

Máster de acceso a la Abogacía

La crisis matrimonial: especial referencia a la jurisprudencia actual



Universidad de Valladolid

Presentado por:

Judith Martín Sánchez

Tutelado por:

Fernando Crespo Allúe

Valladolid, 12 de enero de 2018

ÍNDICE

1.- ANTECEDENTES DE HECHO.....	3
2.- FUNDAMENTOS DE DERECHO.....	4
2.1.- Consulta.....	4
2.2.- De la guarda y custodia de los hijos.....	5
2.3.- Del régimen de visitas a favor del padre y la posibilidad de una posterior modificación del régimen de guarda y custodia.....	13
2.3.1.- Régimen de visitas.....	13
2.3.2.- Posibilidad modificación del régimen de guarda y custodia.....	17
2.4.- De la atribución de la vivienda conyugal y su carácter temporal o indefinido.....	20
2.4.1.- Sobre la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar.....	20
2.4.2.- Sobre el carácter temporal o indefinido de la atribución del uso de la vivienda familiar.....	25
2.5.- De la posibilidad de los padres del esposo de recuperar la vivienda.....	28
2.6.- De la prestación de pensión compensatoria y su duración.....	29
3.- CONCLUSIONES.....	37
4.- BIBLIOGRAFÍA.....	40
5.- JURISPRUDENCIA.....	41

1. ANTECEDENTES DE HECHO.

Don Francisco Fernández de la Fé, médico traumatólogo, contrajo matrimonio canónico con Doña Soledad de la Paz Martínez en Valladolid el 4 de diciembre de 2006, habiendo tenido hijos, Pablo y Ana, nacidos el 16 de abril de 2007 y el 20 de febrero de 2009, respectivamente.

Don Francisco es médico especialista en traumatología y tiene consulta abierta desde el año 2000 en la que trabaja en jornada de mañana y tarde. Doña Soledad, Licenciada en Derecho, estaba contratada como Gerente de un centro comercial, puesto de trabajo que abandonó para dedicarse al cuidado de sus dos hijos, desde el nacimiento del primero en el año 2007, si bien desde que los hijos asisten al Colegio ha despreciado varias ofertas de trabajo por entender que eran de un nivel inferior a su cualificación profesional.

Desde hace tres años vienen atravesando una situación de crisis matrimonial, que ha llevado al esposo a abandonar el domicilio conyugal, en el que han permanecido su esposa y sus dos hijos menores.

La vivienda que ha constituido el domicilio familiar pertenece en propiedad a los padres de Don Francisco, quienes se la facilitaron gratuitamente permitiendo su ocupación sin pagar renta, a fin de que fijasen allí el domicilio familiar.

Desde hace unos seis meses, la esposa ha iniciado una relación con otro hombre, habiéndose trasladado éste a vivir en el que fue el domicilio conyugal cuando se encuentra en Valladolid, si bien tiene conocimiento por sus hijos, de la intención de trasladarse el próximo curso a vivir a Tenerife, donde la esposa tiene posibilidades de obtener un puesto de trabajo.

Desde que abandono 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.

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. Consulta.

Tras la exposición de los antecedentes de hecho en una primera consulta, el Sr. Fernández solicita la elaboración de un dictamen acerca de las siguientes cuestiones:

- a) El sistema de guarda y custodia de sus hijos menores y, en concreto, 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 pretendan trasladarse a vivir a Tenerife y que, aunque sus hijos mantienen una buena relación con su padre, ha sido la madre quien ha asumido más directamente las atenciones diarias de los hijos al haber dejado de trabajar.
- b) Si la custodia se atribuyese a la madre y se trasladasen a vivir a Tenerife, cómo afectaría a su derecho de visitas y que posibilidad tendría de poder 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 podrían reclamar los padres del esposo la vivienda si su uso finalmente se adjudicara a la esposa e hijos.
- e) La posible obligación de abono de una pensión compensatoria y su duración.

El asunto que se somete a consideración contiene una serie de cuestiones jurídicas de diversa índole que, aunque estando todas ellas referidas a los efectos derivados del divorcio, unas se refieren a las relaciones entre los cónyuges y otras a las relaciones de éstos para/con sus hijos.

Es por ello que, para un mejor análisis del asunto y una mejor exposición de cada uno de los aspectos a tratar en este dictamen, es conveniente analizar cada cuestión por separado y en el mismo orden en que han sido planteadas.

Si bien, con carácter previo al análisis propiamente dicho de cada una de las cuestiones, se ha de advertir que lo más aconsejable para cualquier cliente es que todos los

efectos que deriven de su separación o divorcio se regulen mediante un convenio regulador que haya sido constituido de mutuo acuerdo entre los cónyuges, pues, en su defecto, será el juez que corresponda quién se pronuncie sobre cada uno de tales aspectos resolviendo lo que conforme a la legalidad considere oportuno. Desde este supuesto parte el dictamen solicitado.

2.2. De la guarda y custodia de los hijos.

La primera cuestión del Sr. Francisco se refiere a la guarda y custodia, si ésta será compartida entre ambos progenitores o podrá ser exclusiva a favor de uno de ellos, en este caso, a favor del padre. Pues bien, efectivamente, teniendo en cuenta los hechos presentados, ambas opciones pueden ser posibles.

Desde que se regularan legalmente los efectos de la separación y el divorcio, ha venido siendo criterio habitual la fijación de un régimen de guarda y custodia exclusiva a favor de la madre, precisamente porque así lo contemplaba en su redacción originaria el Código Civil¹. Las sucesivas reformas de este texto legal han tendido hacia la equiparación de posiciones de ambos progenitores en sus relaciones filiales, hasta que con la reforma operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, los Juzgados y Tribunales marcaron el inicio de una ligera tendencia hacia el establecimiento de un régimen de guarda y custodia compartida.

Esta reforma modificó el art.92.5 de nuestro Código Civil (CC) que dispone que “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”, pero también, conforme al apartado 8 de este artículo 92, se podrá acordar este régimen cuando así lo solicite uno solo de los progenitores siempre que el Juez considere que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés

¹ Art.70 del Código Civil de 1889 en su redacción originaria: “Los hijos e hijas menores de tres años estarán en todo caso, hasta que cumplan esta edad, al cuidado de la madre, al no ser que por motivos especiales, dispusiere otra cosa la sentencia”. Edad que se aumentó a los siete años tras la reforma de 1958 hasta que se derogó en 1981.

del menor². En consecuencia, los únicos criterios legales que determinan cuándo adoptar un régimen de guarda compartida son los contenidos en este artículo 92: petición de parte e interés superior del menor. Este último es el principio que preside cualquier acuerdo entre los cónyuges o procedimiento judicial en el que se aborden aspectos tan delicados como el nuevo modelo de familia que se ha de establecer debido a la crisis matrimonial, sobre todo en lo referido a las nuevas relaciones con los hijos³. Cualquier medida que los cónyuges acuerden o que el juez establezca primando los intereses de los progenitores o incluso vulnerando ese interés superior del menor, no será aprobada por el juez o deberá modificarse.

Desde este cambio normativo, parte de la jurisprudencia ha intentado considerar el régimen de la custodia compartida como el criterio normal y general a seguir. Sin embargo, pese a que el Tribunal Supremo en su conocida sentencia de 29 de abril de 2013, ya consideró la custodia compartida como una medida normal e incluso deseable por hacer realmente efectivo el derecho de los hijos a relacionarse con ambos progenitores⁴, lo cierto es que las sentencias que determinan este tipo de régimen son aún minoritarias⁵; pudiendo deberse, entre otros, al hecho de no contar con criterios legales que determinen cuándo acordar este sistema compartido y al motivo de exigir que los progenitores prueben y justifiquen la conveniencia de dicho modelo como el más beneficioso para el menor, de suerte que pudiera parecer que el régimen de guarda y custodia compartida actúa como un

² SÁNCHEZ MARTÍN, Pablo, ÁLVAREZ ALARCÓN, Arturo y BLANDINO GARRIDO, Amalia: *Las crisis matrimoniales: nulidad, separación y divorcio, Parte IV, Efectos y medidas de las crisis matrimoniales*, 2ª Ed., 2016, Tirant lo Blanch, p.231 y 234.

³ Arts.2 y 11.2 de la Ley de protección del Menor y art.3.1. de la Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 sobre Derechos del niño

⁴ STS de 29 de abril de 2013: “la redacción del artículo 92 vigente 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”.

⁵ Nota de prensa del I.N.E.: *Estadística de nulidades, separaciones y divorcios*, publicada el 25 de septiembre de 2017: En 2016 la guarda y custodia compartida de los hijos fue otorgada en el 28.3% de los casos de separación y divorcio.

régimen subsidiario o excepcional al de la custodia exclusiva y esta falta de prueba fuera suficiente para denegarla⁶.

Dado que no contamos con más pautas legales que fijen los criterios a tener en cuenta para poder establecer un régimen de custodia compartida, éstos han tenido que ser desarrollados por vía jurisprudencial, siendo nuestro Tribunal Supremo quien a través de la sentencia de 29 de abril de 2013 determinó que el interés del menor aconsejará acordar la custodia compartida “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”.

Pero pese a este pronunciamiento del Tribunal Supremo, la interpretación del concepto de interés del menor como principio rector en los casos de crisis matrimonial ha sido difusa, imprecisa y variable⁷, de tal forma que ha sido necesario un pronunciamiento del legislador que, en virtud de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, establece los concretos criterios para la interpretación y aplicación de este principio: “se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, se protegerá la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas, se ponderará el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo, la necesidad de estabilidad de las

⁶ En este sentido GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, 2014, Tirant lo Blanch, p.30, GÓMEZ MEGÍAS, Ana María: *La doctrina del TS sobre guarda y custodia compartida: sentencias clave*, Diario La Ley, nº 8734, Sección Dossier, 5 de abril de 2016, Editorial La Ley, citando STS de 15 de octubre de 2014 y GETE-ALONSO Y CALERA, M^a del Carmen y SOLÉ RESINA, Judith: *Filiación y potestad parental*, 1^a Ed., 2014, Tirant lo Blanch, p.162.

⁷ Tomando las palabras de GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: *La concreción del interés del menor...*, p.31 y 32. Según la autora “el concepto de interés del menor ha variado a lo largo de los años, personificándose, entre otros, en criterios como: la preferencia de la madre para el cuidado de los hijos de corta edad, preferencia por el progenitor que asumió el cuidado diario y desarrolló con el menor un vínculo más fuerte, el mantenimiento de las relaciones con ambos progenitores o el bienestar del menor”, siendo este último el que actualmente toman por referencia los Tribunales.

soluciones que se adopten y a que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara”⁸.

Estos criterios que permiten determinar cuándo es conveniente establecer un régimen de custodia compartida se han ido precisando aún más conforme ha avanzado la jurisprudencia más reciente concretándose, entre otros, en la existencia de una relación de respeto mutuo entre ambos progenitores de forma tal que no existan conflictos que perjudiquen el desarrollo de los menores y permita mantener una situación lo más similar posible a la existente vigente la convivencia; la capacidad y los horarios laborales de los progenitores para encargarse debidamente de los hijos, la vinculación de éstos respecto a cada uno de los progenitores y la posesión de un domicilio estable⁹.

