de extinguir la pensión compensatoria, aun no residiendo la pareja en el mismo domicilio”.

Sin embargo, es muy complicado el demostrar la existencia de una relación real, estable, notoria y habitual, teniendo esto que ser probado para la no atribución o extinción de la pensión compensatoria.

Por lo tanto, podríamos equiparar esta relación con la situación de la vida marital, ya que el TS en Sentencia de 9 de febrero de 2012, estableció que no es necesaria una convivencia continuada, bastando en ese caso con “*continuas permanencias y/o visitas de uno en*

²⁷ STS de 20 de julio de 2011 la cual establece: “*Es preciso que conste una situación de idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico que haga desaconsejable la prolongación de la pensión. Se trata de apreciar la posibilidad de desenvolverse autónomamente. [...] El plazo estará en consonancia con la previsión de superación de desequilibrio, para lo que habrá de actuarse con prudencia y ponderación*”.

²⁸ BELÍO PASCUAL, Ana Clara: *La pensión compensatoria*. Valencia, 2013, Tirant lo Blanch, p. 370.

el domicilio del otro, encuentros de manera pública en compañía de la nueva pareja en su vehículo y en diversos establecimientos hosteleros de la ciudad y sus alrededores”. Y en Sentencia de 28 de marzo de 2012, en la cual se declaró la extinción de la pensión al convivir la esposa con su nueva pareja durante los fines de semana.

En este mismo sentido se pronunció la Audiencia Provincial de Valladolid, en Sentencia de 26 de abril de 2018, en la cual se declaró la extinción de la pensión compensatoria aun no constando que existiese una convivencia continuada en la misma residencia por la nueva pareja, pero si visitas continuadas y encuentros habituales en público, aun residiendo la nueva pareja en otra ciudad.

Pero esta no es la única causa que supondría la extinción de la pensión compensatoria (en el caso de que se estableciese), ya que si finalmente la mujer se desplazase a vivir a Gran Canaria y adquiriese un nuevo empleo “muy bien remunerado”, esto supondría una mejora en su situación económica, por lo que desaparecería el desequilibrio económico que causó el divorcio y que motivó el establecimiento de la pensión, como establece el art. 101 CC *“El derecho a la pensión se extingue por el cese de la causa que lo motivó”* siendo la causa que motivaría el establecimiento de la pensión compensatoria el desequilibrio que le pudiera producir el divorcio.

Por todo esto podemos concluir, que en el caso de que se estableciese una pensión compensatoria a favor de Doña Carolina, esta se extinguiría en dos supuestos:

1. En el caso de que la esposa tuviese realmente una relación afectiva con su compañero de despacho.
2. En el caso de que Doña Carolina finalmente se traslade a vivir a Gran Canaria y con ello adquiriese un puesto de trabajo muy bien remunerado.

3. CONCLUSIONES:

Ya analizadas todas las cuestiones planteadas podemos llegar a las siguientes conclusiones:

En primer lugar, en cuanto a la guardia y custodia, podemos decir que ambos progenitores están totalmente capacitados para el cuidado de los menores y además poseen los recursos económicos necesarios para el mantenimiento de los mismos. Por ello, el sistema de custodia ideal en atención al interés de los menores sería el de la guarda y custodia compartida por ambos cónyuges, el cual se considera como el más favorable para el pleno desarrollo personal de los hijos.

Otra situación diferente sería el caso de que la madre decida trasladarse a vivir a Gran Canaria, siendo en esta situación imposible el mantenimiento del sistema de custodia compartida, por la distancia entre las dos ciudades. Por ello, el sistema de guarda y custodia debería ser modificado, debiendo quedar acreditado que el traslado de los niños a la nueva ciudad no supone ningún perjuicio para los menores, lo que supondría el establecimiento de la custodia exclusiva a favor de la madre.

En segundo lugar, en cuanto al régimen de visitas, en el caso de que la custodia establecida fuese la exclusiva para la madre, al trasladarse con los menores a vivir a Gran Canaria, éste debería ser más amplio de lo normal, y las visitas por parte del padre deberían concentrarse en los periodos de vacaciones escolares, como son el verano y la Semana Santa, para que los niños puedan mantener la relación con su padre. En este supuesto, el reparto de los gastos que supondría el mantenimiento del régimen de visitas debería hacerse por mitad por ambos progenitores.

En cuanto al uso y disfrute de la vivienda familiar, su atribución se hará a favor de los menores junto a su progenitor custodio, o a favor del cónyuge que ostente un interés más necesitado de protección. Por ello, estaría claro en el caso de que la custodia se atribuyese en exclusiva a uno de los progenitores y ambos residiesen en Valladolid, sin embargo la situación es más complicada en el supuesto de la custodia compartida, atribuyéndose la vivienda al progenitor más necesitado de protección. En nuestro caso concreto sería la madre, al percibir unos ingresos menores que el padre, y al tener éste una

vivienda nueva. Sin embargo, hay que tener en cuenta que en el caso de que se atribuya el uso a la madre, existe el riesgo de que ésta sea desahuciada, al ser una mera precarista, ya que la vivienda pertenece a la abuela paterna, la cual cedió el uso a su hijo y su nuera de manera gratuita.

En relación con la pensión de alimentos que debería abonar el padre a favor de los menores, esta debería calcularse teniendo en cuenta los ingresos de cada uno de los progenitores y el tiempo que permanecen los menores con cada uno de ellos, de acuerdo con las tablas elaboradas por el CGPJ.

