



Universidad de Valladolid



icava
Ilustre Colegio de
Abogados de Valladolid

Facultad de Derecho

Máster de Acceso a la Abogacía

**CUESTIONES CONTROVERTIDAS
EN LA DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL**

Presentado por

Dayana Pérez Peñalver

Tutelado por

Dra. María José Moral Moro

Valladolid, a 24 de Octubre de 2022

ÍNDICE

1. ANTECEDENTES DEL HECHO.....	3
2. INTERROGANTES PLANTEADOS.....	5
3. NORMATIVA APLICABLE.....	6
4. FUNDAMENTOS DE DERECHO.....	7
4.1. Guarda y Custodia.....	7
4.1.1. ¿Qué requisitos deben concurrir para la concesión de la guarda y custodia compartida si es solicitada por uno solo de los progenitores?.....	7
4.1.2. El interés superior del menor en materia de guarda y custodia compartida.....	8
4.1.3. ¿Prosperaría la petición de la demandante con relación a la guarda y custodia de los dos hijos menores?.....	11
4.2. Pensión de Alimentos.....	12
4.2.1. ¿Resultaría procedente el establecimiento de la pensión de alimentos en los términos solicitados por Doña Ana?.....	12
4.3. Atribución del derecho de uso y disfrute del domicilio familiar.....	15
4.3.1. ¿Prosperaría la solicitud de atribución del uso y disfrute del domicilio en exclusiva en favor de la demandante?.....	16
4.3.2. ¿Resultaría más beneficioso el establecimiento de la modalidad de “casa nido” de acordarse la guarda y custodia compartida?.....	17
4.3.3. ¿Qué argumentos podemos emplear para sostener la petición de Don Pedro?.....	18
4.4. Análisis de la procedencia de la pensión compensatoria y la compensación como contribución a las cargas del matrimonio en el caso concreto.....	19
4.4.1. ¿Cabe la posibilidad de que se reconozca el derecho a la pensión compensatoria que requiere la demandante?.....	19
4.4.2. ¿Resultaría procedente la solicitud de una pensión por contribución a las cargas matrimoniales en favor de Doña Ana?.....	21
4.5. ¿Cuál es el cauce procesal a seguir en este procedimiento de divorcio contencioso?	23
5. CONCLUSIONES.....	26
6. BIBLIOGRAFÍA.....	28

1. ANTECEDENTES DEL HECHO

Don Pedro y Doña Ana contrajeron matrimonio el 29/09/2013, en régimen de gananciales. De dicha unión nacieron dos hijos menores: Sara, nacida el 02/02/2020 que actualmente cuenta con 2 años de edad y Marco nacido el 03/03/2010 y que actualmente cuenta con 12 años de edad.

Desde la celebración del matrimonio y hasta el mes de julio de 2016 residieron en una vivienda de alquiler en Valladolid. A partir de ese momento se trasladaron a una vivienda en Calle Zúñiga nº 11, propiedad de Don Pedro, adquirida el 20/07/2016, fecha en la que también se procedió a disolver la sociedad de gananciales y a regirse por el régimen de separación de bienes. Dicha vivienda ha sido el último domicilio familiar y en el que actualmente reside Doña Ana con los dos niños.

Debido al deterioro de la relación conyugal y la insostenibilidad de la convivencia Don Pedro se vio obligado a alquilar un apartamento cercano al domicilio familiar, a pesar de que en reiteradas ocasiones le pidió a Doña Ana que abandonara este domicilio, al ser ésta igualmente propietaria de una vivienda en Calle de la Pasión nº 13.

El pasado 24/06/2022 Don Pedro acudió al nuestro despacho manifestando que le había sido notificada la demanda de divorcio interpuesta por su esposa. Pese a encontrarse conforme con disolver el vínculo matrimonial, manifiesta su desacuerdo con otros extremos contenidos en dicho escrito.

En el presente dictamen jurídico abordaremos las peticiones de la actora que resultaron particularmente controvertidas, con especial énfasis en las siguientes:

- Atribución de la guarda y custodia de los menores de forma exclusiva a Doña Ana, madre de los menores, en lo adelante (la demandante).
- Solicitud de pensión de alimentos por valor de 500 euros a cargo de Don Pedro.
- Atribución del uso y disfrute del hasta la fecha domicilio familiar en favor de la actora o, para el supuesto guarda y custodia compartida de los menores, el establecimiento de la modalidad de “casa nido”.
- Obligación de Don Pedro de abonar una pensión compensatoria de 200 euros mensuales durante dos años a favor de Doña Ana.
- Obligación de Don Pedro de compensar a la demandante por su contribución a las cargas del matrimonio, con la cantidad de 6770.76 euros.