Por lo tanto, entran en juego múltiples circunstancias a la hora de atribuir un sistema de guarda y custodia compartida que podrían sistematizarse en las siguientes¹⁰: la edad de los hijos, arraigo social y familiar (sus relaciones sociales, hábitos, lugar de escolarización, lugar de residencia del resto de sus familiares más cercanos, etc.), las aptitudes personales de los progenitores (sobre todo en cuanto a la existencia de una

⁸ STS de 19 de octubre de 2017 citando STS de 17 de noviembre de 2015, ambas de conformidad con lo establecido por los arts.2 y 3 de la LO 8/2015 de 22 de julio.

⁹ La STS de 12 de mayo de 2017 recuerda que “la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto (...) Pero ello no impide a que la existencia de desencuentros, propios de la crisis matrimonial, no autoricen per se este régimen de guarda y custodia, a salvo que afecten de modo relevante a los menores en perjuicio de ellos”.

Por su parte, la STS de 15 de julio de 2015, se decanta por establecer un régimen de guarda y custodia compartida teniendo en cuenta los siguientes criterios: “(i) Se va a beneficiar el hijo porque ambos progenitores reúnen condiciones adecuadas y suficientes para el correcto ejercicio de sus responsabilidades parentales; (ii) Ambos tienen, también capacidad para atender a su hijo de manera adecuada, según motiva el informe del equipo psicosocial; (iii) Sus horarios laborales se acomodan a la mejor atención del menor, (iv) El menor tiene una vinculación sólida con su padre y con su madre; (v) No existe por su edad (10 años) factores negativos para actividades básicas, lo que le permite asumir roles personales en descargo de sus padres; (vi) Ambos progenitores tienen domicilio estable, sin que la alteración suponga para el hijo una alteración sustancial de la estructura social en que se integra, con facilidades para la pernocta como para el estudio; (vii) Finalmente coincide el deseo del menor, que es calificado por el equipo psicosocial de maduro a tal fin, con el sistema de custodia compartida”.

¹⁰ GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: *Criterios de atribución de la custodia compartida*, Indret: Revista para el Análisis del Derecho, nº 3, 2010, p.11 y ss.

relación de respeto mutuo y baja conflictividad entre ellos y las relaciones de estos con sus hijos), la proximidad de los domicilios de los padres, su disponibilidad para dedicar el tiempo necesario a las necesidades de los hijos (conciliación de la vida familiar y laboral), la existencia de medios materiales suficientes (sobre todo la disponibilidad de domicilio estable), y la voluntad de los menores¹¹.

En el caso presentado por D. Francisco no se aprecia, a priori, obstáculo alguno en orden al establecimiento de un régimen de guarda y custodia compartida:

1. Los hijos cuentan con edades que no pueden considerarse impedimento para adaptarse a las nuevas relaciones familiares, ni puede considerarse que necesiten de una mayor atención maternal como ocurre en los casos de niños de muy temprana edad, siendo precisamente al contrario y necesitar de ambos progenitores.

Por otro lado, precisamente dada su edad, Pablo y Ana están en periodo de escolarización primaria obligatoria, por lo que acudiendo al colegio, sus horarios pueden adecuarse perfectamente al horario laboral del padre. Y si además realizan actividades extraescolares, esta conciliación de la vida familiar y laboral resultará sencilla.

2. Ambos cónyuges residen en la misma localidad, por lo tanto, el lugar de domicilio no constituye óbice para la fijación de una guarda y custodia

¹¹ Sobre el derecho de los menores a ser oídos en los procesos de familia, LACALLE SERER, Elena y SANMARTÍN ESCRICHE, Fernando: *Protocolos sobre procesos matrimoniales*, 2010, Tirant lo Blanch, p.36 a 37 y 56.

STS de 25 de octubre de 2017 recuerda la doctrina fijada por la Sala 1ª del TS citando sus sentencias de 7 de marzo de 2017 y de 20 de octubre de 2014, en cuanto al derecho de los menores a ser oídos por el tribunal en los procesos de familia: “cuando la edad y madurez del menor hagan presumir que tiene suficiente juicio y, en todo caso, los mayores de 12 años, habrán de ser oídos en los procedimientos judiciales en los que se resuelva sobre su guarda y custodia (...) Para que el juez o tribunal pueda decidir no practicar la audición, en aras al interés del menor, será preciso que los resuelva de forma motivada. Así cabe colegir también de la sentencia TEDH de 11 de octubre de 2016 por la que se estima que sería ir demasiado lejos decir que los tribunales internos están siempre obligados a oír a los menores, pues dependerá de las circunstancias particulares de cada caso, atendiendo siempre a la edad y madurez del niño. Pero (...) en caso de divorcio contencioso, los hijos menores deben ser oídos por el juez y en todo caso los menores de más de 12 años”.

compartida puesto que no existirán grandes distancias entre ambos, y el colegio y lugar de trabajo del padre también se encuentran en la misma localidad.

3. En cuanto a la jornada laboral del padre (puesto que la madre no trabaja) no sería impedimento suficiente para denegar la atribución de una custodia compartida, pues como se ha dicho, dado que los hijos ya acuden al colegio, es perfectamente posible la conciliación de la vida laboral y familiar: podría recogerlos en el colegio, comer con ellos si es que no acuden al comedor escolar, pudiéndoles dedicar las noches y el fin de semana a tiempo completo. Es más, podría llegar a prescindir de las horas que dedica a las consultas privadas y así tener más tiempo para dedicarse a los hijos o modificar su horario laboral acomodándolo a las nuevas circunstancias.
4. Existe una relación de respeto¹² entre ambos cónyuges, pues como se desprende de los hechos la ruptura ha sido pacífica y han venido regulando de mutuo acuerdo las relaciones vigentes desde el cese de la convivencia marital, de manera que se demuestra la intención de tender hacia el entendimiento para regular las cuestiones que afectan a los hijos.
5. Por otro lado, los dos hijos mantienen una buena relación tanto con la madre como con el padre, no mostrando reticencias respecto a la convivencia con ninguno de ellos.

Quizá la mayor dificultad para establecer un régimen de guarda y custodia compartida pudiera encontrarse en la separación de hecho existente y el sistema de guarda y custodia establecido entre los progenitores durante tres años, puesto que al haberse mantenido esta situación de forma prolongada en el tiempo, podría considerarse una especie de aceptación tácita de que sea la madre quien ostente la guarda y custodia exclusiva

¹² En orden a interpretar cómo sea esa relación de respeto, la STS de 14 de octubre del 2015 determina que “Para la adopción del sistema de custodia compartida no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo que se han de suponer existentes en los litigantes, al no constar lo contrario (...) la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad”.

de los hijos manteniendo el régimen de visitas respecto del padre. Sobre cuestiones como estas también se ha pronunciado el Tribunal Supremo considerando que “la salida civilizada de uno de los progenitores de la vivienda familiar, no puede ser calificada como aceptación de la guarda y custodia por el otro progenitor, cuando ambos progenitores poseen capacidad para el cuidado y formación de los hijos en común”¹³. Por lo tanto, esta circunstancia no impediría en absoluto una guarda y custodia compartida.

Íntimamente relacionado con lo anterior, precisamente por la vigencia de esta separación de hecho, nos encontramos con la relación existente entre padres e hijos. Éstos podrían sentir más apego hacia la madre puesto que desde su nacimiento hasta la fecha ha sido ella quién se ha dedicado de forma exclusiva a su cuidado. Pero lo cierto es que el padre disfruta de un amplio régimen de visitas para con sus hijos, mantienen entre ellos una buena relación y además es perfectamente apto para la atención y cuidado de los niños, por lo tanto, esta circunstancia por sí sola tampoco impediría que se atribuyera la guarda y custodia al padre de forma compartida con la madre.

Ambos progenitores cuentan con la capacidad suficiente para ostentar la guarda y custodia de los hijos, y tras el análisis de las circunstancias concurrentes, en orden al mantenimiento de una situación estable respecto a los menores, en este supuesto podría considerarse deseable un sistema de guarda y custodia compartida, pues, como pone de manifiesto PARDILLO HERNÁNDEZ, un régimen de guarda y custodia compartida proporciona a los menores y sus progenitores indudables ventajas, pues se pretende aproximar “al modelo existente antes de la ruptura y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo sus derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de los hijos”. Ventajas múltiples para el menor, que se han concretado reiteradamente por la jurisprudencia en las siguientes: “a) Se fomenta la integración del menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia. b) Se evita el sentimiento de pérdida.

¹³ STS de 14 de octubre de 2015, y más recientemente STS de 7 de marzo de 2017 que dice que “no puede ser obstáculo al establecimiento de un régimen de guarda y custodia compartida el hecho de que la menor de 15 años de edad haya estado conviviendo con su padre durante los últimos años”.

c) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores. d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio del menor, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia”¹⁴.

Respecto a la posibilidad de establecer un régimen de guarda y custodia exclusiva, si bien es cierto que el art.92.7 del CC contempla circunstancias excepcionales para que la guarda y custodia de los hijos se atribuya de forma exclusiva a uno de los progenitores: “estar incurso en un proceso penal 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 o por la existencia de violencia doméstica”; en la práctica, nuestros tribunales se enfrentan a múltiples situaciones que no pudiéndose enmarcar dentro de los supuestos recogidos en este art.92, sí que desaconsejan el establecimiento de una custodia compartida, de tal forma que nos encontramos con un desarrollo jurisprudencial y doctrinal mucho más amplio que, adaptándose a la realidad de la vida cotidiana, ha reconocido muchas otras circunstancias que pueden provocar la exclusividad en la custodia tal como es una relación tensa e irrespetuosa entre ambos cónyuges¹⁵ o la existencia de una distancia geográfica importante entre los domicilios de los progenitores¹⁶.

De forma paralela a lo que ocurriría con la custodia compartida, se tienen en cuenta los mismos criterios para determinar un régimen de guarda exclusiva de manera que, de no cumplirse uno de ellos será aconsejable atribuir la custodia exclusiva a uno de los

¹⁴ PARDILLO HERNÁNDEZ, Adolfo: *El Derecho de familia en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Valencia, 2017, Tirant to Blanch, p.140, citando STS de 30 de mayo de 2016.

¹⁵ STS de 12 de mayo de 2017 que recuerda la doctrina recogida en SSTs de 27 de junio de 2016 y de 17 de julio de 2015 y dice que “para que la tensa situación entre los progenitores aconseje no adoptar el régimen de guarda y custodia compartida, será necesario que sea de un nivel superior al propio de una situación de crisis matrimonial”.

¹⁶ La STS de 21 de diciembre de 2016 al analizar un caso en el que se establece un régimen de custodia a favor de la madre por encontrarse los domicilios de los progenitores en distintas localidades concluye que: “La distancia no solo dificulta, sino que hace inviable la adopción del sistema de custodia con estancias semanales, dada la distorsión que ello puede provocar y las alteraciones en el régimen de vida del menor, máxime cuando está próxima su escolarización obligatoria, razones todas ellas que motivan la denegación del sistema de custodia compartida.”.

En el mismo sentido la STS de 19 de octubre de 2017 que resuelve el caso en el que la madre custodia traslada su domicilio de Salamanca a Alicante y pese a ello la sentencia de segunda instancia establece un régimen de custodia compartida: “procede estimar el recurso de casación, al haberse acordado en segunda instancia el sistema de custodia compartida con unas circunstancias fácticas que lo hacen imposible”.

progenitores. Mostrándose ambos perfectamente aptos para el cuidado y atención de sus hijos y residiendo éstos durante tres años con su madre, no parece que en este caso sea posible optar por una custodia exclusiva a favor del padre.

