



Universidad de Valladolid

Máster de Acceso a la Abogacía

**MEDIDAS PATERNO-FILIALES
CONSECUENCIA DEL
DIVORCIO.**

Presentado por:

Carlota Aguilera Berrocal

Tutelado por:

D. Fernando Crespo Allué

Valladolid, enero de 2020.

ÍNDICE

1. SUPUESTO OBJETO DEL DICTAMEN	3
2. RESUMEN	5
3. CONSIDERACIONES GENERALES	5
4. MEDIDAS PATERNO-FILIALES	8
4.1. Patria potestad.....	8
4.2. Guarda y custodia.....	8
4.3. Régimen de visitas, estancias, relación o comunicación con los menores.	11
4.4. Gastos ordinarios y extraordinarios.	12
4.4.1. <i>Pensión de alimentos</i>	12
4.4.2. <i>Gastos extraordinarios</i>	14
4.5. Atribución del uso del domicilio familiar.	15
5. SITUACIÓN DE PRECARIO.....	18
6. PENSIÓN COMPENSATORIA.	19
7. COMPENSACIÓN ECONÓMICA	25
8. CONCLUSIONES.....	27
9. BIBLIOGRAFÍA.....	30
9.1. Relación de Jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.	30
9.2. Relación de Jurisprudencia de Audiencias Provinciales.	32
9.3. Legislación.	32

1. SUPUESTO OBJETO DEL DICTAMEN

Don Manuel y Doña Isabel contrajeron matrimonio en La Cistérniga el 31 de mayo de 2002, habiendo tenido 2 hijos, nacidos el 21 de junio de 2004 y el 3 de agosto de 2005, respectivamente.

El régimen económico del matrimonio es el de separación de bienes que fue convenido en capitulaciones matrimoniales otorgadas el 25 de abril de 2002.

Don Manuel es arquitecto y tiene un estudio de arquitectura, con otros profesionales, abierto desde el año 2001, en el que trabaja en jornada de mañana y tarde, aunque por su trabajo pasa largos periodos de tiempo en Arabia Saudí, donde dirige varios proyectos. Doña Isabel trabajaba desde 1995 como Administrativa en una Asesoría, puesto de trabajo que abandonó para dedicarse al cuidado de sus hijos, desde el nacimiento del primero en el año 2004.

En el estudio de arquitectura colabora desde el año 2013 la esposa, como Secretaria-Administrativa por las mañanas, mientras los hijos menores se encuentran en el colegio, sin percibir por ello ninguna retribución.

La vivienda que vienen habitando, desde el año 1996 en que se inició la convivencia estable, pertenece en propiedad a los padres de Don Manuel, quienes se la facilitaron gratuitamente permitiendo su ocupación sin pagar renta, a fin de que fijasen allí el domicilio familiar.

Ante la situación de crisis matrimonial, ambos esposos solicitan un dictamen sobre sus derechos y obligaciones, entre ellos y con relación a sus hijos, consecuencia del divorcio que, en principio de forma consensuada, tienen intención de solicitar.

Concretamente, y además de otras posibles cuestiones que entienda deban ser informados los esposos, éstos requieren información sobre los siguientes extremos:

- Si, a falta de acuerdo, el Juez podría acordar el sistema de guarda y custodia compartida de los hijos menores y con qué criterios (domicilio, posibles pensiones alimenticias, contribución a los gastos, etc,...), teniendo en cuenta que, aunque sus hijos tienen una buenísima relación con su padre, éste se ha ocupado poco de las atenciones de sus hijos, función que asumió casi con exclusividad la madre.
- ¿Le parece más probable la adjudicación de la guarda y custodia a la madre?
- Si, en el supuesto de que en el convenio regulador o por decisión del Juez, se atribuyese a la esposa e hijos menores el uso del domicilio conyugal, esta

atribución podría tener carácter temporal, o tendría derecho a continuar en la misma hasta la mayoría de edad o emancipación económica de los hijos.

- Si la esposa adjudicataria del uso de la vivienda estaría expuesta a tener que abandonarla a requerimiento de sus propietarios.
- Si procedería la fijación de una pensión compensatoria a favor de la esposa y, en caso de que su respuesta fuese afirmativa, si afectaría en el futuro a su derecho de pensión el recibir una herencia importante de un familiar que sabe le ha instituido como su única heredera.
- ¿Afectaría al posible derecho de pensión compensatoria el hecho de que hubiese sido decisión unilateral de la madre, contra el criterio del esposo, abandonar el puesto de trabajo para dedicarse al cuidado de los hijos?
- Si el hecho de colaborar en la oficina del esposo, sin retribución, le da derecho a algún tipo de compensación, al estar sometidos al régimen de separación de bienes.

2. RESUMEN

En el presente escrito tratarán de reflejarse las consecuencias habituales que se originan tras la disolución de un matrimonio, concretamente cuando existan descendientes del mismo. Dado que la situación familiar se ve modificada, resulta necesario establecer una serie de medidas que regirán la situación económica y social de los miembros de la familia tras la ruptura del vínculo matrimonial. Tales medidas van a afectar tanto a los descendientes del matrimonio como a los propios cónyuges.

Para favorecer un mejor análisis comenzarán exponiéndose brevemente ciertos aspectos generales sobre el régimen económico matrimonial y el procedimiento a seguir para iniciar la disolución del matrimonio, en relación con las características del supuesto presentado. Continuando por los aspectos que regirán la relación de los ex cónyuges con sus hijos menores; los derechos y deberes que tienen para con ellos, como la patria potestad, guarda y custodia, régimen de visitas, pensión alimenticia, contribución a los gastos de los menores y disposición del domicilio conyugal; cuestión que afecta tanto a los descendientes del matrimonio como a las partes del mismo y dependerá de las disposiciones antedichas en gran medida. Todo ello sin olvidar lo atinente a los cónyuges, como las posibles pensiones o compensaciones que puedan decretarse, derivadas de la convivencia marital.

En definitiva, se procurará la resolución de las incógnitas planteadas acerca de las medidas paterno-filiales y económicas, ello del modo más veraz posible, ajustado a la legislación vigente, así como a la doctrina jurisprudencial, en especial del Tribunal Supremo, en consonancia con el previo estudio y desarrollo de los contenidos antedichos.

3. CONSIDERACIONES GENERALES

A la luz del supuesto descrito conviene realizar unas advertencias que van a determinar el tipo de divorcio y los efectos derivados del mismo. La existencia de hijos menores en el matrimonio condiciona el modo en que se debe proceder a la disolución del vínculo matrimonial, tanto en la forma de iniciación como en sus sucesivas fases de desarrollo y ejecución; en relación con las condiciones que deberán acordarse sobre las atenciones que ambos contrayentes deberán ejercitar para con sus hijos.

La minoría de edad de los hijos exige que ambos estén sujetos a la patria potestad y a la guarda y custodia, además de imponer a los padres, por tal condición, obligaciones de manutención, afección y cuidado. De estos deberes se desprende la necesaria convivencia

con los menores y su sostenimiento económico, ambas ligadas, ya que la decisión que afecte a los deberes de convivencia determinará o no la adopción de una pensión alimenticia o un régimen de visitas y la contribución a los gastos.

Ello se debe a que los hijos nacidos en el matrimonio cuentan con catorce y quince años de edad. Siendo menores deben estar sometidos a la protección de sus progenitores, no pudiendo estar emancipados, ya que ninguno alcanza la edad de dieciséis años exigida al efecto por los preceptos contenidos en el Título XI del Código Civil.

Además de condicionar obviamente la toma de medidas paterno-filiales, la existencia de hijos menores de edad requerirá la indispensable intervención judicial en el proceso de disolución del matrimonio que se inste. Tal intervención y supervisión judicial resulta ineludible en interés de los menores, pues rigen los criterios de favor filli y favor minoris, lo cual supone que en todas las decisiones que se adopten deberá estar presente el interés superior del menor¹, que procura su favorecimiento.

Interés reconocido y protegido por la normativa internacional, europea y nacional. Ejemplos de ello son la Convención sobre los Derechos del Niño o la Declaración de los Derechos del Niño, normas que asisten los derechos de los menores propugnando su bienestar y amparo, de forma que se imponen a sus progenitores una serie de deberes tendentes a permitir su integral desarrollo, supervivencia, adecuada crianza, nivel de vida y educación. En definitiva, la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas.

Por ello, como modo de salvaguardar y asegurar tales derechos, tanto el proceso de divorcio, como si se procediese a una separación conyugal, deberán ser judiciales. Así lo disponen los artículos 81 y 86 de nuestro Código Civil. Todo ello con la preceptiva asistencia letrada.

En cuanto al régimen económico que ha imperado durante la vigencia del matrimonio: régimen de separación de bienes, fue acordado debidamente por ambos cónyuges con el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales, en virtud del principio de libertad de estipulación expresado en el artículo 1315 del Código Civil.