En el caso de que la madre de Don Jesús reclamase la vivienda de su propiedad, esto conllevaría un aumento de la pensión de alimentos al tener Doña Carolina que buscar una nueva residencia, lo cual supondría un nuevo gasto que tiene cabida dentro de los alimentos de los menores.

En cuanto al supuesto de que la madre decida trasladarse a vivir a Gan Canaria la pensión podría ser disminuida, al aumentar los gastos que Don Jesús deberá afrontar al tener que ir a visitar a sus hijos a otra ciudad, lo cual supondría un coste importante, además de que el motivo de que Doña Carolina se mudase de ciudad sería el haber obtenido un nuevo puesto de trabajo muy bien remunerado, por lo que su capacidad económica mejoraría.

Por último, en cuanto a la pensión compensatoria, creemos que esta debería establecerse, pero de manera temporal, al tratarse Doña Carolina de una mujer joven, con un trabajo estable y cualificada para la obtención de un puesto de trabajo, y si bien la ruptura del matrimonio le ha podido causar un desequilibrio económico al haberse dedicado más a su familia que a su trabajo, creemos que el equilibrio se podrá reestablecer por los motivos ya expuestos. Además ante la posibilidad de haber iniciado una relación afectiva con un compañero, esta situación podría constituir una causa impeditiva para el establecimiento de la pensión o en su caso para su extinción.

4. BIBLIOGRAFÍA.

APARICIO CAROL, Ignacio, *La pensión de alimentos de los hijos en el derecho español, problemas y soluciones que se plantean en los pleitos de familia*. Tirant lo Blanch, Valencia 2018.

BELÍO PASCUAL, Ana Clara: *La pensión compensatoria*. Tirant lo Blanch, Valencia 2013.

CHAPARRO MATAMOROS, Pedro: *Derecho de uso y vivienda familiar: su atribución judicial en los supuestos de crisis familiares*. Tirant lo Blanch, 2018.

DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A. *Sistema de Derecho Civil, Volumen IV, Derecho de Familia, Derecho de Sucesiones*. Edit. Tecnos, Madrid 2006.

DOMÍNGUEZ OLIVEROS, I. *¿Custodia compartida preferente o interés del menor*. Tirant lo Blanch, Valencia 2018.

GUILARTE MARTÍN- CALERO C, “Comentarios del nuevo artículo 92 del Código Civil” en Comentarios a la reforma de la separación y divorcio. Ley 15/2005 de 8 de julio, Lex Nova, Valladolid, 2005.

GM-C, C. *Criterios de atribución de la custodia compartida*. Indret, Barcelona, 2010.

GM-C, C. “La custodia compartida alternativa. Un estudio doctrinal y jurisprudencial” en Revista para el Análisis del Derecho, en InDret 2/2008, Barcelona 2008.

RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, *Estudio legislativo y jurisprudencial de derecho civil: Familia*. Madrid, 2001, Dykinson.

5. JURISPRUDENCIA:

5.1. Audiencia Provincial:

AAP Valladolid de 16 de marzo de 2012, núm. 36/2012. JUR 2012/210659.

SAP Valladolid de 18 de febrero de 2013, núm. 63/2013. JUR 2013/313710.

SAP Valladolid de 28 de febrero de 2013, núm. 81/2013. JUR 2013/130300.

SAP Valladolid de 25 de julio de 2014, núm. 150/2014. JUR 2014/226550.

SAP Valladolid de 18 de mayo de 2015, núm. 97/2015. 2015/148813.

SAP Valladolid de 11 de diciembre de 2017, núm. 424/2017. JUR 2018/30909.

SAP Valladolid de 15 de enero de 2018, núm. 20/2018. JUR 2018/64717.

SAP Valladolid de 7 de marzo de 2018, núm. 99/2018. JUR 2018/131616.

SAP Valladolid de 26 de abril de 2018, núm. 154/2018. JUR 2018/159913.

5.2. Tribunal Supremo:

STS de 9 de julio de 2002, núm. 720/2002. RJ 2002/5905.

STS de 2 de octubre de 2008, núm. 910/2008. RJ 2008/5587.

STS de 18 de enero de 2010, núm. 861/2009. RJ 2010/1274.

STS de 19 enero de 2010, núm. 864/2010. RJ 2010/417.

STS de 28 de abril de 2010, núm. 252/2010. RJ 2010/3554.

STS de 20 de julio de 2011, núm. 574/2011. RJ 2011/7377.

STS de 5 de septiembre de 2011, núm. 624/2011. RJ 2011/5677.

STS de 9 de febrero de 2012, núm. 42/2012. RJ 2012/2040.

STS de 28 de marzo de 2012, núm. 179/2012. RJ 2012/5591.

STS de 26 de octubre de 2012, núm. 642/2012. RJ 2012/9730.

STS de 29 de abril de 2013, núm. 257/2013. RJ 2013/3269.

STS de 20 de junio de 2013, núm. 446/2013. RJ 2013/4377.

STS de 18 de mayo de 2015, núm. 282/2015. RJ 2015/1919.

STS de 23 de septiembre de 2015, núm. 529/2015. RJ 2015/4022.

STS de 11 de febrero de 2016, núm. 51/2016. RJ 2016/248.

STS, de 16 de mayo de 2017, núm. 301/2017. RJ 2017/2219.

STS de 22 de septiembre de 2017, núm. 517/2017. RJ 2017/4636.

STS de 15 de enero de 2018, núm. 17/2018. RJ 2018/76.

STS de 4 de abril de 2018, núm. 181/2018. RJ 2018/1185.

STS de 29 de octubre de 2019, núm. 568/2019. RJ 2019/4495.