En el caso de fijar un régimen de custodia exclusiva, existen altas probabilidades de que se atribuya a la madre y no al padre¹⁷, todo por cuanto suele primar el lado afectivo y desarrollo emocional y psicológico de los hijos, teniendo mayor relevancia el vínculo emocional que los hijos ostenten respecto a la madre (generalmente) que los recursos económicos, y mostrando la realidad social que será el padre quien se dedique al sustento económico y la mujer al cuidado de los hijos, dejando incluso de trabajar, la guarda y custodia exclusiva es bastante probable que se otorgue a la mujer¹⁸.

En el caso del Sr. Fernández el hecho que más podría jugar a su favor es el de contar con mayores recursos económicos además de contar, sobre todo, con un domicilio estable ya que, como se analizará más adelante en el punto 2.5 de este dictamen, pese a que se pudiera atribuir a la madre la vivienda familiar, existe un potencial riesgo de que pudieran verse desalojados de la vivienda, además del hecho de que los hijos mantienen una buena relación con su padre. Por lo tanto, se dan todos los requisitos necesarios para poder establecer una custodia compartida.

2.3. Del régimen de visitas a favor del padre y la posibilidad de una posterior modificación del régimen de guarda y custodia.

2.3.1. Régimen de visitas.

El art.94 del CC establece que “el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos”. Por lo tanto, si la custodia se atribuye de forma exclusiva a la madre, será D. Francisco quien ostente este derecho de visitas.

¹⁷ Nota de prensa del I.N.E.: *Estadística de nulidades, separaciones y divorcios*, publicada el 25 de septiembre de 2017: En el 5,0% de los procesos la custodia la obtuvo el padre.

¹⁸ En este sentido GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: *La concreción del interés del menor...*, p.32.

Analizando los hechos presentados, resulta lógico pensar que el régimen que se pudiera fijar con respecto al padre en caso de que los hijos residieran en Valladolid con su madre no será el mismo que deba proceder tras el traslado de su domicilio a Tenerife.

Es principalmente la distancia entre los lugares de residencia de los progenitores la que no permite que se pueda establecer un régimen de visitas ordinario amplio en el que se contemplase, por ejemplo, visitas intersemanales, e incluso con pernocta alguna de ellas.

Por lo tanto, el régimen fijado deberá modificarse a través del procedimiento de modificación de medidas atendiendo a las nuevas circunstancias, estableciéndose un régimen especial como pueda ser, a modo de ejemplo, el siguiente:

Respecto a las visitas:

1. Durante el periodo escolar habría que valorar la posibilidad de establecer visitas en fines de semana teniendo en cuenta los horarios laborales y dados los costes del desplazamiento que se originarían. Por tanto, habría que estar a lo que libremente los progenitores quisieran y pudieran acordar pudiendo establecer un fin de semana al mes.

Respecto a los cumpleaños de los progenitores: si fuera posible y sin perjuicio del acuerdo al que llegasen, el día del cumpleaños de la madre los hijos estarían con la madre, y el día del cumpleaños del padre, los hijos estarían con el padre.

En los cumpleaños de los menores, sin perjuicio también de acuerdo, corresponderían por años alternos a cada uno de los progenitores.

2. Puentes durante el período escolar: dada la menor frecuencia con la que el padre vería a sus hijos, sería deseable que los puentes existentes durante el periodo escolar correspondieran íntegramente al padre.
3. Durante las vacaciones de navidad: corresponderían a cada progenitor por mitad, correspondiendo la primera mitad al padre y la segunda mitad a la madre.
4. Vacaciones de semana santa: de igual forma que lo que ocurre en el caso de los puentes, corresponderían íntegramente al padre.

5. Durante las vacaciones de verano: desde la finalización del periodo escolar hasta el 1 de agosto al padre y desde el 1 de agosto al inicio del periodo escolar a la madre. En ocasiones, los Tribunales, en estos casos de larga distancia, pueden conceder al progenitor no custodio dos meses de las vacaciones escolares del menor como compensación por los fines de semana que éste no ha disfrutado de la compañía de su padre o madre¹⁹.

Respecto a las comunicaciones, dado que el padre disfrutaría menos de la compañía de los hijos, no convendría establecer límite alguno más allá de lo que en buena lógica quepa, pudiéndose comunicar el padre con sus hijos cualquier día y en cualquier momento.

Dado que, como bien dice la STS de 16 de mayo de 2017, no existe previsión legal sobre cómo organizar el derecho de visitas en aquéllos casos en que los progenitores viven en lugares alejados, “la determinación del tiempo, modo y lugar del ejercicio del derecho de visitas a que se refiere el art.94 CC exige concretar la frecuencia de las visitas y su duración, quién se desplaza y quién asume el gasto del desplazamiento para adaptar el régimen a las circunstancias que concurran: la edad del menor, la distancia, las molestias y condiciones del viaje, las circunstancias personales, familiares y profesionales de los progenitores, su disponibilidad horaria y personal para viajar, sus recursos económicos, etc.”.

Al igual que ocurría en el caso de la guarda y custodia, siendo el régimen de visitas no solo un derecho para el progenitor no custodio, sino también para el menor, cualquier régimen o actitud que entorpezca su relación y el normal desarrollo de las visitas será contrario al interés del menor, pues el régimen de visitas no se establece para satisfacer los deseos de los progenitores, sino en interés del menor a fin de mantener unas relaciones paterno-filiales estables de manera que la ruptura le afecte lo menos posible²⁰. Por lo tanto, se deberá establecer un régimen de visitas que atienda a ese interés superior del menor, pero que a su vez responda a un reparto equitativo de las cargas²¹.

¹⁹ MORALES MORENO, Angeles Leticia: *Ejecución de las sentencias dictadas en los procedimientos de familia*, 2013, Tirant lo Blanch, 1ª Ed., p. 161.

²⁰ En este sentido se pronuncia MORALES MORENO, Angeles Leticia: *Ejecución de las sentencias...*, p. 34.

²¹ STS de 19 de noviembre de 2015 recuerda la doctrina fijada por la STS de 26 de mayo de 2014 al decir que: “Es esencial que el sistema que se establezca no pierda de vista el interés del menor, de forma que no dificulte su relación con cada uno de los progenitores. Por otro lado, es preciso un

En el régimen de visitas, muchos de los conflictos que surgen suelen versar sobre cuál sea la mejor forma de organización de las entregas y recogidas y sobre quién ha de sufragar los gastos de desplazamiento para cumplir con las visitas, de manera que en muchas ocasiones se hace necesario un pronunciamiento de los tribunales a fin de resolver las disputas y establecer un reparto equitativo de los deberes que el régimen de visitas implica para cada progenitor.

Respecto al sistema de recogidas es criterio ampliamente reconocido que cada progenitor recoja a los menores en el lugar acordado y los entregue en el mismo lugar, siendo habitual que el padre o madre recoja al menor en el domicilio del progenitor custodio. Sin embargo, como puede observarse en este caso, no parece viable, ni mucho menos lo más equitativo, que D. Francisco sea quién vaya a recoger a sus hijos hasta Tenerife cada vez que le correspondan las visitas o sea él quien se desplace y aloje en Tenerife puesto que debería soportar unos gastos desproporcionados²² salvo que, como dice la STS de 26 de mayo de 2014, “subsidiariamente (...), las partes o el juez [atribuyan] la obligación de recogida y retorno a uno de los progenitores con la correspondiente compensación económica”. Aun con ello, dicha sentencia ratifica como doctrina jurisprudencial que, para el caso de que no sea posible el sistema habitual ni el subsidiario, en “situaciones extraordinarias que supongan un desplazamiento a larga distancia, exigirá ponderar las circunstancias concurrentes y deberán conllevar una singularización de las medidas adoptables”, solución ésta que parece más aceptable para el caso que aquí se trata.

Por lo tanto, para dar cumplimiento a las visitas, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, lo más equitativo sería que fueran los niños quienes se desplazasen de Tenerife a Valladolid (sin perjuicio de que en los periodos vacacionales del padre éste quisiera desplazarse a Tenerife), siendo la madre quien acompañase hasta el aeropuerto de Tenerife a los niños, viajasen mediante el servicio de acompañamiento a

reparto equitativo de cargas, de forma que ambos progenitores sufraguen los costes de traslado de forma equilibrada y proporcionada a su capacidad económica, sus circunstancias personales, familiares, disponibilidad, flexibilidad del horario laboral, etc”.

²² Tal y como reconoce la STS de 16 de mayo de 2017 “no cabe duda de que entre los factores que influyen de manera decisiva en la efectividad del derecho de visitas se encuentra el de los gastos de traslado necesarios para que el progenitor pueda tener en su compañía al menor, pues una imposición de gastos que resulte difícilmente asumible por el progenitor, en atención a sus circunstancias económicas, obstaculiza el derecho de visitas y priva al menor de su compañía”.

menores de las compañías aéreas, y los recogiera el padre en el aeropuerto de destino, siendo al revés cuando los niños deban volver a Tenerife.

En cuanto a los gastos, habrá que tener en cuenta los recursos económicos de cada uno de los progenitores de manera que se sufragen por mitad o de forma proporcional²³, o correspondan íntegramente al progenitor que se encuentre en una mejor posición respecto del otro²⁴. En este caso, parece que sea más equitativo que ambos progenitores contribuyan por mitad a los gastos de desplazamiento.

2.3.2. Posible modificación del régimen de guarda y custodia.

En lo concerniente a la modificación del régimen de guarda y custodia, suele ser habitual, como pregunta el Sr. Fernández que, ante el cambio de domicilio del progenitor que ostenta la guarda y custodia, el no custodio, viendo que no podrá cumplir con el régimen de custodia compartida, en su caso, o con las visitas ordinarias, solicite la modificación de medidas contemplada en el art.775 de la LEC y pida un cambio del régimen de guarda y custodia establecido, reclamando para sí la custodia exclusiva.

En el supuesto de que la guarda y custodia de los hijos se atribuyera a la madre con anterioridad al traslado, su cambio de residencia supondría una alteración sustancial de las circunstancias que se tuvieron en cuenta inicialmente a la hora de homologar un convenio

²³ STS de 20 de octubre de 2014: “valorando las circunstancias concurrentes en un caso en el que, por ser conforme al interés del menor, se autoriza que la madre custodia se traslade a Brasil y se fija que los gastos de traslado del niño para visitar al padre sean compartidos”.

STS de 23 de septiembre de 2015: “con arreglo a los principios de interés del menor y reparto equitativo de las cargas, procede que la madre custodia asuma la mitad de los gastos de desplazamiento del hijo a la residencia del padre, excepto vacaciones de verano”. Tiene en cuenta esta sentencia la ausencia de traslado caprichoso por parte de la madre, dado que cambia de domicilio por motivos de trabajo, y el incremento de los gastos que recaen sobre el padre (residente en Tenerife) para visitar a su hijo en Melilla.

La STS de 16 de mayo de 2017 sobre los gastos de desplazamiento de la menor para visitar a su padre en Miami determina que ambos progenitores contribuyan de forma equitativa.