Tal posibilidad aparece regulada en el artículo 1435 apartado 2 del Código Civil, resultando las capitulaciones matrimoniales válidas y eficaces de acuerdo con los artículos 1325 y siguientes de dicha norma. De este modo se cristaliza tal régimen ligado al vínculo

¹ RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac., “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término”, *Educatio Siglo XXI*, Vol. 30 nº 2, 2012, pp. 89-108.

matrimonial, en tanto en cuanto no se realicen modificaciones sobre el mismo. A pesar de que si no se hubiese convenido, regiría el régimen de sociedad de gananciales ex artículo 1316 del Código Civil.

El régimen establecido resulta menos gravoso al momento de la disolución, pues los cónyuges no tendrán que proceder a la liquidación y disolución de la sociedad de gananciales. Considerando que carecen de bienes comunes, tan solo tendrán que fijar las medidas que se desarrollarán a lo largo del presente dictamen, cuyo establecimiento resulta imprescindible para salvaguardar los derechos de los menores ya citados.

Dicha elección tendrá incidencia además, en las posibles prestaciones económicas que pudieren atribuirse a los cónyuges tras la disolución del matrimonio en concepto de compensación por las cargas familiares realizadas.

Frente a esta libertad de pacto nos encontramos con ciertas limitaciones cuyo objetivo no persigue mayor fin que la plena protección de los menores, si en un principio ambos cónyuges están de acuerdo con las medidas a acordar, estas deberán formalizarse por medio de un convenio regulador, que será aprobado por el órgano jurisdiccional correspondiente, siempre que no resulte perjudicial para los hijos o los cónyuges. Siguiendo el procedimiento establecido por el artículo 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El contenido del convenio incluirá, entre otras, la dedicación de los ex contrayentes al levantamiento de las cargas familiares, las cuales, lejos de extinguirse, perduran por medio de los deberes de cuidado, asistencia y protección, deberes cristalizados por mandato constitucional del artículo 39 de nuestra Carta Magna.

Ambos cónyuges ostentan el deber de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio, dentro de las cuales se incluyen, los gastos derivados de los mismos y de los hijos comunes, si bien pueden cesar los deberes entre los cónyuges, estos permanecen en relación con sus hijos, pues hablamos de deberes o cargas cuyo origen proviene de la propia relación de parentesco o filiación. Deberes regulados en el artículo 68 del Código Civil, que se hacen efectivos a través de la patria potestad y la contribución a los gastos.

En este momento, la libertad de pacto o autonomía de la voluntad que antes imperaba, se encuentra con ciertas limitaciones, en tanto primará el interés superior de los menores, valor que condicionará las medidas que a continuación se detallan.

4. MEDIDAS PATERNO-FILIALES

4.1. Patria potestad.

La falta de madurez o capacidad de obrar de los menores impone a sus progenitores el deber de observancia en cuanto a su manutención y bienestar, como el vestido, alojamiento o formación, deberes que se mantienen tras la ruptura conyugal a través de la patria potestad.

Podemos definir la patria potestad como las facultades que los padres ostentan para con sus hijos, las cuales se estriban en prestar un adecuado cuidado diario, educación, alimentación, afecto, vigilancia, representación y administración de sus bienes. Tal protección viene establecido por el artículo 154 del Código Civil; regulada seguidamente por los artículos 162 al 171 del texto apuntado.

Lo habitual es que la patria potestad sea ejercida igualmente por ambos progenitores siempre que los hijos de estos sean menores y no estén emancipados, como sucede con los hijos de Doña Isabel y Don Manuel.

Estimando que no concurre causa muy grave de desatención que ponga en riesgo la formación o cuidado de los mismos y por tanto, obligue a la privación de alguno de los cónyuges, la cual se sustentaría en los artículos 111 y 170 del Código Civil, por medio de una sentencia firme para su decreto². Siendo una postura residual y restrictiva en atención a las necesidades de los menores; entendemos que será compartida por Doña Isabel y Don Manuel, como se venía ejerciendo hasta el presente momento.

En conclusión, confluyen una serie de deberes inherentes a la filiación, tales como los expresados, y en relación con estos se acordarán los siguientes aspectos derivados del ejercicio de la patria potestad.

4.2. Guarda y custodia.

Considerando que la patria potestad será ejercida por ambos progenitores, deberá decidirse quién ostentará la guarda y custodia de los hijos, la cual llevará aparejada la convivencia y mayores cuidados, por su naturaleza diaria. El régimen de guarda y custodia deberá regir para ambos hermanos, pues impera el criterio de no separación de los mismos, por lo que las previsiones que se incluyan afectarán a ambos.

² A título de ejemplo podemos citar Sentencia núm. 291/2019 de 23 de Mayo de 2019 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

Existen tres posibilidades: una custodia compartida en la que ambos padres conviven alternamente con los hijos, o bien que se atribuya a uno de los progenitores, padre o madre, la guarda y custodia en exclusiva. De ello van a depender los gastos de los hijos y la fijación del domicilio en gran medida, como se manifestará con posterioridad.

La atribución de un modelo u otro constituye uno de los temas más debatidos o maleables. Hace años era usual que los menores quedasen bajo el cuidado de la madre tras una crisis matrimonial, en especial los más pequeños³. Sin embargo, a raíz de la reforma del Código Civil 15/2005 con la finalidad de buscar una continuada implicación de los padres en la crianza y formación de los hijos, se instaura con predilección la guarda y custodia compartida para superar la ruptura de la manera menos traumática para los hijos, razón por la cual los tribunales abogan en multitud de ocasiones por una custodia compartida, comprendiendo que resulta normal y beneficiosa para el desarrollo los menores que crezcan en compañía de su padre y de su madre.

A falta de acuerdo entre los cónyuges, el artículo 103 del Código Civil impone al juez competente la obligación de decidir sobre el régimen de guarda y custodia al cual se someterán los progenitores tras la disolución del matrimonio. Sobre las decisiones que adopte el juez van a presentar cierta relevancia los deseos de los menores, debido a que siempre se mantiene el criterio del favor fili, primando el interés superior del menor; en consonancia, estos deberán ser oídos siempre que sean mayores de doce años o si se considera que ostentan suficiente juicio. Como en el presente caso, ya que tienen catorce y quince años de edad. También se valorará el dictamen psicosocial elaborado al efecto y por supuesto, las peticiones realizadas por los padres. Pudiendo establecerse tal modelo siempre que los progenitores la soliciten, incluso en casos en que sus pretensiones coincidan en instar una guarda y custodia en exclusiva.

Desconociendo las solicitudes de los miembros de la familia, es posible que el juez acuerde la guarda y custodia compartida. Un ejemplo factible debido a la carga de trabajo y los viajes que este supone al padre sería pactar este modelo, en el cual se estableciese el siguiente reparto: los días laborables convivirán con Doña Isabel y los fines de semana con Don Manuel, si su trabajo lo permitiese.

Lo manifestado resulta posible debido a que el reparto no tiene porqué computar un tiempo exacto de horas en compañía de ambos, no siendo cien por cien igualitario

³ SOLÉ RESINA, Judith, GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, “Parte III. Quién ejerce la función parental”, *Derecho de familia. Filiación y potestad parental*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 159-164.

constituye un sistema justo, adaptado a las posibilidades y exigencias de la familia, además de compatible con las jornadas laborales de ambos progenitores. En este sentido se pronunció la Sentencia del Tribunal Supremo número 630/2018, de 13 de Noviembre de 2018.

Este sistema resulta beneficioso para la totalidad de miembros de la familia, y se suele adoptar en la medida que resulte posible, atendiendo al provecho que comporta la igualdad de relación de los hijos con ambos progenitores, pues implica una modificación menor de su vida diaria, en la que normalmente se encuentran acostumbrados a convivir. Ello también favorece las relaciones con los progenitores y entre los mismos, debido a que deberán cooperar en mayor medida, lo cual permite una mejor relación de la totalidad de miembros de la familia. Asimismo, hace posible el cumplimiento de los deberes y derechos adquiridos por los progenitores, prestándoles la oportunidad de ejercitarlos al permanecer en compañía de los menores⁴.

Por tanto resulta deseable en cuanto sea factible y provechosa para los menores, ahora bien, deberá ejecutarse una valoración exhaustiva de la existencia o no de causa que desaconseje tal sistema.

Como se ha señalado es el modelo más elegido en los últimos tiempos por los órganos jurisdiccionales en atención al interés superior del menor⁵. Para su estimación, la Sentencia 257/2013 de 29 de abril de 2013 del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, fijó una serie de requisitos como doctrina jurisprudencial:

*“...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 en una convivencia, que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven...”*⁶

Siguiendo tales criterios, no hay muestras de que alguno de los progenitores no sea apto para el cuidado de los hijos o que las relaciones de los progenitores con sus hijos no sean buenas. Si bien, las labores de asistencia y cuidado las ha desempeñado Doña Isabel en exclusiva, pues desde el nacimiento de ambos descendientes cesó su actividad laboral para

⁴ Véase la Sentencia núm. 96/2015 del Tribunal Supremo, de 16 de febrero 2015.