²⁴ Auto del TS de 3 de junio de 2015 que no admite un recurso de casación contra la sentencia que autoriza, en interés del menor, el traslado al extranjero del padre custodio (a Argentina donde tiene su familia directa y trabajo frente a la madre que se encuentra en una familia de acogida y cuya familia está en otra localidad), asigna al padre el pago de los gastos de desplazamiento del hijo para visitar a su madre dadas sus dificultades económicas.

regulador o dictar sentencia por el Juez y, por lo tanto, el padre estaría plenamente legitimado para instar el procedimiento de modificación de medidas de conformidad con lo establecido por los arts.90.3 y 91 del CC²⁵.

En lo referente a esta cuestión, merece la pena plasmar aquí la argumentación seguida por la STS de 26 de octubre de 2012 que sirve de base para instar este tipo de procedimiento: “las acciones y responsabilidades que derivan de la patria potestad corresponden a ambos padres de tal forma que cualquiera de ellos, tanto el que tiene la guarda como el que no la conserva, puede actuar en relación a sus hijos una posición activa que no solo implica colaborar con el otro, sino participar en la toma de decisiones fundamentales al interés superior del menor. Una de ellas la que concierne a su traslado o desplazamiento en cuanto le aparta de su entorno habitual e incumple el derecho de relacionarse con el padre o madre no custodio.

Pues bien, la guarda y custodia de los menores deriva de la patria potestad y de la patria potestad, entre otras cosas, deriva la fijación del domicilio familiar, según dispone el artículo 70 del Código Civil, para dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 68 del Código Civil, respecto de la obligación de vivir juntos. La ruptura matrimonial deja sin efecto la convivencia y obliga a los progenitores a ponerse de acuerdo para el ejercicio de alguna de estas facultades que traen causa de la patria potestad, ente otra la fijar el nuevo domicilio y, como consecuencia, el de los hijos que se integran dentro del grupo familiar afectado por la ruptura coincidente por lo general con el de quien ostenta la guarda y custodia. Estamos, sin duda, ante una de las decisiones más importantes que pueden adoptarse en la vida del menor y de la propia familia, que deberá tener sustento en el acuerdo de los progenitores o en la decisión de uno de ellos consentida expresa o tácitamente por el otro, y solo en defecto de este acuerdo corresponde al juez resolver lo que proceda previa identificación de los bienes y derechos en conflicto a fin de poder calibrar de una forma ponderada la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada, sin condicionarla al propio conflicto que motiva la ruptura.

²⁵ Se precisa el término de cambio sustancial de las circunstancias por vía jurisprudencial: la STS de 13 de diciembre de 2017 citando STS de 19 de octubre de 2017 recuerda que la redacción del art.90.3 del CC “viene a recoger la postura jurisprudencial que daba preeminencia al interés del menor en el análisis de las cuestiones relativas a su protección (...), considerando que las nuevas necesidades de los hijos no tendrán que sustentarse en un cambio sustancial, pero sí cierto”.

Es cierto que la Constitución Española, en su artículo 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 ser preferentemente tutelados, podría conllevar, un cambio de la guarda y custodia”.

Como bien fundamenta esta sentencia, dado que la patria potestad se ejerce de manera conjunta por ambos progenitores, participando éstos por igual en las decisiones trascendentales que incumban a los hijos comunes, la madre no puede decidir unilateralmente que sus hijos se trasladen con ella a vivir a Tenerife muy a pesar de que sea ella quien ostente la guarda y custodia, por lo que deberá contar con el consentimiento del otro progenitor o solicitar autorización judicial; y para que no se proceda a conceder dicha autorización, el progenitor que solicita la modificación de medidas deberá probar que el mantenimiento de la custodia a favor de la madre resulta perjudicial para los menores por apartarlos de su entorno social y familiar habitual y que por ello resulta más beneficioso un cambio en la custodia.

Para oponerse al cambio de domicilio, D. Francisco habría de probar que el cambio provocará un desequilibrio y un perjuicio en los menores que se verán alejados de todo su entorno: Los menores van a tener que cambiar de colegio, por lo que dejarán atrás a sus amigos, profesores y actividades extraescolares si las tuvieren. Los hábitos y rutinas serán completamente distintos puesto que el nuevo lugar de residencia es totalmente diferente a Valladolid en cuanto a horarios, costumbres, hábitos de vida, etc. Por otro lado, en Tenerife no reside ningún familiar, por lo que los niños también se verán lejos de sus familiares más allegados: abuelos²⁶, tíos, primos, etc., no contando con ningún otro apoyo familiar que no sea el de la madre.

²⁶ La Exposición de Motivos de la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares con los abuelos señala: “En este sentido, las normas vigentes del Código Civil dispensan un tratamiento exiguo a un elemento de significativa importancia en el desarrollo personal de los menores, esto es, las relaciones de los nietos con sus abuelos (...) los abuelos (...) pueden desempeñar un papel crucial para la estabilidad del menor (...) disponen de una autoridad moral y de una distancia con respecto a los problemas de la pareja que puede ayudar a los nietos a racionalizar situaciones de conflicto familiar, favoreciendo en este sentido su estabilidad y desarrollo”.

Parece ser que el motivo por el que se produce el cambio de residencia es la posibilidad de la madre de obtener un puesto de trabajo, por lo que podría considerarse que el traslado no es caprichoso. Sin embargo, lo cierto es que, del relato de hechos se desprende que la mujer ha rechazado varias ofertas de trabajo en Valladolid simplemente por considerar que no se ajustan a su cualificación profesional. Por lo tanto, no es la oferta de trabajo un motivo de peso para autorizar el traslado. Además, la obtención del puesto se prevé como mera posibilidad no siendo cierto ni real.

En conclusión, podría considerarse que no concurren motivos suficientes para considerar que el traslado no perjudique a los menores, sino más bien todo lo contrario, se aprecian las premisas necesarias para considerar conveniente un cambio en la custodia a favor del padre a fin de mantener una situación estable en la vida de los menores.

2.4. De la atribución de la vivienda conyugal y su carácter temporal o indefinido.

2.4.1.- Sobre la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar.

Pasando ahora a analizar lo que atañe a la atribución de la vivienda conyugal, de acuerdo a lo dispuesto por el art.96 del CC, lo que primará es el acuerdo al que lleguen los cónyuges siempre que aquél no perjudique al menor²⁷.

Seguidamente, establece ese mismo artículo que, “en defecto de acuerdo entre los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden”. Siendo así, la respuesta a la pregunta es clara: el uso de la vivienda familiar y el ajuar doméstico se atribuirá a los hijos y a la madre si la custodia se atribuye en exclusiva a ésta, y viceversa, si

²⁷ De nuevo se plasma aquí el interés del menor pues la atribución de la vivienda a los hijos menores es la expresión de ese principio de *favor filii*. En este sentido GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: *La concreción del interés del menor...* y VERDERA IZQUIERO, Beatriz: *Estudio de los últimos postulados referentes a la atribución del uso de la vivienda familiar: “La necesidad de vivienda”*, Indret: Revista para el análisis del Derecho, nº 1, 2016, p. 5.

STS de 18 de mayo de 2015: “la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el art.96 CC”.

la custodia se atribuye en exclusiva al padre, será él quien resida en aquélla junto con sus hijos.

Sin embargo, tal interpretación rigorista de la regla establecida en el art.96 del CC admite un interpretación correctora de acuerdo al interés más necesitado de protección, de manera que no solo prima el interés del menor, sino que este principio se ha de integrar junto con otros criterios tales como cuál sea el cónyuge más necesitado de protección y con mayores dificultades de acceder a una vivienda y quién ostenta la titularidad de la misma de tal forma que no siempre la vivienda familiar se va a atribuir de forma automática a los hijos y al cónyuge que ostenta su custodia en exclusiva²⁸.

Por lo tanto, la cuestión no resulta ser tan sencilla, encontrándonos ante tres situaciones con soluciones distintas: En primer lugar, ¿qué ocurriría en caso de que el régimen de custodia fuera compartido? En segundo lugar, si el domicilio conyugal se atribuyera a la madre por ser ella quien ostenta la guarda y custodia exclusiva y finalmente se traslada a Tenerife, ¿qué ocurriría con la casa? Y, finalmente, de igual forma, si la guarda y custodia exclusiva se atribuye al padre residiendo este en otra vivienda desde hace ya tres años, ¿podría determinarse que los hijos residieran con el padre en esa nueva vivienda?

En cuanto al primer caso, de establecerse una custodia compartida y contando D. Francisco con una nueva vivienda de su propiedad en la que reside desde hace tres años, siguiendo el criterio jurisprudencial de que se atribuya la vivienda, en caso de custodia compartida, al interés más necesitado de protección de conformidad con el art.96 párrafo segundo del CC²⁹, será a D^a. Soledad a quien se atribuya el domicilio familiar y deba permanecer en la vivienda junto con los hijos durante los periodos de convivencia que a ella le correspondan, siendo los niños quienes se desplacen al domicilio de su padre durante los periodos de convivencia que con él correspondan.

²⁸ Así lo recogen, entre otros, VERDERA IZQUIERDO, Beatriz: *Estudio de los últimos postulados...*, p. 14 y 18, PARDILLO HERNÁNDEZ, Alfonso: *El Derecho de familia...*, p. 275 y ss.

Así se tiene en cuenta en legislaciones autonómicas, véase art.233.20.3 CCCat., y art.81 del Código de Derecho Foral de Aragón

²⁹ STS de 12 de mayo de 2017 mencionando la STS de 24 de octubre de 2014: “La Sala (...) ha entendido que debe aplicarse analógicamente el párrafo segundo del art.96 CC (...). Ello obliga a una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, y debiendo ser tenido en cuenta el factor del interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los períodos de estancia de los hijos con sus padres”.

La STS de 22 de septiembre de 2017 recoge la doctrina ya fijada por la STS de 24 de octubre de 2014 en torno a estas cuestiones: “Lo cierto es que el artículo 96 establece como criterio prioritario, a falta de acuerdo entre los cónyuges, que el uso de la vivienda familiar corresponde al hijo y al cónyuge en cuya compañía queden, lo que no sucede en el caso de la custodia compartida al no encontrarse los hijos en compañía de uno solo de los progenitores, sino de los dos; supuesto en el que la norma que debe aplicarse analógicamente es la del párrafo segundo que regula el supuesto en el que existiendo varios hijos, unos quedan bajo la custodia de un progenitor, y otros bajo la del otro, y permite al juez resolver lo procedente. Ello obliga a una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, con especial atención a dos factores: en primer lugar, al interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres. En segundo lugar, a si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece a un tercero. En ambos casos con la posibilidad de imponer una limitación temporal en la atribución del uso, similar a la que se establece en el párrafo tercero para los matrimonios sin hijos, y que no sería posible en el supuesto del párrafo primero de la atribución del uso a los hijos menores de edad como manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitado por el Juez, salvo lo establecido en el art.96 CC”.

Como bien dice también esta sentencia “El problema para hacer efectivo este régimen de convivencia, es especialmente grave en situaciones de crisis económica, cuando en la vivienda quedan los niños y son los padres los que se desplazan en los periodos de convivencia establecidos, puesto que les obligará a disponer de su propia vivienda, además de la familiar, con tres viviendas en uso. También lo es cuando uno de ellos es titular de la vivienda en que la familia ha convivido y el otro carece de ella puesto que existe el riesgo de que no pueda cumplimentar esta alternancia en los periodos en que le corresponde vivir en compañía de los hijos”. En el caso presentado, D^a Soledad no cuenta ni con vivienda propia ni con un puesto de trabajo, al contrario que D. Francisco, y, por tanto, ella sería quien en este caso ostenta el interés más necesitado de protección. Ahora bien, como se verá más adelante, tal atribución será, en principio, temporal.