⁵ Diario la Ley, (2016), La doctrina del TS sobre guarda y custodia compartida: sentencias clave.

⁶ Doctrina jurisprudencial ratificada por el Tribunal Supremo en posteriores Sentencias como la Sentencia núm. 515/2015, de 15 de octubre o la Sentencia núm. 571/2015, de 14 de octubre.

dedicarse con entera disposición a la crianza y educación de sus hijos, cumpliendo en mayor medida con sus deberes como madre que Don Manuel, cuyo trabajo le ha impedido fijar mayores atenciones en sus hijos.

Es cierto que los menores ya tienen una edad bastante avanzada y los cuidados que requieren van disminuyendo, pero aún así requieren ciertos cuidados que de conformidad con lo expuesto, Don Manuel no les puede proporcionar, o no del mismo modo en que puede hacerlo Doña Isabel. Toda vez que Don Manuel trabaja por la mañana y por la tarde y se halla en el extranjero con asiduidad, por lo que tampoco supondrá gran menoscabo para los menores cesar su convivencia con Don Manuel, pues no se encontraban habituados a ello.

A pesar de que la simple rutina no puede condicionar el régimen de guarda y custodia de los menores, la realidad es que la actividad laboral de Don Manuel no es compatible actualmente con una custodia compartida. Y es innegable que Doña Isabel ha suplido las ausencias de Don Manuel demostrando mayor capacidad y dedicación para hacer efectivas las necesidades de sus hijos.

Siempre que las condiciones se mantengan será más adecuado para los menores permanecer con su madre, quien dispone de la totalidad del tiempo en que no se halla en su puesto de trabajo para asistirlos. En este sentido, entendemos que el informe psicosocial abogará por una custodia exclusiva⁷ para Doña Isabel, con quién los menores están acostumbrados a convivir la mayor parte de su tiempo.

4.3. Régimen de visitas, estancias, relación o comunicación con los menores.

Todo niño ostenta el derecho de mantener el contacto con su padre y su madre, se trata de un derecho que ha determinado el interés superior del menor. Derecho reconocido en el artículo 94 del Código Civil que perdura aún cuando se establezca una custodia exclusiva.

En consonancia, en condiciones normales, como es habitual, aunque se atribuya la guarda exclusiva a un progenitor se interesa que la comunicación con ambos continúe en favor de todos los miembros de la familia y en aras a posibilitar la práctica efectiva de los deberes y derechos pertenecientes a los padres.

El juez competente deberá determinar la forma en el que el cónyuge apartado de los hijos puede cumplir el deber de velar por ellos, también debe determinar el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicarse con estos y tenerlos en su compañía. Todo ello

⁷ Véase la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 280/2017, de 9 de mayo de 2017.

obviamente para el caso de que la guarda y custodia fuese exclusiva, pues si ambos cónyuges conviviesen con sus hijos manteniendo un sistema compartido de custodia, tal medida en relación con las visitas y estancias carecería de objeto.

De conformidad con lo expresado, lo más beneficioso es atribuir la guarda y custodia en exclusiva a Doña Isabel, interesando un amplio margen de comunicaciones y visitas que incluya pernoctas con Don Manuel.

Conviene especificar de la manera más detallada posible los días y horarios en que se producirán las visitas para evitar que se desarrollen posibles controversias, a pesar de que por las condiciones de trabajo de Don Manuel, estas deban ser algo flexibles para que no perjudiquen la estancia con sus hijos, observando su horario poco favorable a una conciliación familiar, así como sus frecuentes viajes. Por lo que debería permitirse que puedan modificarse o ampliarse previo acuerdo para propiciar en igual medida la estancia de los menores con Don Manuel⁸.

Se deberán desglosar los periodos en que este convivirá con los menores, incluyendo, periodos de vacaciones estivales, fines de semana, vacaciones de navidad y semana santa, días festivos, cumpleaños de Don Manuel e hijos u otras celebraciones, etcétera. Añadiendo los exactos horarios en que Don Manuel recogerá a sus hijos, normalmente en el domicilio familiar, y los llevará de nuevo cuando concluya la visita estipulada.

4.4. Gastos ordinarios y extraordinarios.

Tal y como se ha enunciado ut supra, de la propia relación de parentesco, surge el deber legal de mantener económicamente a los hijos hasta que estos alcancen su independencia económica, tal mantenimiento engloba, entre otros, los gastos atinentes a su adecuada alimentación, salud, educación, ocio o vestido.

Todos esos gastos se distinguen entre gastos ordinarios y extraordinarios, los primeros se sufragan a través de la pensión alimenticia, mientras los segundos deberán acordarse de manera previa por los progenitores o cuando tengan lugar.

4.4.1. Pensión de alimentos.

La obligación de costear los gastos ordinarios que los hijos menores presenten aparece regulada en el artículo 93 del Código Civil. Hablamos de gastos que se caracterizan por su periodicidad y previsibilidad, gastos que posibilitan la consecución de una educación

⁸ En este sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo 301/2017, de 16 de mayo.

y cuidado apropiados de los menores, para ello se implanta una pensión de alimentos, de conformidad con los artículos 142 y siguientes del Código Civil.

En este sentido, debe diferenciarse el modelo de custodia establecido, debido a que cuando existe una custodia exclusiva para uno de los progenitores, es muy frecuente que se convenga una pensión en favor de tal progenitor custodio, abonada por el otro progenitor que no convive con los hijos.

Menos frecuente resulta para el caso en que los progenitores compartan la guarda y custodia de sus hijos, pues lo usual es que cada uno se haga cargo de los gastos ordinarios que el menor requiera durante el periodo en que se halle en su compañía⁹.

Esta contribución de los padres comprende una obligación de asistencia de todo orden: sustento, sanidad, habitación, vestido, educación en tanto sean necesarios, previsibles y periódicos. Por ejemplo, en los últimos se incluyen la totalidad de gastos de la enseñanza obligatoria de los hijos, contabilizando los generados al comienzo de cada curso escolar y los exigidos durante el mismo (como el material escolar, uniforme o libros). Así se han distinguido por su carácter previsible, necesario y periódico, aunque se trate de una periodicidad anual, estos se prorratearán y abonarán junto con las mensualidades correspondientes a la pensión alimenticia¹⁰. Del mismo modo se han incluido en ciertos casos los gastos que aun no resultando estrictamente necesarios aluden a actividades que los menores venían realizando con asiduidad durante la vigencia del matrimonio, se incluyen en la pensión alimenticia como gastos ordinarios, debido a que ambos cónyuges aceptaron su desembolso y resultarán por tanto, previsibles y periódicos.

Siguiendo el tenor literal del artículo 146 del Código Civil, para acordar la pertinencia de establecer una pensión de alimentos debe atenderse al caudal económico de los progenitores y a las necesidades de los hijos, ejecutando una proporcionalidad entre ambas variantes; instaurando un equilibrio entre los ingresos y gastos de ambos, que determinará la cuantía de la prestación alimenticia¹¹.

Para el caso que nos ocupa debe tomarse en consideración la distinta situación económica obrante entre ambos progenitores. Doña Isabel carece de ingreso alguno a diferencia de Don Manuel, por lo que independientemente de quien ostente la guarda y custodia de los menores, deberá acordarse una pensión de alimentos (STS 55/2016 de 11

⁹ Así lo puso de manifiesto el Tribunal Supremo en su Sentencia 616/2014, de 18 de noviembre.

¹⁰ Así lo determinaron la Sentencia 579/2014, de fecha 15 de octubre del Tribunal Supremo y la Sentencia núm. 500/2017 de 13 de septiembre de 2017.

¹¹ Tal y como explica la Sentencia 413/2015 del Tribunal Supremo, de 10 de julio de 2015.

de febrero), siendo Don Manuel el alimentante y Doña Isabel la alimentista. Este abonará una pensión alimenticia mensualmente a Doña Isabel con el fin de que pueda hacer efectiva la manutención de los menores, pues estos no pueden ver sus necesidades básicas afectadas en los periodos que convivan con su madre, debido a que a pesar de la producción de un divorcio, como se ha reiterado y sobre la base del interés superior de los menores, la idea es que los mismos no resulten damnificados, en especial cuando hablamos de su correcto desarrollo.

Tal pensión conforma un mínimo que coopere a cubrir los gastos repercutibles más imprescindibles para la atención y cuidado de ambos menores.

Obviamente la cuantía será menor o mayor en función de si la guarda es compartida o exclusiva, respectivamente. Al igual que tendrá relevancia en la cuantía el mayor o menor régimen de visitas o estancias establecido.

La pensión acordada tendrá vigencia hasta que los hijos puedan mantenerse por sí mismos, esto es, hasta que alcancen la suficiencia económica, aunque hubiesen excedido la mayoría de edad, siempre y cuando, la necesidad no sea originada deliberadamente por el menor cuando este supere dicha mayoría.