Por lo que respecta a la segunda situación, en caso de que se atribuyera a la madre la vivienda familiar por ostentar la guarda y custodia exclusiva de los menores, tras su traslado a Tenerife mantener atribuido el uso de la vivienda familiar ya no sería necesario, pues ya no necesitan la vivienda para cubrir sus necesidades habitacionales. Dictaminar lo

contrario, y mantener la atribución de la vivienda familiar a los hijos junto con su madre supondría admitir que se está produciendo una especie de expropiación respecto a los verdaderos propietarios y un abuso de derecho³⁰, ya que estará disponible para ellos una nueva vivienda.

Pero, lo realmente determinante en este caso es que la vivienda resulta ser propiedad de los abuelos paternos, existiendo un potencial riesgo de desahucio por precario, máxime cuando por su traslado a Tenerife podrán contar con otros medios de satisfacer su necesidad de vivienda³¹.

Por otro lado, podría preguntar el Sr. Fernández si la convivencia de D^a. Soledad con su nueva pareja influiría en la atribución del uso de la vivienda. Esta convivencia asimilable jurisprudencialmente a la marital efectivamente podría conllevar la posibilidad de que se extinga la atribución del uso de la vivienda, y aún con más motivo cuando es D. Francisco quien hace frente a todos los gastos que genera la misma. Aunque lo cierto es que este último criterio es minoritariamente seguido por los Tribunales, pues la atribución del uso de la vivienda tiene su razón de ser en el interés de los menores, y habitando estos

³⁰ VERDERA IZQUIERDO, Beatriz: *Estudio de los últimos postulados...*, p.31 y SANTOS MORÓN, M^a José: *La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de custodia exclusiva de un cónyuge: evolución jurisprudencial y anteproyecto de reforma*, Revista de Derecho Civil, vol. I, n^o 3, 2014, pp. 1 a 36.

STS de 29 de marzo de 2011: “cuando el hijo no precisa de la vivienda familiar, por encontrarse satisfechas sus necesidades de habitación a través de otros medios, como ocurre en el caso presente, en que la madre ha adquirido una nueva vivienda que ostenta en copropiedad con la nueva pareja con la que convive, no puede pretenderse una especie de reserva de la que fue vivienda familiar durante el matrimonio para poder usarla en el hipotético caso en que no fuese posible el uso de la vivienda en la que ahora el hijo convive con la titular de su guarda y custodia (...). La atribución del uso al menor y al progenitor se produce para salvaguardar los derechos de éste, pero no es una expropiación del propietario y decidir en el sentido propuesto por la recurrente sería tanto como consagrar un auténtico abuso del derecho, que no queda amparado ni en el art.96, ni en el art.7 CC”.

³¹ STS de 15 de julio de 2015 al analizar un supuesto similar al aquí tratado dice que “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, máxime cuando tienen otros medios de afrontar la necesidad de vivienda. También es concluyente que la vivienda en cuestión ya no puede considerarse vivienda familiar (...). Las menores se encuentran escolarizadas en su nueva zona de influencia y disponen de nueva vivienda estable y adecuada. Por lo expuesto, procede estimar el recurso dejando sin efecto la atribución de la vivienda familiar a las menores y a la madre que las custodia al quedar satisfecho el interés de las menores en la nueva vivienda”.

en la misma, pese a la convivencia de una tercera persona, no se extingue su necesidad de habitación³². Además, en los pocos casos en los que se acepta la extinción de esta atribución resulta que la vivienda o es de titularidad del cónyuge que no disfruta de la misma o pertenecía a ambos en proindiviso. En el caso del Sr. Fernández no se dan ninguna de las dos circunstancias, pues los titulares son los abuelos paternos que son los que estarían interesados en que se extinguiera tal atribución, pero ellos deberán proceder por la vía del desahucio.

Respecto a la última de las situaciones, resulta ser ésta una de las excepciones que jurisprudencialmente se contemplan en cuanto a la atribución a los menores del uso de la vivienda familiar y es la disponibilidad de una vivienda alternativa que hace que los hijos no precisen de la familiar³³.

En caso de que la custodia exclusiva fuese atribuida al padre, residiendo éste en otra vivienda de su propiedad desde hace tres años, la que fuera vivienda familiar ya no tendría por qué atribuirse necesariamente a los hijos por estar disponible otra que podría cumplir la misma función, máxime cuando pesa sobre aquella el riesgo de un desahucio por precario instado por los verdaderos propietarios titulares de la vivienda. En este sentido, el propio Tribunal Supremo reconoce la facultad que tiene el Juez para sustituir la atribución de la vivienda familiar por la de otra residencia más adecuada y establece como doctrina jurisprudencial que el Juez puede atribuir el uso de una vivienda que no sea la familiar cuando ésta pertenece a terceras personas en orden a proteger el interés de los menores³⁴.

En este supuesto nos encontramos con que D. Francisco cuenta con una vivienda propia que perfectamente cubre las necesidades de los menores y, existiendo también aquí

³² SANTOS MORÓN, M^a José: *La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de custodia exclusiva...*, pp. 1 a 36 y GUILARTE MARTÍN-CALERO, CRISTINA: *La concreción del interés del menor...*, p. 57.

³³ SSTS de 27 de septiembre de 2017, de 3 de mayo de 2016, de 22 de julio de 2015 y de 18 de mayo de 2015: “hay dos factores que eliminan el rigor de la norma cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges: uno, el carácter no familiar de la vivienda (...) Otro, que el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas sus necesidades de habitación a través de otros medios; solución que requiere que la vivienda alternativa sea idónea para satisfacer el interés prevalente del menor”.

³⁴ En este sentido PARDILLO HERNÁNDEZ, Adolfo: *El Derecho de familia...*, p. 275 a 278, SÁNCHEZ MARTÍN, Pablo, ÁLVAREZ ALARCÓN, Arturo y BLANDINO GARRIDO, Amalia: *Las crisis matrimoniales...*, p.312 y VERDERA IZQUIERDO, Beatriz: *Estudio de los últimos postulados...*, p. 30.

el riesgo de un desahucio por precario dado que la vivienda que ha sido la familiar pertenece a los abuelos, resultaría prudente atribuir el uso de la nueva vivienda del padre a los hijos.

2.4.1.- Sobre el carácter indefinido o temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar.

Finalmente, por lo que respecta a las dudas sobre la temporalidad o no de la atribución de este uso y disfrute, si bien es cierto que la atribución de la vivienda familiar se caracteriza por su provisionalidad y temporalidad³⁵, la respuesta que hasta ahora viene dando la jurisprudencia es que mientras los hijos comunes sean menores, no se podrán establecer limitaciones temporales a la atribución de la vivienda familiar, por cuanto lo que se está protegiendo en este caso es el interés del menor y su derecho a habitación. De lo contrario, si se permitiera establecer un límite temporal a dicho uso por parte de los hijos, como pudiera ser hasta la liquidación de la sociedad de gananciales o por un periodo de tres años, se estaría yendo en contra de ese interés superior y se dejaría desprotegida su necesidad de vivienda³⁶.

Esta doctrina la recuerda la STS de 18 de mayo de 2015 cuando refiriéndose al art.96 del CC dice que “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”.

Sin embargo, ¿qué ocurre en el momento en el que los hijos alcancen la mayoría de edad? Hasta 2011 se mantenía el criterio de que la atribución del uso y disfrute de la

³⁵ SÁNCHEZ MARTÍN, Pablo, ÁLVAREZ ALARCÓN, Arturo y BLANDINO GARRIDO, Amalia: *Las crisis matrimoniales...*, p.307 y 308.

³⁶ ZABALGO, Paloma: *La situación actual en la atribución del uso y disfrute del domicilio familiar a los hijos*, 9 de junio de 2017, <http://www.abogacia.es/2017/06/09/la-situacion-actual-en-la-atribucion-del-uso-y-disfrute-del-domicilio-familiar-a-los-hijos/>, [Consulta: 29 feb. 2017] y SANCHEZ ALONSO, Marta: *Tratado de Derecho de Familia, aspectos sustantivos*, 2016, Tirant lo Blanch, Dir.: LINACERO DE LA FUENTE, María.

vivienda se mantendría hasta que los hijos alcanzasen la mayoría de edad o más concretamente la independencia económica (equiparándose así la situación del menor de edad al mayor pero económicamente dependiente de los progenitores)³⁷. Con el pronunciamiento del Tribunal Supremo en su Sentencia del Pleno de 5 de septiembre de 2011 se determina que esta protección dispensada a los hijos será hasta su mayoría de edad³⁸. En consecuencia, alcanzada la mayoría de edad, la atribución de la vivienda, no respondiendo ya al interés superior de los menores, se hará conforme al interés más necesitado de protección, de tal manera que la atribución se efectuará al cónyuge más necesitado de protección toda vez que la subsistencia de la necesidad de habitación del hijo no resulte factor determinante para la adjudicación del uso del domicilio familiar al amparo del art.142 del CC³⁹.

Por tanto, en caso de que la custodia sea exclusiva a favor de uno de los progenitores, la atribución del uso y disfrute de la vivienda a éste junto con sus hijos será temporal, no pudiendo establecerse, con carácter general, limitaciones temporales a dicho uso mientras aquéllos sean menores de edad, pero sí cuando éstos alcancen la mayoría de edad. Lo que tendrá que hacer en este caso D. Francisco, si es que antes no ejercitan sus padres la acción de desahucio por precario, es instar una modificación de medidas a fin de revisar tal atribución.

³⁷ SANCHEZ ALONSO, Marta: *Tratado de Derecho de familia...*,p. 722.

³⁸ ZABALGO, Paloma: *La situación actual en la atribución del uso...*

STS de Pleno de 5 de septiembre de 2011: “Como primer argumento a favor del criterio contrario a extender la protección del menor que depara el art.96.1º CC más allá de la fecha en que alcance la mayoría de edad se encuentra en la propia diferencia de tratamiento legal que reciben unos y otros hijos. Así, mientras la protección debida a los hijos menores es incondicional y deriva directamente del mandato constitucional, no ocurre igual en el caso de los mayores, a salvo de una Ley que así lo establezca (...) Como segundo argumento (...), debe añadirse que tampoco cabe vincular el derecho de uso de la vivienda familiar con la prestación alimenticia prevista en el art.93.2 CC, respecto de los hijos mayores que convivan en el domicilio familiar y carezcan de ingresos propios. A diferencia de lo que ocurre con los hijos menores, la prestación alimenticia a favor de los mayores contemplada en el citado precepto, la cual comprende el derecho de habitación, ha de fijarse (por expresa remisión legal) conforme a lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes del CC (...) Que la prestación alimenticia y de habitación a favor del hijo mayor aparezca desvinculada del derecho a usar la vivienda familiar mientras sea menor de edad, se traduce en que, una vez alcanzada la mayoría de edad, la subsistencia de la necesidad de habitación del hijo no resulte factor determinante para adjudicarle el uso de aquella”.

³⁹ SANCHEZ ALONSO, Marta: *Tratado de Derecho de familia...*,p. 704.

En el caso de las custodias compartidas, la temporalidad en la atribución del uso de la vivienda es habitual, puesto que la misma se realiza conforme al apartado segundo del art.96 del CC. En el caso de la custodia compartida, el interés del menor ya no se basa en la necesidad de vivienda, sino en compaginar los periodos de estancias con cada uno de los progenitores⁴⁰.

Así la STS de 22 de septiembre de 2017 en un supuesto de custodia compartida atribuye el uso de la vivienda familiar propiedad del padre a la madre y a la hija durante un periodo de dos años por considerarlo tiempo suficiente para la transición a una nueva residencia. Esta sentencia recuerda el pronunciamiento del Tribunal Supremo en la sentencia de 24 de octubre de 2014 en la que se establece que “la regla aplicable para atribuir el uso de la vivienda familiar en caso de atribución a los padres de la custodia compartida sobre los hijos menores, es el párrafo segundo del art.96 CC, que (...) permite al juez resolver lo procedente. Ello obliga a una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, con especial atención a dos factores: al interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los períodos de estancia de los hijos con sus padres. En segundo lugar, a si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece a un tercero. En ambos supuestos con la posibilidad de imponer una limitación temporal en la atribución del uso”⁴¹.

En el caso que aquí se analiza, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, pudiendo reincorporarse D^a. Soledad al mercado laboral dada su edad y cualificación profesional y dado que la vivienda es propiedad de los padres del esposo, existen altas probabilidades de que, viendo la tendencia jurisprudencial actual, la vivienda se atribuyera temporalmente a la esposa y los menores por ser el interés más necesitado de protección en el momento del divorcio bien sea durante un corto periodo de tiempo (uno, dos o tres años) en el caso de una custodia compartida o hasta que los hijos alcancen la mayoría de edad o independencia económica en caso de ostentar ella la custodia exclusiva.

⁴⁰ ZABALGO, Paloma: *La situación actual en la atribución del uso...*

⁴¹ En el mismo sentido se pronuncian SSTs de 12 de mayo de 2017, de 23 de enero de 2017 y de 6 de abril de 2016.

2.5. De la posibilidad de los padres del esposo de recuperar la vivienda.

Ahora se plantea la cuestión acerca de si los padres del Sr. Fernández podrían recuperar su vivienda en caso de que ésta fuese atribuida a la madre y los hijos y, efectivamente, de antemano puede decirse que sí, pero justifiquemos el por qué.

Este derecho de uso de la vivienda familiar atribuido en virtud de convenio entre cónyuges o por virtud de una sentencia judicial no es un derecho de usufructo entendido como derecho real, cabría considerarlo en todo caso como un derecho real *sui generis*, oponible a terceros y de constitución judicial, en su caso, e inscribible en el Registro de la Propiedad, salvo que el bien esté inscrito a favor de un tercero que no interviene en el procedimiento, por falta de tracto, como ocurre en nuestro caso⁴².

La atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar por resolución judicial no es oponible a la situación de precario ni frente a la acción de desahucio, y todo ello porque la atribución judicial o por convenio homologado por el juez del uso de la vivienda a uno de los cónyuges no genera un nuevo derecho ni altera, por tanto, la titularidad del inmueble destinado a vivienda conyugal o habitual. La finalidad de la atribución del uso de la vivienda familiar tras la crisis matrimonial no es otra que la de alojamiento temporal, o incluso vitalicio en algunos casos, independientemente de la naturaleza ganancial, privativa o mixta del inmueble, o incluso siendo de propiedad de tercero⁴³.

Resulta ciertamente relevante en orden a clarificar esta cuestión la Sentencia de Pleno del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2010, en la que se trata el supuesto en que un tercero propietario de la vivienda cede de forma totalmente gratuita y de favor (como es en este caso) la vivienda al usuario (a los cónyuges). Esta sentencia reconoce al propietario la acción de desahucio por precario frente al cónyuge al que se le atribuyó el uso de la vivienda, puesto que éste ostenta su tenencia sin título: “cuando el tercero propietario haya cedido el uso de forma totalmente gratuita y de favor al usuario de la vivienda, producida la crisis matrimonial y atribuido dicho uso al cónyuge, el propietario ostenta la acción de desahucio porque existe un precario. La posesión deja de ser tolerada y se pone en

⁴² SÁNCHEZ MARTÍN, Pablo, ÁLVAREZ ALARCÓN, Arturo y BLANDINO GARRIDO, Amalia: *Las crisis matrimoniales...*, p.307.

⁴³ SANCHEZ ALONSO, Marta: *Tratado de Derecho de familia, aspectos sustantivos...*, p.706 y 707.

evidencia su característica de simple tenencia de la cosa sin título, por lo que puede ejercerse la acción de desahucio”.

Mismo pronunciamiento contiene la sentencia de Pleno del Tribunal Supremo de 14 de enero de 2010: “el derecho al uso de la vivienda familiar concedido en sentencia, en el ámbito del derecho de familia, no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia de los hijos menores o a aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección. Desde el punto de vista patrimonial, el derecho al uso de la vivienda concedido mediante sentencia judicial a un cónyuge no titular no impone más restricciones que la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge (...). No obstante diferente es el supuesto en el que los cónyuges ocupan en precario una vivienda, en virtud de una posesión simplemente tolerada por la condescendencia del propietario. En este caso, pese a la adjudicación del uso a uno de ellos en aplicación del artículo 96 CC no se puede obtener frente a un tercero una protección posesoria de vigor jurídico superior al que el hecho del precario proporcionaba a los cónyuges”.

Por tanto, dado que el derecho de uso de la vivienda familiar concedido en virtud de una sentencia dictada en un proceso de familia no puede considerarse como un derecho real, ningún efecto produce tal atribución frente a terceros, sino solo entre los cónyuges y, en su virtud, una posesión que ha sido simplemente tolerada por los padres de D. Francisco mientras estaba vigente el matrimonio, no puede obtener una protección posesoria frente a quienes son los titulares y propietarios de la vivienda, de tal forma que los abuelos paternos podrán proceder en cualquier momento a ejercitar la acción de desahucio por precario⁴⁴.

2.6. De la prestación de pensión compensatoria y su duración.

El concepto de pensión compensatoria ha sido definido por el Tribunal Supremo como la “prestación económica a favor de un esposo a cargo del otro tras la separación o divorcio del matrimonio, cuyo reconocimiento exige básicamente la existencia de una situación de desequilibrio o desigualdad económica entre los cónyuges o ex cónyuges, - que

⁴⁴ STS de 15 de julio de 2015: “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”.

ha de ser apreciado al tiempo en que acontezca la ruptura de la convivencia conyugal y que debe traer causa de la misma -, y en el empeoramiento del que queda con menos recursos respecto de la situación económica disfrutada durante el matrimonio”⁴⁵.

En consecuencia, lo determinante para fijar o no una pensión compensatoria será que la separación o divorcio cause en uno de los cónyuges un desequilibrio real y efectivo al momento de producirse la ruptura del vínculo matrimonial y que implique que ese cónyuge queda en una situación de inferioridad de recursos y oportunidades respecto a la situación vigente constante el matrimonio y respecto del otro. Si esto acontece, se deberá fijar una pensión compensatoria⁴⁶.

Y así es como lo establece el art.97 del CC al estipular que “el cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en 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”. Continúa diciendo este artículo que “a falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez, en sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:

- 1ª. Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges.
- 2ª. La edad y el estado de salud.
- 3ª. La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.
- 4ª. La dedicación pasada y futura a la familia.
- 5ª. La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.
- 6ª. La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.

⁴⁵ STS de 10 de marzo de 2009.

⁴⁶ STS de 23 de junio de 2015: “Tal desequilibrio implica un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante el matrimonio, que debe resultar de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura, por lo que no se trata de una pensión de alimentos, y lo que si ha de probarse es que se ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que disfruta el otro cónyuge”.

7ª. La pérdida eventual de un derecho de pensión.

8ª. El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.

9ª. Cualquier circunstancia relevante”.

Pero, el mero desequilibrio económico respecto de la situación anterior y respecto del otro cónyuge no es causa automática para establecer una pensión compensatoria, sino que deben valorarse también en conjunto con aquél las circunstancias personales de cada uno de ellos, circunstancias recogidas en este art.97 que no únicamente sirven para la fijación de la cuantía⁴⁷. Si bien es cierto que, en la práctica, de todas estas circunstancias las que realmente resultan relevantes según jurisprudencia del Tribunal Supremo son “básicamente y entre otros parámetros, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge, el régimen de bienes a que ha estado sujeto el patrimonio de los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios y su situación anterior al matrimonio”⁴⁸.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que la finalidad de la pensión compensatoria no es equiparar a los cónyuges económicamente (en un sentido puramente aritmético o patrimonial), sino que se trata de paliar en mayor o menor medida el perjuicio que se genera tras la separación o el divorcio⁴⁹. De manera que, de lo que se trata es de poner al

⁴⁷ BELÍO PASCUAL, Ana Clara: *La pensión compensatoria*, 1ª Ed., 2013, Tirant lo Blanch, p.75.

STS de 11 de octubre de 2017: “Las circunstancias que prevé el artículo 97 CC o factores en él contemplados tienen la doble función de actuar como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias, y, una vez determinada la concurrencia del mismo, la de actuar como elementos que permitan fijar la cuantía de la pensión”.

⁴⁸ STS de Pleno de 19 de enero de 2010, reiterada en SSTS de 20 de julio de 2015, y más recientemente la de 27 de junio de 2017.

⁴⁹ BELÍO PASCUAL, Ana Clara: *La pensión compensatoria*, p.79 y SSTS de 19 y 20 de febrero de 2014: “la legítima finalidad de la norma legal, la de colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas, a las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial, resulta razonable entender que el desequilibrio que debe compensarse debe tener su origen en la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas por parte del cónyuge más desfavorecido por la ruptura, a consecuencia de su mayor dedicación al cuidado de la familia”.

STS de 6 de noviembre de 2017.

cónyuge que ostente el derecho a esta pensión en una situación tal que le permita volver a generar los recursos suficientes para restablecer su posición a un estado similar al vigente el matrimonio⁵⁰.

En el caso aquí tratado existe un efectivo desequilibrio económico por cuanto nos encontramos con que D^a. Soledad no trabaja desde hace varios años por haberse dedicado en exclusiva al cuidado de los hijos y tareas domésticas, de forma que la ruptura matrimonial provoca que no cuente con los mismos recursos económicos con los que contaba vigente el matrimonio, y como consecuencia, sus condiciones de vida no serán las mismas (se produce aquí lo que la doctrina denomina pérdida del estatus económico); ni tampoco tendrá las mismas oportunidades de incorporación al mundo laboral dados los años que lleva sin trabajar. Además, si comparamos la situación de D^a. Soledad con la de D. Francisco se observa un evidente desequilibrio entre condiciones de vida: D. Francisco cuenta con vivienda propia, posiblemente con un sueldo elevado dados los dos puestos de trabajo que ostenta además de ser propietario de una clínica privada, continuando prácticamente con la misma rutina anterior a la ruptura y no habiendo disminuido su nivel y calidad de vida a rasgos generales.

En conclusión, la situación económica y personal de D^a. Soledad varía y puede decirse que empeora más notablemente que la de D. Francisco si comparamos la situación anterior a la ruptura matrimonial con la posterior.