Esta pensión de alimentos se acordará de acuerdo con lo relatado, sin perjuicio de que una modificación en los ingresos de la madre o del padre pudiese variar posteriormente la misma.

4.4.2. Gastos extraordinarios.

A diferencia de los gastos ordinarios sufragados a través de la pensión alimenticia, los gastos extraordinarios son los restantes; imprevisibles y no periódicos, a pesar de su necesidad. Así es como han sido definidos por la jurisprudencia, por exclusión de los ordinarios, en ausencia de definición normativa. Su ausencia de previsibilidad impide que estos gastos se introduzcan en la pensión alimenticia, pues no pueden ser cuantificados¹².

Estos gastos también deben ser abonados por ambos progenitores cuando surjan, resultando igual de necesarios para los hijos. La norma general es que su pago se abone por mitad entre ambos, previo acuerdo de los mismos aunque sea de manera tácita¹³, salvo que concurra urgencia que imposibilite el pacto, pudiendo reclamarse el reembolso de lo

¹² APARICIO CAROL, Ignacio, “La pensión de alimentos y los gastos extraordinarios: sus diferencias”, *La pensión de alimentos de los hijos en el derecho español*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 227-240.

¹³ Véase la Sentencia 166/2018 de la Audiencia Provincial de Valladolid, de 3 de mayo de 2018.

correspondiente ulteriormente, justificando en este caso la necesidad concerniente a aquel concepto.

Dentro de este tipo de gastos se encuadran los gastos relativos a la salud de los menores, cuyo coste no se encuentre incluido dentro del sistema de la Seguridad Social o de seguros contratados, ejemplo de ello son gastos de índole odontológica, oftalmológica, farmacéutica, quirúrgica, y otros gastos relacionados con la formación y ocio de los menores como las clases o actividades extraescolares o actividades deportivas o lucrativas, cuyo coste no se halle cubierto por ninguna ayuda de la administración.

En definitiva, se consideran gastos extraordinarios todos los que no sean previsibles ni recurrentes, pero sí necesarios.

Será conveniente especificar expresamente los gastos que los ex cónyuges se obligan a satisfacer, pues puede constituir una prueba de aceptación de los mismos, evitando futuros incidentes, sin perjuicio de que puedan presentarse gastos que no se hallen incluidos en esas especificaciones que ambos progenitores ostenten el deber de abonar.

También podrían entrar en este concepto los gastos no necesarios pero autorizados y en caso de conflicto se podrá acudir a los tribunales, en virtud del incidente de declaración de gastos extraordinarios reglado por el artículo 776 apartado 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, donde el juez determinará si un concepto debe entenderse como gasto extraordinario, y en caso afirmativo, decidirá su asignación.

La forma de pago que se atribuye para los gastos extraordinarios suele consistir en un porcentaje del cincuenta por ciento para ambos progenitores, no obstante, atendiendo a la desigualdad económica cierta que afecta a Doña Isabel, es admisible la aplicación de un reparto de porcentajes desigual, siendo la contribución de Don Manuel a estos gastos más elevada¹⁴.

4.5. Atribución del uso del domicilio familiar.

Para valorar la atribución de la vivienda familiar, lugar en que con carácter habitual se ha venido desarrollando la convivencia de los miembros de la familia, a uno de los cónyuges tras la separación o divorcio de los mismos se valorarán las necesidades que

¹⁴ Así lo han determinado algunas Audiencias Provinciales, a modo de ejemplo pueden mencionarse la Sentencia 739/2019 de la Audiencia Provincial de Valencia de 7 de noviembre de 2019, la Sentencia 584/2019 de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 5 de noviembre de 2019 o la Sentencia 470/2019 de la Audiencia Provincial de Pamplona de 19 de septiembre de 2019.

mantenga cada cónyuge, atendiendo al núcleo más necesitado de protección, en relación con las dificultades que muestren para poder adquirir una nueva vivienda.

En ausencia de acuerdo, el órgano jurisdiccional competente debe determinar cuál de los cónyuges continúa usando la vivienda familiar. Para alcanzar una decisión deberá ponderar el mencionado interés del núcleo familiar más necesitado de protección con independencia de la titularidad de la vivienda. Del mismo modo, se deberán concretar los bienes del ajuar que deben continuar en la vivienda y los que puede llevarse el cónyuge que se aparta de la misma. Si bien esta retirada de ajuar doméstico no puede ejecutarse en detrimento de los intereses del otro cónyuge o de los hijos, pues la atribución de la vivienda implica el adecuado disfrute de la misma, sin que por ello puedan retirarse indebidamente los instrumentos requeridos para una convivencia apta y un hogar estable, aún en el caso de que tales utensilios fuesen propiedad del cónyuge que abandona la vivienda.

De conformidad con lo antedicho, ha quedado acreditada la situación inferior que sufre Doña Isabel al carecer de recursos económicos, y en consecuencia, se adjudicaría a esta el uso de la vivienda, pues el puesto de trabajo estable que mantiene Don Manuel le facilitaría adaptarse y obtener una nueva vivienda que resulte digna y adecuada a sus necesidades. Ello de acuerdo con lo establecido en el párrafo tercero del artículo 96 del Código Civil.

La cesión de la vivienda va a ser temporal en la totalidad de los casos, ahora bien, tal limitación de tiempo variará de acuerdo con las circunstancias que envuelvan la unión matrimonial. Si el régimen económico matrimonial elegido hubiese sido el de sociedad de gananciales, normalmente se conviene que la esposa disfrute del domicilio hasta que este se venda y se liquide la sociedad. Como nos encontramos con un régimen de separación de bienes y el inmueble no es propiedad de ninguno de los convivientes, la atribución se hará con un carácter temporal hasta que Doña Isabel consiga reestablecer su situación económica. Estas apreciaciones observando únicamente las diferentes posiciones entre los cónyuges, pero ostenta mayor relevancia el empleo que de la vivienda realicen los menores.

Si se hubiese decidido un sistema de custodia compartida, podría acordarse una alternancia de uso, es decir, en aras a la protección de los menores, estos podrían permanecer siempre en el domicilio familiar, mientras su padre y madre conviven durante los periodos en que ejerzan su custodia¹⁵. Tal posibilidad sería factible si ambos ex cónyuges se encontrasen en la misma situación o contasen con similares recursos. Incluso

¹⁵ No obstante tal uso del inmueble planteará ciertos inconvenientes, como detalla la Sentencia 593/2014 del Tribunal Supremo, de 24 de octubre.

podría declararse una atribución indefinida de la vivienda, si se cumpliesen tales requisitos o perteneciese privativamente a uno de ellos.

Pero tales presupuestos no se cumplen, por ende, de manera independiente al modelo de custodia, se atribuiría el uso de la vivienda conyugal a la esposa. Resultando la más necesitada de protección es la conclusión más aconsejable, aún sin existir descendientes del matrimonio que pudiesen disfrutar de la vivienda, incluso decretándose una custodia compartida.¹⁶

Así las cosas, en tal atribución si va a incidir el uso de la vivienda o no que hiciesen los menores por encima de la protección que se otorgue a uno de los progenitores, considerando que en caso de que se le atribuyese el uso a Doña Isabel en exclusiva se haría de forma temporal, concediéndole de manera prudente algunos años hasta que pueda adquirir una mejor situación económica que le permita costearse un nuevo hogar.

Puesto que se ha estimado un sistema de guarda y custodia en exclusiva para Doña Isabel el plazo inicial que se mencionaba se va a ampliar, pues el criterio empleado para la atribución del uso del domicilio a uno u otro ex cónyuge es la convivencia o no con sus hijos, al ser la idea predominante el bienestar de los mismos. De nuevo, en virtud del principio de protección de los menores, se pretende propiciar el mantenimiento de sus hábitos y no perturbar su rutina diaria, ni a nivel docente ni de ocio.

En definitiva y siguiendo el tenor literal del precepto 96 párrafo primero del Código Civil se atribuirá el uso del domicilio familiar a Doña Isabel y a sus dos hijos con un el margen temporal que abarcará en todo caso, hasta que los hijos menores alcancen su mayoría de edad, o en su defecto, hasta que sean independientes económicamente y puedan abandonar el domicilio¹⁷, momento que de manera general suele establecerse una vez hayan finalizado los estudios previstos o se hayan incorporado al mercado laboral. Esta medida va a favorecer tanto a la esposa como a los menores, y no va a suponer el mismo efecto pernicioso a Don Manuel, que el que podría suscitar a Doña Isabel.

En atención al modelo de guarda y custodia exclusiva, el arraigo que tanto los hijos como Doña Isabel han creado en dicho hogar, además de la mayor necesidad que ostenta Doña Isabel, y el beneficio e idoneidad que por tales razones supondría, motivan tal asignación. Sin perjuicio de los problemas que puedan surgir debido a la carente propiedad

¹⁶ Véanse las STS 268/2018 de 9 de mayo 2018 y la STS 7/2018, de 10 de enero de 2018.