Pero de igual manera que ocurría en puntos anteriores, ¿qué consecuencias conlleva la situación de hecho vigente durante tres años durante los cuales D^a. Soledad no ha reclamado pensión compensatoria alguna? Si durante este largo periodo de tiempo la esposa no ha reclamado una pensión podría considerarse que no la ha necesitado y el esposo no tendría obligación de abonarla.

Sin embargo, podría considerarse que ocurre aquí un supuesto similar al resuelto por el Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de febrero de 2010, en el que pese a que la mujer no reclama pensión compensatoria durante el largo tiempo de separación de hecho, lo cierto es que la necesidad provocada por la ruptura matrimonial quedó enmascarada con la pensión de alimentos que el padre abonada mensualmente a los hijos: “no se trata de que

⁵⁰ STS de 11 de noviembre de 2017: “la pensión compensatoria no pretende equilibrar patrimonios, pero sí nivelar el desequilibrio existente”.

el desequilibrio se produzca por la pérdida del derecho a los alimentos, sino que existiendo ya en el momento de la separación, había quedado oculto por el pacto de alimentos. Por ello debe confirmarse la doctrina de esta Sala según la que el desequilibrio necesario para que nazca el derecho a reclamar la pensión compensatoria debe existir en el momento de la ruptura y no deben tenerse en cuenta, a los efectos del reconocimiento del derecho, los hechos que hayan tenido lugar entre la separación y el divorcio”.

En este caso, D. Francisco abona mensualmente a D^a. Soledad en concepto de pensión de alimentos para sus hijos la cantidad de 1.000 euros, cantidad que podríamos considerar que ha paliado esa situación de necesidad que la ruptura provoca en D^a. Soledad, pero que no hace que se desvirtúe esa necesidad al momento del divorcio (momento que se tendrá en cuenta en orden determinar la existencia o no de desequilibrio) y, por tanto, procedería establecer una pensión compensatoria.

Para la determinación exacta de esta pensión compensatoria en cuanto a su cuantía y duración se han de tener en cuenta las circunstancias recogidas en el art.97 CC:

1^a. Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges: partamos del hecho de que los cónyuges no determinen nada acerca de esta cuestión.

2^a. La edad y el estado de salud de D^a Soledad. Estas dos circunstancias resultan relevantes en orden a considerar si el cónyuge podrá incorporarse más pronto que tarde al mercado laboral. Presumamos también que cuenta con edad para incorporarse fácilmente al mundo laboral de nuevo y con un estado de salud óptimo.

3^a. La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo: en lo referido a la cualificación profesional, sabemos que D^a. Soledad es Licenciada en Derecho, por tanto, ostenta una calificación profesional alta al contar con un título universitario que le ha permitido trabajar durante ciertos años de Gerente de un centro comercial, hasta que en 2007 dejó su puesto para dedicarse al cuidado de los hijos.

Siendo así, D^a Soledad cuenta con altas probabilidades de acceder a un empleo.

4^a. La dedicación pasada y futura a la familia: Ya hemos señalado en el apartado anterior que D^a. Soledad viene dedicándose en exclusiva al cuidado de los hijos desde el nacimiento del hijo mayor, Pablo, en 2007. Por tanto, lleva 10 años dedicada al cuidado del

hogar y la familia, siendo ella la que se ha ocupado de las tareas diarias que a estos efectos corresponden.

Este suele ser uno de los criterios determinantes para la fijación de la pensión compensatoria, y el tiempo dedicado a estas funciones determina en bastante medida la cuantía de la misma. Esto es así porque, como bien dice BELÍO PASCUAL, su fundamento es la clara limitación o el obstáculo que supone en el desarrollo profesional del cónyuge acreedor, el haberse dedicado al cuidado de la familia en tiempo pasado o incluso si se prevé que suceda en un futuro⁵¹.

5ª. La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge: no han existido, puesto que antes del nacimiento de los hijos cada uno de los cónyuges se dedicaba a su trabajo, y tras el nacimiento de Pablo, ha sido el esposo quien ha trabajado como médico traumatólogo en el hospital y su consulta privada, sin que Dª. Soledad haya intervenido en ninguna de estas actividades.

6ª. La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal: El matrimonio ha durado aproximadamente 11 años, si bien, la convivencia conyugal ha durado 8 años, puesto que el marido abandono el domicilio conyugal en 2014, y no constando hechos que acrediten que haya existido una convivencia anterior, serán esos 8 años los que se tengan en cuenta, puesto que lo que importa no es la duración del matrimonio sino la convivencia real y efectiva.

El fundamento de este criterio viene a ser similar al de la dedicación a la familia y sirve sobre todo para determinar la duración de la pensión además de su cuantía.

7ª. La pérdida eventual de un derecho de pensión: es evidente que el divorcio provoca que se pierda el derecho a pensión como puede ser la de viudedad y el usufructo vitalicio en la sucesión, además de otras que pudieran provenir de seguros privados o planes de pensiones.

Esta pérdida también resulta compensada con esta pensión, si bien es cierto que, no es de las causas más relevantes a tener en cuenta.

8ª. El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge: en este punto está claro que como consecuencia de la situación de desempleo de Dª. Soledad,

⁵¹ BELÍO PASCUAL, Ana Clara: *La pensión compensatoria*, p.91.

ésta sería quien estuviera en situación de mayor necesidad y a quien se le causa mayor desequilibrio al momento del divorcio, siendo por su parte D. Francisco quien en un principio contaría con más caudal y medios económicos.

Sobre la duración de la pensión compensatoria, no cabe aquí establecer una pensión con carácter vitalicio, máxime si se tiene en cuenta la edad de D^a. Soledad y sus posibilidades de reincorporación al mundo laboral. Lo más adecuado es fijar una pensión temporal puesto que como dice el Tribunal Supremo, en este caso, consta una situación de idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico que haga desaconsejable la prolongación de la pensión y así, el plazo estará en consonancia con la previsión de superación del desequilibrio, para lo que habrá de actuarse con prudencia, ponderación y con criterios de certidumbre⁵², teniendo en cuenta los mismos criterios que servirían para fijar la cuantía de la pensión.

Si tenemos en cuenta todas esas circunstancias podríamos concluir en que la pensión que debiera abonar el esposo sería mínima pudiendo consistir en una pensión mensual hasta el momento de la efectiva reincorporación de la esposa al mercado laboral que, parece ser, se producirá en un futuro próximo o, en su defecto, a fin de evitar la pasividad en la conducta de la esposa o su falta de interés, cabría fijar el abono de la pensión por un periodo de dos o tres años máximo⁵³.

Sin embargo, respecto a esta eventual obligación de abono de una pensión compensatoria, podría suscitar dudas el hecho de que la esposa ha iniciado una nueva

⁵² STS de 11 de octubre de 2017, de 25 de octubre de 2017, de 6 de noviembre de 2017 que recuerda la STS de 11 de mayo de 2016: “el establecimiento de un límite temporal para su percepción (...) depende de que con ello no se resienta la función de restablecer el equilibrio que le es consustancial, siendo está una exigencia o condición que obliga a tomar en cuenta las específicas circunstancias del caso, particularmente, aquellas de entre las comprendidas entre los factores que enumera el artículo 97 CC que permiten valorar la idoneidad o aptitud de la beneficiaria para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto y alcanzar la convicción de que no es preciso prolongar más allá su percepción por la certeza de que va a ser factible la superación del desequilibrio, juicio prospectivo para el cual el órgano judicial ha de actuar con prudencia y ponderación, con criterios de certidumbre”; y de 13 de noviembre de 2017: “la fijación temporal de la pensión ha de partir del juicio prospectivo del tribunal en el sentido de que se ha de poder restaurar el equilibrio por los propios medios del cónyuge beneficiario”.

⁵³ Así se pronuncia la STS de 15 de junio de 2011, en virtud de la cual “no es jurídicamente aceptable repercutir en el esposo pagador de la pensión las consecuencias negativas derivadas de la falta de acceso al mismo (a un empleo) por la pasividad de la esposa en su búsqueda y obtención”.

relación con otro hombre que podría equipararse a la “convivencia marital” y que implica la extinción de la pensión compensatoria tal y como establece el art.101 del CC y, por tanto, ¿cabría entonces establecer una pensión a favor de la mujer?

Este tipo de convivencia que si bien no puede considerarse conyugal en sentido estricto por no existir vínculo matrimonial, se equipara a la misma siempre que concurren en la relación los caracteres de exclusividad, estabilidad, notoriedad y vocación de continuidad y permanencia, no siendo necesaria, por tanto, una convivencia continuada bajo un mismo techo y bastando una habitualidad⁵⁴. Tales características se aprecian en la relación de D^a. Soledad con su nueva pareja con la que convive junto con sus hijos cada vez que él está en Valladolid y es notorio frente a terceros la existencia de esta relación afectiva que como también se puede apreciar tiene vocación de permanencia.

Pero, ¿puede considerarse que una relación de seis meses puede tener tales caracteres y considerarse como convivencia marital? Mientras no falte ninguna de las demás notas que caracterizan a este tipo de relaciones puede decirse que sí, esto es, mientras la relación sea exclusiva, notoria frente a terceras personas, estable y tenga vocación de continuar en un futuro podrá considerarse como tal.

Por lo tanto, dicha relación podría conllevar directamente la denegación del establecimiento de una pensión compensatoria⁵⁵ o su posterior extinción mediante un proceso de modificación de medidas aunque aquélla se hubiera establecido de forma

⁵⁴ REYES LÓPEZ, M^a José: *La reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la extinción de la pensión compensatoria*, Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 2, feb. 2015, pp. 477 a 488, en referencia al criterio fijado por STS de 9 de febrero de 2012: “Deben utilizarse dos cánones interpretativos: el de la finalidad de la norma y el de la realidad social del tiempo en que la norma debe ser aplicada. De acuerdo con el primero, la razón por la que se introdujo esta causa de extinción de la pensión compensatoria fue la de evitar que se ocultarán auténticas situaciones de convivencia con carácter de estabilidad, más o menos prolongadas, no formalizadas como matrimonio (...) Utilizando el segundo canon interpretativo (...) la calificación de la expresión vida marital con otra persona puede hacerse desde dos puntos de vista distintos: uno, desde el subjetivo, que se materializa en el hechos de que los miembros de la nueva pareja asumen un compromiso serio y duradero, basado en la fidelidad, con ausencia de forma; otro, el elemento objetivo, basado en la convivencia estable. En general, se sostiene que se produce esta convivencia cuando los sujetos viven como cónyuges, es decir, *more uxorio*, y ello produce una creencia generalizada sobre el carácter de sus relaciones”.

⁵⁵ En este sentido ALLUEVA AZNAR, Laura: *Prestación compensatoria y autonomía privada familiar*, 2016, Tirant lo Blanch, p.119.

temporal⁵⁶. El mayor problema aquí estará en determinar si la relación iniciada por D^a. Soledad hace seis meses tiene mayor peso que el resto de circunstancias que determinarían su derecho a ser acreedora de una pensión compensatoria.

3. CONCLUSIONES.

I. Respecto a la guarda y custodia, estando ambos progenitores plenamente capacitados para el cuidado y atención de sus hijos y contando con los medios necesarios para ello, se cumplen todos los requisitos propicios para, en interés de los menores y a fin de mantener una situación lo más estable posible, poder establecer un régimen de guarda y custodia compartida considerándose éste como el régimen deseable para un mejor desarrollo personal de los menores.