¹⁷ A este respecto se pronuncia el Tribunal Supremo: STS 451/2011, de 21 de junio; STS 622/2013, de 17 de octubre; STS 117/2017, de 22 de febrero; STS 43/2017, de 23 de enero; STS 320/2014, de 16 de junio de 2014; STS 660/2014, de 28 de noviembre.

que presenta Doña Isabel sobre la vivienda familiar, así como título legítimo que faculte el uso de la misma¹⁸.

5. SITUACIÓN DE PRECARIO

En el año 1996, los padres de Don Manuel cedieron la vivienda a los futuros ex cónyuges con la finalidad de que iniciasen allí su convivencia y estableciesen el inmueble como domicilio conyugal o familiar, situación que se sostuvo hasta la actualidad en que ambos deciden cesar la convivencia.

El traspaso se efectuó sin ningún tipo de condicionante y de manera gratuita, asimismo, sin que mediase contrato entre las partes, y por supuesto sin título que faculte a los ex cónyuges a su uso, o al menos concurre una ausencia probatoria sobre la certeza de los aludidos.

En consecuencia, la situación jurídica existente entre los padres de Don Manuel y Doña Isabel es la característica de la figura del precario. Así lo fijó la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en su Sentencia 1022/2005, de fecha 26 de diciembre de 2005, y así lo han ratificado las Sentencias del Tribunal Supremo 178/2011 y 548/2014, entre otras.

A pesar de que para proteger el interés superior de los menores se pueda atribuir el uso del domicilio mediando una situación de precario, como jurisprudencialmente se ha establecido, por ejemplo en la Sentencia del Tribunal Supremo 448/2015 de 15 de julio de 2015, apreciando que Doña Isabel no es propietaria, quedará extinguido lícitamente el uso de la vivienda si sus actuales propietarios así lo desean.

Podría pensarse que la relación existente entre los propietarios y los poseedores del inmueble no constituye un precario, sino un comodato; descrito en los artículos 1741 y siguientes del Código Civil, argumentando que la vivienda se prestó con la finalidad de que se dispusiese de ella como domicilio conyugal. No obstante, se carece de soporte documental que ratifique tal postura, y de ser veraz, al disolverse el matrimonio, el domicilio pierde su condición conyugal, por lo que se hubiese extinguido el fin para el cual se entregó, encontrándonos nuevamente ante una situación de precario¹⁹.

¹⁸ CHAPARRO MATAMOTOS, Pedro. “El derecho de uso de la vivienda familiar, “Derecho de uso y vivienda familiar: Su atribución judicial en los supuestos de crisis familiares. Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 94-189”.

¹⁹ La Sentencia del Tribunal Supremo 279/2016, de 28 de abril de 2016 distingue ambas figuras.

Los padres de Don Manuel cedieron el uso del domicilio con motivo del enlace de su hijo con Doña Isabel, concluido este, los padres como propietarios del inmueble pueden recuperarlo cuando así lo estimen. Pues han soportado que Don Manuel y Doña Isabel disfruten sin contraprestación alguna del inmueble de su propiedad, situación que siguen tolerando tras la atribución del mismo a Doña Isabel y a sus dos hijos.

Si se concluyese con la atribución del domicilio en exclusiva a Doña Isabel y los dos menores, la situación sería idéntica, por la inexistencia de pacto que legitime la permanencia o el uso del inmueble familiar, siendo la única solución posible la formalización de un contrato de arrendamiento entre los padres de Don Manuel, propietarios del inmueble, y Doña Isabel poseedora del mismo, que regule la situación jurídica entre las partes, y justifique la residencia de Doña Isabel en el inmueble.

De lo contrario, la oposición de los propietarios al uso de su inmueble pondría fin a dicha disposición, obligando a los convivientes a abandonar la vivienda y devolvérsela a sus legítimos dueños. Con independencia de lo resuelto por el órgano jurisdiccional de familia que hubiere atribuido el domicilio, ya que no puede primar el derecho de familia sobre el de propiedad; el divorcio de los cónyuges no podrá perjudicar a terceros. Se antepone el derecho de goce y disfrute del bien que comporta el derecho de propiedad a los propietarios, de acuerdo con lo reglado por el artículo 348 del Código Civil, concediendo a los propietarios la facultad de ejercitar una acción de reivindicación contra los tenedores o poseedores de la cosa, que autoriza la recuperación del bien.

Por ende, la existencia de un precario otorga a los padres de Don Manuel la acción de desahucio. La posesión deja de ser tolerada y se pone en evidencia su característica de simple tenencia de cosa sin título, por lo que puede ejercerse la acción de desahucio cuando se considere, interponiendo la oportuna demanda que inicie un procedimiento de juicio verbal donde se interese la ejecución del desahucio por precario.

6. PENSIÓN COMPENSATORIA.

Nuestro Código Civil expresa en sus artículos 67 y 68 el deber de ayuda y socorro mutuo que deben profesarse los cónyuges, un deber que conlleva la necesaria cooperación entre ambos para atender sus necesidades mutuas. Mientras los cónyuges viven juntos este deber supone la obligación de contribuir al levantamiento de las cargas familiares, cada cónyuge debe aportar lo que se requiere para el sustento de la familia, en relación con la capacidad y posibilidad que para ello ostente cada uno. Tras la separación o divorcio este

deber se traduce en una pensión compensatoria por desequilibrio económico para el caso de que exista un cónyuge que cuente con menos medios que el otro al momento de la disolución del vínculo matrimonial. No en el sentido de que el cónyuge mantenga exactamente el mismo nivel que venía disfrutando durante el matrimonio, sino que la pensión persigue una finalidad de estabilización económica, originada por la crisis matrimonial.

Don Manuel es propietario junto con otros socios de un estudio de arquitectura, trabajo que le comporta importantes ingresos que permiten el mantenimiento de los cuatro miembros integrantes del núcleo familiar. Doña Isabel trabajó desde el año 1995 hasta el 2004 como administrativa en una asesoría, nueve años, hasta que nació su primer hijo y abandonó tal actividad para dedicarse en plenitud a su cuidado, así como a las labores que conllevaba el hogar.

A partir de ese momento Don Manuel empleaba su sueldo para el sostenimiento de la familia, del cual entendemos que ha dispuesto Doña Isabel cuando así lo ha requerido, mientras ella contribuía significativamente a las tareas del hogar.

En el año 2013, Doña Isabel comenzó a trabajar de nuevo en el negocio de su esposo, ejerciendo como secretaria administrativa en horario de mañana, mientras sus hijos menores acudían al colegio. Continuaba encargándose de la totalidad de las labores domésticas y de la crianza de los hijos, a pesar de ayudar a su esposo en su trabajo, considerando que ni siquiera percibía salario por ello. La situación narrada se ha mantenido hasta la actualidad, momento en que los cónyuges han decidido iniciar su separación.

Es evidente que la ruptura va a suponer un grave perjuicio económico para la situación de Doña Isabel, por lo que será procedente la estimación de una pensión compensatoria para posibilitarle cierto nivel económico, similar al que poseía mientras se encontraba vigente el matrimonio. Obviamente este nivel económico no puede ser igual tras la ruptura, pues afectaría negativamente a la situación de su ex esposo, sin embargo se pretende que tenga cierta similitud y favorezca el equilibrio económico de ella permitiendo que sufrague los gastos consustanciales a su manutención y subsistencia.

Todo el tiempo dedicado por Doña Isabel a sus hijos, su casa y su marido, lógicamente le han supuesto un grave menoscabo personal y económico, imposibilitando que pudiese desarrollar una carrera profesional que le proporcionase la obtención de una independencia económica, lo cual se traduce en una pérdida de expectativas docentes y laborales. La pensión compensatoria persigue un fin indemnizatorio en estos conceptos; paliar la desigualdad existente en el momento de la disolución del matrimonio en

contraposición con la situación económica que se conservaba durante la vigencia del matrimonio.

Resultando indubitado el desequilibrio que se produce en la situación de Doña Isabel, en tanto no se modifique la situación de su esposo, este debería abonarle una pensión compensatoria bien de forma temporal o indefinida, estas pretensiones deberán valorarse en conjunto con lo establecido por el artículo 97 de Código Civil, donde se engloban una serie de requisitos de ponderación, sobre los cuales se decidirá la pertinencia de la pensión compensatoria, cuantía que corresponde, así como la duración que deberá presentar la prestación.

Siguiendo el citado precepto y aplicando las condiciones que en él se incluyen al caso que nos ocupa, debemos realizar una serie de apreciaciones.

Hablamos de una persona que lleva desempleada quince años, habiendo desempeñado dos trabajos como auxiliar administrativo, contando aproximadamente con unos 45 años de edad y un buen estado de salud. Características que pueden favorecer el acceso a un empleo, a pesar de que no resulte tarea sencilla.

Su dedicación con la familia ha sido ejemplar, pues no ha realizado más tareas durante nueve años que las atinentes al cuidado del hogar. Solo cuando los menores ya tenían una edad más avanzada comenzó a colaborar seis años en la actividad profesional de su esposo, mientras continuaba dedicándose enteramente a las labores domésticas, pues realizaba esta actividad laboral cuando sus hijos se encontraban en el colegio

Vemos que en los diecisiete años que ha durado el matrimonio, la única preocupación de Doña Isabel ha sido atender correctamente a su familia. Despreocupándose de sus propias necesidades y perdiendo con ello toda oportunidad de desarrollar una carrera profesional y personal.

Tras la ruptura matrimonial, la riqueza de Doña Isabel será inexistente, por lo que se produce un notable detrimento económico que implica la aceptación de imponer a Don Manuel el pago de una pensión compensatoria, ya que en cierto modo, Don Manuel ha podido crecer y prosperar en su actividad laboral gracias a la entrega de Doña Isabel.

El objetivo de esta retribución es desagraviar esa pérdida de expectativas y permitir que Doña Isabel equilibre su situación económica de tal manera que se repare de algún modo ese perjuicio que no hubiese tenido lugar de no haberse producido la situación de dejar el trabajo en el matrimonio, recuperando sus oportunidades laborales y económicas. Asimismo se atribuye a la esposa beneficiaria la obligación de tratar de mejorar su situación con una búsqueda activa de empleo.

Esta pensión puede tener una duración temporal o definitiva o consistir en una única prestación, de acuerdo con lo planteado por el artículo 97 del Código Civil, en relación con las posibilidades de encontrar un nuevo empleo, que permita reequilibrar la situación del cónyuge desfavorecido.

En este sentido la jurisprudencia se decanta por una pensión periódica y temporal²⁰, pues se ha descartado en numerosas ocasiones el carácter vitalicio de la misma, no siendo la finalidad de su atribución la continuación del mantenimiento del ex cónyuge, simplemente consiste en una contribución para que la ruptura no sea gravosa a efectos económicos y el cónyuge pueda rehacer su vida, por lo que atendiendo a su carácter se hablará de temporalidad siempre que tal limitación no frustre el fin señalado.

De conformidad con lo antedicho, lo ideal será que presente un carácter periódico y temporal, durante un tiempo prudencial; hasta que Doña Isabel pueda reestablecer o bien, reequilibrar su situación y se mantenga por sus propios medios, para lo que el órgano jurisdiccional que conceda esta pretensión deberá tener la convicción de que será factible tal recuperación económica.

Cumpléndose lo expresado en el artículo mencionado y siendo innegable el desequilibrio económico que va a suponer la disolución marital, debido a que la totalidad de ingresos con los cuales se sustentaba Doña Isabel procedían de Don Manuel; el juez competente deberá estimar la procedencia de una pensión compensatoria en su favor, en defecto de acuerdo entre los ex cónyuges. Todo ello tomando en consideración las decisiones tomadas por Doña Isabel en interés de la familia, la trascendencia que tuvo su dedicación a la misma, su igual contribución al levantamiento de las cargas del matrimonio, colaborando enteramente a las cargas domésticas y parcialmente a las económicas, permitiendo que aumentase el patrimonio de su cónyuge durante los últimos años del matrimonio.

Siendo cada vez más común el carácter temporal de la pensión compensatoria, siempre que dicha naturaleza no produzca un efecto pernicioso en la oportunidad de reequilibrio económico de la beneficiaria de la pensión, pues de lo contrario el carácter de esta retribución sería indefinido²¹. Por lo que ha debido discurrirse prudente y adecuadamente sobre la posibilidad real de la esposa de superar la situación inicial de

²⁰ Ejemplo de ello son la Sentencia 624/2011, de 5 de septiembre de 2011 o la Sentencia 388/2017, de 20 de junio de 2017. Ambas dictadas por el Tribunal Supremo.

²¹ Véase la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 450/2019, de 18 de julio de 2019.

desequilibrio procedente de la ruptura matrimonial, todo ello de conformidad con el carácter factual de la relación marital y lo estipulado por el artículo 97 del Código Civil²².

Ahora bien, independientemente del carácter que presente la pensión compensatoria adoptada, en cuanto a su temporalidad o cuantía, esta podrá ser modificada en cualquier momento si se produce una modificación sustancial, tanto en la situación de Don Manuel, como en la de Doña Isabel. En el primer caso, si Don Manuel ve disminuidos sus ingresos podría rebajarse la cuantía de la compensación, o bien, cesar en caso de la que disminución fuese tal que le impidiese subsistir adecuadamente. Lo mismo ocurrirá en el caso contrario, si Doña Isabel comienza a enriquecerse y puede adquirir su sustento por sus propios medios, Don Manuel perderá la obligación de abonarle la correspondiente pensión compensatoria.

Por lo que dicha pensión podría ver minorado su quantum o su carácter temporal e incluso retirarse íntegramente si Doña Isabel viniese a mejor fortuna, cosa que puede suceder en caso de que acepte una importante herencia. Si bien, habrá que observar las características de ese incremento patrimonial, la cuantía que suponga el mismo y en consonancia, la posible mejora económica que comporte. Asimismo, podría ver extinguida o minorada su posible pensión compensatoria si iniciase una convivencia *more uxorio* con otra persona o contrajese segundas nupcias.

De conformidad con los artículos 100 y 101 del Código Civil una ganancia patrimonial podrá constituir una reducción o supresión de la pensión compensatoria establecida. Además, de forma jurisprudencial se ha incluido tal posibilidad cuando se adquiriera una herencia.

Una alteración en la fortuna de Doña Isabel, podría llegar a suponer la extinción de la pensión compensatoria, dado que se trata de una herencia importante en que resulta la única beneficiaria, si su situación económica mejora considerablemente o se reestablece, carecería de objeto la pensión proporcionada por su ex cónyuge.

A la hora de decidir la concesión de la pensión compensatoria, tal adquisición dineraria no era previsible, por lo que en el momento en que se obtenga deberá valorarse como va a influir en la situación económica de Doña Isabel, pues puede equilibrar la

²² De conformidad con la doctrina jurisprudencial recogida por la Sentencia Tribunal Supremo núm. 749/2012, de 4 de diciembre de 2012 o la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 104/2014, de 20 de febrero de 2014.

posición entre ambos ex cónyuges y por lo tanto extinguirse el motivo que fundamentó tal prestación.

La jurisprudencia nos dice que la adquisición de una herencia, es una circunstancia no previsible y sobrevenida, además de apta para favorecer la situación económica de la acreedora de la pensión, en consecuencia, será preciso valorar las condiciones que envuelvan tal circunstancia, para valorar si procede una modificación o una supresión de la remuneración concedida²³.

Dada la incidencia de la herencia en la situación de Doña Isabel, mientras la posición de Don Manuel permanece invariable, es altamente probable que la pensión compensatoria sea restringida. Para esta corrección va a resultar irrelevante el carácter temporal o indefinido con el cual se hubiese establecido la pensión. Si la pensión hubiese revestido un carácter indefinido, es posible que se limitase a un periodo concreto de tiempo.

Siendo temporal, su cuantía podrá verse disminuida e incluso podrá retirarse en su totalidad.

Retomando los motivos que inciden en la concesión de la pensión compensatoria y en las particularidades que presentará la misma, los acuerdos entre los cónyuges y los deseos de los mismos también deberán valorarse. Así lo dispone el artículo 97 del Código Civil en los incisos 1º y 9º de su segundo apartado, cuando expresa que la cuantía se decidirá en consonancia con los acuerdos a los cuales hubiesen llegado los cónyuges u otras circunstancias relevantes, en las cuales se van a incluir las aspiraciones de ambos. Criterios a los cuales se someten los tribunales para conferir o no una compensación y valorar su alcance.

Si Doña Isabel dejó de trabajar en contra de la voluntad de Don Manuel, tal decisión irá en detrimento de una favorable pensión compensatoria para ella. Pues lo habitual es que ambos cónyuges concluyan tal situación en interés de la familia.

Al igual que si Don Manuel hubiese obligado a su esposa a abandonar su trabajo para dedicarse al hogar, esto influiría aumentado la retribución de la compensación acordada, debido a que sería responsable de su manutención tras el divorcio al haber provocado ese estado de necesidad y dependencia económica. Así, una postura contraria podría disminuir la misma.

²³ Véase la Sentencia Tribunal Supremo núm. 133/2014, de 17 de marzo de 2014.