Respecto a la posibilidad de establecer un régimen de custodia exclusiva a favor del padre existen mayores dificultades dada la tendencia real y actual de los tribunales a conceder la custodia a la madre, sobre todo, si se tiene en cuenta que los menores pueden haber desarrollado un vínculo emocional mayor con ella.

II. En cuanto al régimen de visitas, si los menores permanecieran en Valladolid y la custodia exclusiva se otorgara a la madre, el padre podría disfrutar de un régimen de visitas lo más amplio y flexible posible. Sin embargo, en caso de traslado de la madre a Tenerife no resultará materialmente posible cumplir con un régimen de visitas amplio, debiendo restringirse y adecuarse a la nueva situación familiar, favoreciendo que los menores sigan en contacto con su padre.

Por otro lado, dada la distancia existente entre los domicilios de ambos progenitores se hace necesario distribuir equitativamente las cargas que implica el

⁵⁶ STS de 10 de diciembre de 2012: “Constituye doctrina jurisprudencial que el reconocimiento del derecho a pensión compensatoria, incluso de hacerse con un límite temporal, no impide el juego de los artículos 100 y 101 CC si concurren en el caso enjuiciado los supuestos de hecho previstos en dichas normas –alteración sustancial y sobrevenida de las circunstancias anterior (artículo 100 CC) o la convivencia del preceptor con una nueva pareja o el cese de las causas que determinaron el reconocimiento del derecho (artículo 101 CC)-.”

Ahora bien, en este punto habrá de proceder con cautela pues es criterio mantenido por los tribunales que no procederá una modificación de medidas transcurrido un breve lapso de tiempo desde la sentencia de divorcio si la causa que motiva la solicitud de la modificación de medidas era ya conocida por la parte que la insta en el momento en que aquélla sentencia se dictó.

cumplimiento de las visitas de forma equitativa entre ambos. Por un lado, el sistema de recogida y entrega habrá de ajustarse a la disponibilidad para viajar y horarios laborales de los progenitores y, por otro, el abono de los gastos de desplazamiento habrá de acomodarse a los recursos económicos de cada uno de ellos, procediendo en este caso un reparto por mitad.

Por lo que se refiere a una posible modificación de la guarda y custodia provocada por ese traslado a Tenerife, considerando este cambio de domicilio como un cambio sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta a la hora de establecer el régimen de guarda y custodia o el régimen de visitas, procederá instar dicho procedimiento dado que se estará impidiendo al padre cumplir con cualquiera de ellos. Pero ante todo será necesario acreditar que este traslado supone un perjuicio para los hijos y consecuentemente que su permanencia en Valladolid con el padre resulta más beneficioso.

III. La atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar conforme al art.96 CC se hará a favor de los hijos menores, si los hay, junto al progenitor custodio, y si no, a favor del cónyuge que ostente un interés más necesitado de protección. Por tanto, en el supuesto de regir una custodia exclusiva la vivienda familiar se atribuirá a los hijos menores y a la madre o al padre, con carácter general, y sin limitación alguna, hasta que éstos cumplan la mayoría de edad o sean independientes económicamente. Si bien, en caso de una custodia compartida, la vivienda se atribuirá de conformidad con lo establecido por el CC para el supuesto de no existir hijos comunes al cónyuge más necesitado de protección.

Respecto a la limitación de la atribución del uso y disfrute, encontramos dos posibilidades: la primera, en caso de regir un sistema de guarda y custodia compartida, en cuyo caso se admite que se limite temporalmente el uso y la segunda, que a su vez abarca dos supuestos: que la custodia exclusiva se otorgue a la madre y su traslado a Tenerife o que la custodia exclusiva se atribuya al padre. En el primer supuesto, no será necesario pronunciarse sobre la vivienda familiar ya que los menores contarán con otra residencia que cumplirá con ese papel. En el segundo, contando el padre con otra vivienda, podrá atribuirse ésta a los hijos junto con él. Y todo ello, teniendo en cuenta que sobre la vivienda familiar pesa el riesgo de una acción de desahucio por precario ya que la vivienda pertenece en propiedad a los abuelos paternos.

IV. Íntimamente en relación con lo anterior, por haber sido cedida la vivienda de forma totalmente gratuita por parte de los abuelos paternos a los esposos y dado que éstos

no han abonado renta o merced a cambio de su uso, se considera que la vivienda fue cedida en precario y, por tanto, ante el derecho de propiedad de los abuelos no podrá oponerse ningún derecho de uso y disfrute de la vivienda otorgado en virtud de una resolución dictada en un proceso de familia, puesto que no se considera a este derecho como un derecho real oponible a terceros que no hayan sido parte en el procedimiento. Siendo así, los abuelos podrán recuperar el uso de la vivienda en cualquier momento.

V. Finalmente, por lo que respecta al abono de la pensión compensatoria a la mujer, es evidente que el divorcio le causa un desequilibrio si tenemos en cuenta la situación anterior al matrimonio, la que existía vigente éste y la que existe después y ponderándola respecto a la situación de su marido. Sin embargo, dicha pensión no puede ser en modo alguno de carácter vitalicio teniendo en cuenta la edad y cualificación profesional de la mujer, sino todo lo contrario, debería ser temporal dadas las expectativas de superar este desequilibrio.

Pero además, D^a. Soledad ha iniciado una nueva relación que conforme a la jurisprudencia vigente podría considerarse de convivencia marital y podría constituir una causa impeditiva para la fijación de este derecho o su extinción en un posterior proceso de modificación de medidas.

4. BIBLIOGRAFÍA.

4.1. Libros y artículos doctrinales:

ALLUEVA AZNAR, Laura: *Prestación compensatoria y autonomía privada familiar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

BELÍO PASCUAL, Ana Clara: *La pensión compensatoria*, 1ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

GETE-ALONSO Y CALERA, Mª del Carmen y SOLÉ RESINA, Judith: *Filiación y potestad parental*, 1ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

GÓMEZ MEGÍAS, Ana María: *Doctrina del Tribunal Supremo sobre guarda y custodia compartida: sentencias clave*, Diario la Ley, nº 8734, Sección Dossier, publicado el 5 de abril de 2016, Ed. La Ley.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: *Criterios de atribución de la custodia compartida*, Indret: Revista para el Análisis del Derecho, núm. 3, 2010, pp.11 y ss.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

I.N.E. (Nota de prensa): *Estadística de nulidades, separaciones y divorcios*, 25 de septiembre de 2017.

LACALLE SERER, Elena y SANMARTÍN ESCRICHE, Fernando: *Protocolos sobre procesos matrimoniales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

MORALES MORENO, Angeles Leticia: *Ejecución de las sentencias dictadas en los procedimientos de familia*, 1ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

PARDILLO HERNÁNDEZ, Alfonso: *El Derecho de familia en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Valencia, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

REYES LÓPEZ, Mª José: *La reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la extinción de la pensión compensatoria*, Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 2, febrero de 2015, pp.477 a 488.

SÁNCHEZ ALONSO, Marta: *Tratado de Derecho de Familia: aspectos sustantivos*, Dir.: LINACERO DE LA FUENTE, María; Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

SÁNCHEZ MARTÍN, Pablo, ÁLVAREZ ALARCÓN, Arturo y BLANDIDO GARRIDO, Amalia: *Las crisis matrimoniales: nulidad, separación y divorcio*, 2ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

SANTOS MORÓN, Mª José: *La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de custodia exclusiva de un cónyuge: evolución jurisprudencial y anteproyecto de reforma*, Revista de Derecho Civil, vol. I, núm. 3, 2014, pp.1 a 36.

VERDERA IZQUIERDO, Beatriz: *Estudio de los últimos postulados referentes a la atribución del uso de la vivienda familiar: la necesidad de vivienda*, Indret: Revista para el Análisis del Derecho, núm. 1, 2016.

ZABALGO, Paloma: *La situación actual en la atribución del uso y disfrute del domicilio familiar a los hijos*, <http://www.abogacia.es/2017/06/09/la-situacion-actual-en-la-atribucion-del-uso-y-disfrute-del-domicilio-familiar-a-los-hijos>, Publicado: 9 de junio de 2017, Consulta: 29 de febrero de 2017.

5. JURISPRUDENCIA (REPERTORIO CENDOJ):

5.1. Sobre la guarda y custodia:

STS de 29 de abril de 2013, nº 257/2013.

STS de 20 de octubre de 2014, nº 536/2014.

STS de 15 de julio de 2015, nº 391/2015.

STS de 17 de julio de 2015, nº 409/2015.

STS de 14 de octubre de 2015, nº 571/2015.

STS de 17 de noviembre de 2015, nº 658/2015.

STS de 27 de junio de 2016, nº 433/2016.

STS de 21 de diciembre de 2016, nº 748/2016.

STS de 7 de marzo de 2017, nº 157/2017.

STS de 12 de mayo de 2017, nº 296/2017.

STS de 19 de octubre de 2017, nº 566/2017.

STS de 25 de octubre de 2017, nº 578/2017.

5.2. Sobre el régimen de visitas y una eventual modificación de medidas:

STS de 26 de octubre de 2012, nº 642/2012.

STS de 26 de mayo de 2014, nº 289/2014.

Auto del TS de 3 de junio de 2015.

STS de 23 de septiembre de 2015, nº 529/2015.

STS de 19 de noviembre de 2015, nº 664/2015.

STS de 16 de mayo de 2017, nº 301/2017.

STS de 19 de octubre de 2017, nº 576/2017.

STS de 13 de diciembre de 2017, nº 665/2017.

5.3. Sobre la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar:

STS de 29 de marzo de 2011, nº 191/2011.

STS de Pleno de 5 de septiembre de 2011, nº 624/2011.

STS de 24 de octubre de 2014, nº 593/2014.

STS de 18 de mayo de 2015, nº 282/2015.

STS de 15 de julio de 2015, nº 448/2015.

STS de 22 de julio de 2015, nº 461/2015.

STS de 6 de abril de 2016, nº 215/2016.

STS de 3 de mayo de 2016, nº 129/2016.

STS de 23 de enero de 2017, nº 42/2017.

STS de 12 de mayo de 2017, nº 294/2017.

STS de 22 de septiembre de 2017, nº 513/2017.

STS de 27 de septiembre de 2017, nº 524/2017.

5.4. Sobre recuperar la vivienda familiar por los propietarios:

STS de Pleno de 14 de enero de 2010, nº 859/2009.

STS de Pleno de 18 de enero de 2010, nº 861/2009.

STS de 15 de julio de 2015, nº 448/2015.

5.5. Sobre la pensión compensatoria:

STS de 10 de marzo de 2009, nº 162/2009.

STS de Pleno de 19 de enero de 2010, nº 864/2010.

STS de 9 de febrero de 2010, nº 10/2010.

STS de 15 de junio de 2011, nº 472/2011.

STS de 9 de febrero de 2012, nº 42/2012.

STS de 19 de febrero de 2014, nº 91/2014.

STS de 20 de febrero de 2014, nº 104/2014.

STS de 23 de junio de 2015, nº 385/2015.

STS de 11 de mayo de 2016, nº 304/2016.

STS de 27 de junio de 2017, nº 606/2017.

STS de 11 de octubre de 2017, nº 553/2017.

STS de 25 de octubre de 2017, nº 577/2017.

STS de 6 de noviembre de 2017, nº 589/2017.

STS de 13 de noviembre de 2017, nº 606/2017.