Considerando que tal pretensión resultaría compleja de probar, y existen múltiples factores añadidos a examinar, la conclusión anterior sería la más adecuada, sin perjuicio de que tal decisión unilateral de Doña Isabel contra los pedimentos de su esposo, pudiese rebajar la cuantía o temporalidad de tal pensión compensatoria. Se han fijado con claridad los presupuestos más relevantes para apreciar la pertinencia y propiedades de una pensión compensatoria: un desequilibrio económico para una de las partes tras la efectiva disolución conyugal, la escasez de medios presentadas por dicha parte y la posibilidad de la otra de sufragarlos. Concurriendo tales circunstancias, entendemos que la incidencia de los deseos de los cónyuges años atrás durante la vigencia del matrimonio va a resultar ínfima y no sustancial.

7. COMPENSACIÓN ECONÓMICA

Como se ha expresado, existe un deber de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio, de manera independiente al régimen económico matrimonial que acompañe al mismo. La aportación a las cargas domésticas adquiere la misma relevancia que la realizada a las cargas económicas. Doña Isabel se ha hecho cargo esencialmente de la totalidad de las cargas domésticas, por imposibilidad de colaborar de manera económica, tarea que ejecutaba Don Manuel.

La completa dedicación al hogar de Doña Isabel le podría proporcionar el derecho a una compensación por tal disposición, en primer lugar, por la pérdida de expectativas que le ha supuesto, y seguidamente como retribución por tareas que tanto su esposo como ella debían haber realizado. El artículo 1438 del Código Civil afirma la pertinencia de una compensación cuando el trabajo realizado por uno de los cónyuges no ha sido proporcional al dedicado por el otro. La dedicación exclusiva a la casa y a los hijos, constituye suficiente motivo para ser acreedora de la citada compensación ex artículo 1438²⁴.

A diferencia de la pensión compensatoria, la cual puede solicitarse de manera independiente al régimen económico que rija el matrimonio, y tiene la función de posibilitar el restablecimiento del beneficiario, valorándose el periodo que sucede a la

²⁴ De conformidad con los requisitos establecidos para su concesión por el Tribunal Supremo en las siguientes Sentencias: Sentencia núm. 991/2008, de 5 de noviembre de 2008; Sentencia núm. 861/2009, de 18 enero 2010; Sentencia núm. 695/2011, de 10 de octubre de 2011 y Sentencia núm. 16/2014, de 31 de enero de 2014.

disolución del matrimonio. La compensación económica, presenta un carácter indemnizatorio, cuyo concepto es retribuir la dedicación ejercida por uno de los cónyuges durante la vigencia del matrimonio, siempre que el modelo económico imperante fuese la separación de bienes.

Se acordará en primer lugar la compensación económica y seguidamente, sobre la situación que tal indemnización ofrezca, se decidirá la pertinencia de una pensión compensatoria.

Por ende, ambas resultan compatibles entre sí. Debido a que el hecho que fundamenta tales compensaciones es diferente.

El objeto es, reiterando lo expuesto, resarcir de algún modo la dedicación pretérita, a lo que podríamos añadir que también desagravia o suple la cierta desventaja que puede surgir en este momento el régimen de separación de bienes, frente a la sociedad de gananciales.

Entendemos que con el régimen de gananciales, como las aportaciones económicas del marido confluyen en ambos, dado que su salario se destina a la comunidad matrimonial, cuando este régimen se liquida, la mitad corresponde al otro cónyuge. Si este no trabajaba permitiendo al otro hacerlo, este le compensa con la mitad que ha podido obtener debido a que el otro se ocupaba de las tareas domésticas. Como tal procedimiento no acontece cuando existe una separación de bienes se implanta esta modalidad indemnizatoria para suplir tal desequilibrio.

Ha de tomarse en consideración que además de contribuir en exclusiva a las cargas domésticas, también ha colaborado seis años en la actividad de su esposo, sin percibir por ello retribución alguna, ni en consonancia, enriquecimiento patrimonial. Deberán valorarse ambas contribuciones, tanto a las tareas del hogar, como a las actividades profesionales de Don Manuel que han resultado precarias.

De este modo, se cumplen todos los criterios que permiten determinar la compensación aludida.

No existiendo norma legal que aporte o fije los requisitos para su cuantificación será el órgano jurisdiccional competente el que lo determine, para ello se ha tomado como base el salario mínimo interprofesional o el correspondiente a una persona que realizaría tales labores relativas al servicio doméstico, multiplicando tales cantidades por los meses trabajados, en el presente caso, por Doña Isabel, que se contarían desde el año 2004 en que deja su puesto laboral hasta la actualidad.

A este respecto, la resolución del Tribunal Supremo 252/2017, de 26 de abril de 2017 explica la pertinencia de conceder una compensación aunque la pareja haya mantenido un empleo, cuando este se desempeñaba en el negocio familiar, la colaboración en las actividades profesionales del esposo se computará como trabajo para la casa, no constituyendo tal actividad una causa de exclusión para la atribución de la pensión detallada. Pues las condiciones en que se realizó la colaboración fueron precarias, lo cual se traduce en una contribución más al sostenimiento de las cargas del matrimonio. Al hilo de lo expuesto, podemos observar el comentario elaborado por Cristina Guilarte Martín-Calero: “Crisis matrimoniales. Compensación por trabajo doméstico la colaboración en las actividades mercantiles, industriales o profesionales de otro cónyuge se considera trabajo para la casa y, por tanto, no excluye la compensación: comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2017 (252/2017)”. Incluido en Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil Vol. 9, 2017, pp. 253-265.

8. CONCLUSIONES

Si tuviésemos que apuntar ciertos aspectos que resultan relevantes y condicionantes sobre la conveniencia de adoptar medidas económicas y paterno-filiales tras la producción de una separación o divorcio, podríamos fijar dos; comenzando por las exigencias que muestren los hijos menores, descendientes de la unión conyugal. En segundo lugar, la situación económica de los cónyuges, durante la vigencia del matrimonio y al momento en que se hace efectiva su disolución.

Corolario de lo planteado, nos encontramos con dos hijos menores de catorce y quince años nacidos del matrimonio, a pesar de su avanzada edad requerirán una serie de cuidados y atenciones. Seguidamente, apreciamos la insuficiencia económica atinente a la madre de los mismos, debido a la carencia de actividad laboral durante gran parte del transcurso de la convivencia marital; prolongada aún cuando desempeñó un cargo como administrativa, pues lo ejercía en la empresa de su esposo sin obtener retribución alguna por ello. La necesidad de atender de forma completa y correcta a los descendientes, así como la real desigualdad económica y de oportunidades entre los cónyuges van a motivar la resolución de diferentes acuerdos, cuya finalidad persigue mitigar todo menoscabo que la disolución del matrimonio pudiese generar, propugnando el bienestar y desarrollo de la totalidad de miembros del núcleo familiar. En ausencia de mutuo acuerdo entre los

contrayentes se seguirán los trámites del procedimiento contencioso planteados en el artículo 770 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Siguiendo el tenor de lo expresado, pueden alcanzarse las siguientes conclusiones atinentes a las decisiones que podría estimar el órgano jurisdiccional competente sobre el supuesto planteado:

1ª.- Sobre la patria potestad, consistente en el adecuado crecimiento de los menores, y las actividades educativas o alimenticias que ello implica, junto con la administración de los bienes de estos, será conveniente que sea ejercida en igualdad de condiciones por ambos progenitores, pues el propio parentesco concede una serie de derechos en cuanto a la toma de decisiones que van a guiar la educación de los hijos, por ejemplo, al igual que múltiples deberes, como observar que la educación sea apropiada e idónea.

2ª.- En cuanto al modelo de guarda y custodia, podría acordarse un modelo de custodia compartida, pues como se ha manifestado, se tiene por beneficioso y favorable concediéndose en múltiples ocasiones. Sin embargo, resulta probable que se estime la exclusividad de la guarda y custodia para Doña Isabel, quien ha convivido en mayor medida con sus hijos y se ha ocupado de su vigilancia y asistencia. La costumbre de los menores a ser atendidos y cuidados por su madre, junto con la imposibilidad de Don Manuel de efectuar dichas tareas por la exigencia de su trabajo y los viajes fuera del continente, dificultarán la fijación de una custodia compartida, y más aún exclusiva para Don Manuel, ya que si se atribuyese no sería él el que conviviese con los menores, sino que debería dejarlos a cargo de terceras personas, quebrantándose de ese modo la esencia de la guarda y custodia, o en su defecto, deberían determinarse unos periodos dispares de convivencia con los menores, lo cual supondría un menoscabo para los mismos. Ello no obstará la consolidación de un amplio régimen de visitas y comunicaciones de Don Manuel con sus hijos, el cual resultará beneficioso para todos, atendiendo a los días que se halle en España y sus días no laborables.

3ª.- Los factores que se han aludido al inicio de este apartado van a facultar a Doña Isabel para solicitar una pensión alimenticia, dado que resulta probable que convivir en exclusiva con los menores y en atención a la mayor protección que merece su inferior posición económica. Asimismo, será probable que se decida una aportación por mitad a los gastos extraordinarios, como frecuentemente se estipula.

4ª.- En el mismo sentido, será adecuado que sea Doña Isabel quien conviva en el domicilio conyugal, junto con los hijos menores, en cuya compañía se mantienen, al menos hasta que los descendientes alcancen la mayoría de edad o la independencia económica,

pudiendo decidirse posteriormente la devolución del inmueble a sus propietarios, quienes no obstante, podrán interponer una acción de desahucio por precario en el momento que lo estimen oportuno, pues no tienen deber de soportar tal decisión judicial, al ser los legítimos propietarios y no mediar título que legitime a Doña Isabel para emplear dicho hogar. Resultaría beneficiosa la atribución del uso del domicilio a los menores por su situación de convivencia y protección, el arraigo de estos y la especial necesidad que también afecta a su madre.

5ª.- Sobre la fijación de una compensación económica, es previsible que se acuerde el abono de la misma de Don Manuel a Doña Isabel tras la producción del divorcio, cuya cuantía se fijaría observando los años en que esta ha trabajado de manera exclusiva en el hogar. Tales labores deben ser compensadas al igual que se fijaría un salario si una persona ajena se ocupase del cuidado de los hijos y del hogar. La pérdida de expectativas que ello supuso a Doña Isabel podría subsanarse por este medio, pues se cumplen la totalidad de requisitos fijados para su satisfacción, incluyendo el régimen de separación de bienes que ha administrado la economía del matrimonio. Seguidamente podría acordarse una pensión compensatoria, consistente en un pago periódico a Doña Isabel con carácter temporal con una cuantía que le permita estabilizar su situación económica en tanto reanude su actividad laboral y obtenga los medios necesarios para su sostenimiento. Sin perjuicio de que tal derecho pueda extinguirse o modificarse de acuerdo con la alteración de las circunstancias de los ex cónyuges, al igual que podrá suceder con las restantes concesiones económica.

9. BIBLIOGRAFÍA

APARICIO CAROL, Ignacio. *La pensión de alimentos de los hijos en el Derecho español*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

BELIO PASCUAL, Ana Clara. *La pensión compensatoria (ocho años de aplicación práctica de la Ley 15/2005, de 8 de julio)*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

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

GÓMEZ MEGÍAS, Ana María. La doctrina del TS sobre guarda y custodia compartida: sentencias clave. *Diario La Ley*. 5 de abril de 2016, N° 8734. Disponible en: https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAkMDSwsDI7Wy1KLizPw8WyMDQzMDEwNDtbz8lNQqF2fb0ryU1LTMvNQkJLMtEqX_OSQyoJU27TEEnOJUtdSk_PxsFJPi4SakpmSWAI10SSxJtTUwVTUyMTABEiBpAENm0gp-AAAAWKE. (Consulta: 5 nov. 2019).

GUILLARTE MARTÍN-CALERO, Cristina. “Crisis matrimoniales. Compensación por trabajo doméstico la colaboración en las actividades mercantiles, industriales o profesionales de otro cónyuge se considera trabajo para la casa y, por tanto, no excluye la compensación: comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2017 (252/2017)”. *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*. Madrid, Dykinson, Vol. 9, 2017, pp. 253-265.

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

RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac. “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término”. *Educatio Siglo XXI*. Vol. 30 n° 2, 2012, pp. 89-108.

SOLÉ RESINA, Judith, GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen. *Derecho de familia. Filiación y potestad parental*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

9.1. Relación de Jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

Sentencia núm. 1022/2005, de 26 de diciembre de 2005. (Roj: STS 7530/2005).

Sentencia núm. 910/2008, de 2 de octubre de 2008. (Roj: STS 4872/2008).

Sentencia núm. 991/2008, de 5 de noviembre de 2008. (Roj: STS 5805/2008).

Sentencia núm. 861/2009, de 18 enero 2010. (Roj: STS 776/2010).

Sentencia núm. 178/2011, de 18 de marzo de 2011. (Roj: STS 1801/2011).

Sentencia núm. 451/2011, de 21 de junio de 2011. (Roj: STS 3985/2011).

Sentencia núm. 534/2011, de 14 de julio de 2011. (Roj: STS 4874/2011).

Sentencia núm. 624/2011, de 5 de septiembre de 2011. (Roj: STS 6237/2011).

Sentencia núm. 695/2011, de 10 de octubre de 2011. (Roj: STS 6496/2011).

Sentencia núm. 749/2012, de 4 de diciembre de 2012. (Roj: STS 8531/2012).

Sentencia núm. 257/2013, de 29 de abril de 2013. (Roj: STS 2246/2013).

Sentencia núm. 622/2013, de 17 de octubre de 2013. (Roj: STS 5003/2013).

Sentencia núm. 104/2014, de 20 de febrero de 2014. (Roj: STS 851/2014).

Sentencia núm. 133/2014, de 17 de marzo de 2014. (Roj: STS 852/2014).

Sentencia núm. 320/2014, de 16 de junio de 2014. (Roj: STS 2258/2014).

Sentencia núm. 548/2014, de 14 de octubre de 2014. (Roj: STS 3849/2014).

Sentencia núm. 515/2015, de 15 de octubre de 2014. (Roj: STS 3900/2014).

Sentencia núm. 579/2014, de 15 de octubre de 2014. (Roj: STS 4438/2014).

Sentencia núm. 593/2014, de 24 de octubre de 2014. (Roj: STS 4249/2014).

Sentencia núm. 616/2014, de 18 de noviembre de 2014. (Roj: STS 4608/2014).

Sentencia núm. 660/2014, de 28 de noviembre de 2014. (Roj: STS 4836/2014).

Sentencia núm. 16/2014, de 31 de enero de 2014. (Roj: STS 433/2014).

Sentencia núm. 96/2015, de 16 de febrero 2015. (Roj: STS 615/2015).

Sentencia núm. 413/2015, de 10 de julio de 2015. (Roj: STS 3157/2015).

Sentencia núm. 448/2015, de 15 de julio de 2015. (Roj: STS 3202/2015).

Sentencia núm. 571/2015, de 14 de octubre de 2015. (Roj: STS 4165/2015).

Sentencia núm. 55/2016, de 11 de febrero de 2016. (Roj: STS 359/2016).

Sentencia núm. 279/2016, de 28 de abril de 2016. (Roj: STS 1890/2016).

Sentencia núm. 43/2017, de 23 de enero de 2017. (Roj: STS 117/2017).

Sentencia núm. 117/2017, de 22 de febrero de 2017. (Roj: STS 582/2017).

Sentencia núm. 252/2017, de 26 de abril de 2017. (Roj: STS 1591/2017).

Sentencia núm. 280/2017, de 9 de mayo de 2017. (Roj: STS 1786/2017).

Sentencia núm. 301/2017, de 16 de mayo de 2017. (Roj: STS 1902/2017).

Sentencia núm. 388/2017, de 20 de junio de 2017. (Roj: STS 2503/2017).

Sentencia núm. 500/2017, de 13 de septiembre de 2017. (Roj: STS 3277/2017).

Sentencia núm. 7/2018, de 10 de enero de 2018. (Roj: STS 36/2018).

Sentencia núm. 268/2018 de 9 de mayo 2018. (Roj: STS 1627/2018).

Sentencia núm. 630/2018, de 13 de Noviembre de 2018. (Roj: STS 3743/2018).

Sentencia núm. 291/2019 de 23 de Mayo de 2019. (Roj: STS 1661/2019).

Sentencia núm. 450/2019, de 18 de julio de 2019. (Roj: STS 2563/2019).

9.2. Relación de Jurisprudencia de Audiencias Provinciales.

Audiencia Provincial de Pamplona/Iruña, (Sección 3ª), Sentencia núm. 470/2019, de 19 de septiembre de 2019. (Roj: SAP NA 890/2019).

Audiencia Provincial de Pontevedra, (Sección 1ª), Sentencia núm. 584/2019, de 5 de noviembre de 2019. (Roj: SAP PO 2468/2019).

Audiencia Provincial de Valladolid, (Sección 1ª), Sentencia 166/2018, de 3 de mayo de 2018. (Roj: AAP VA 1052/2018).

Audiencia Provincial de Valencia, (Sección 10ª), Sentencia núm. 739/2019, de 7 de noviembre de 2019. (Roj: SAP V 4581/2019).

9.3. Legislación.

BOE núm. 103, de 30 de abril de 1977, páginas 9337 a 9343. Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966. (Artículos 23 y 24).

BOE núm. 103, de 30 de abril de 1977, páginas 9343 a 9347. Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, (artículo 10 y 13).

BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978. Constitución española.

Gaceta de Madrid» núm. 206, de 25 de julio de 1889, Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990, páginas 38897 a 38904. Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996. Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil.

DOUE núm. 83, de 30 de marzo de 2010, páginas 389 a 403. Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, (artículos 14 y 24).

BOE núm. 175, de 23 de julio de 2015, páginas 61871 a 61889. Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.