Para analizar en profundidad el supuesto planteado resulta necesario, a mayores, tomar en consideración los siguientes extremos:

Doña Ana, tiene 36 años, goza de buena salud, trabaja como auxiliar administrativo, con un contrato a tiempo indefinido y con una antigüedad desde el 09/12/2015. En la actualidad tiene jornada reducida, percibiendo unos ingresos mensuales de 902 euros. Ha permanecido trabajando durante todo el tiempo de duración del matrimonio.

Don Pedro trabaja para la empresa Renault España percibiendo en la actualidad unos ingresos ascendentes a 2.404 euros mensuales, que se van a ver reducidos al solicitar la reducción de jornada para hacer frente a la custodia compartida, que pretende solicitar en este procedimiento. Ambos progenitores han contribuido en igualdad de condiciones al cuidado de los hijos menores y se encuentran en situación económica similar.

2. INTERROGANTES PLANTEADOS

Tras un primer análisis de la situación planteada por nuestro cliente, así como de la demanda de divorcio interpuesta por la actora y los principales extremos controvertidos de la misma, se nos solicita realizar un dictamen jurídico del supuesto en cuestión. Para ello nos hemos planteado los siguientes interrogantes, que permitirán arrojar luz sobre las cuestiones litigiosas:

- ¿Qué requisitos deben darse para la concesión de la guarda y custodia compartida si es solicitada por uno solo de los progenitores?
- ¿Qué ventajas ofrece la adopción del régimen de guarda y custodia compartida?
- ¿Prosperaría la petición de la demandante con relación a custodia exclusiva de los dos hijos menores?
- ¿Procedería la solicitud de pensión de alimentos en los términos planteados en la demanda?
- ¿Prosperaría la solicitud de atribución del uso y disfrute del domicilio en exclusiva realizada por Doña Ana?
- ¿Resultaría más beneficioso el establecimiento de la modalidad de “casa nido” de acordarse la guarda y custodia compartida?
- ¿Qué argumentos pueden fundamentar la atribución del domicilio familiar en favor del demandado?
- ¿Cabe la posibilidad de que se reconozca el derecho a la pensión compensatoria que requiere la demandante?
- ¿Resultaría procedente la solicitud de una pensión por contribución a las cargas matrimoniales en favor de Doña Ana?
- ¿Cuál sería el cauce procesal a seguir en este tipo de procedimientos?

El objetivo del presente dictamen jurídico es dar respuesta a la consulta formulada por nuestro cliente, enfatizando en los medios de prueba de los que podrá valerse para la consecución de sus objetivos. Para ello se realizará un análisis de la legislación y los preceptos aplicables, así como la línea jurisprudencial y doctrinal aplicable al supuesto concreto.

3. **NORMATIVA APLICABLE**

Para la resolución de las cuestiones jurídicas planteadas fueron consultadas las siguientes normativas, que resultan aplicables al supuesto concreto:

- Real Decreto de 24 de julio de 1889, Código Civil, Boletín Oficial del Estado, 25 de julio de 1889.
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- Ley 1/2000, de 8 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Boletín Oficial del Estado, 7 de enero de 2000.
- Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en el año 1959.
- Resolución del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, de 29 de mayo de 1967.

4. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Procederemos a continuación a analizar las principales cuestiones controvertidas de la demanda interpuesta por Doña Ana. Valoraremos si prosperarían las peticiones dirigidas por la demandante, atendiendo a las condiciones concretas del caso, la normativa aplicable y los criterios doctrinales y jurisprudenciales imperantes. Por último, esbozaremos los argumentos que sustentarán la postura de nuestro representado en el procedimiento, enfatizando en los medios probatorios necesarios para su consecución.

4.1. Guarda y Custodia

El ejercicio de la patria potestad en los menores no emancipados se encuentra regulado en los arts.154, 156, 158, 159 y 160 del Código Civil¹, en lo adelante CC. En concreto el art.159 establece que:

“Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El Juez oirá, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años”.

En el supuesto que analizamos el primer aspecto que resulta controvertido es la petición de la actora de que se le otorgue en exclusiva la guarda y custodia de los dos hijos menores, alegando ser ella quien se dedica en mayor medida a su cuidado y ser la voluntad de los menores de continuar viviendo con su madre.

Por su parte, Don Pedro pretende que se adopte un sistema de custodia compartida, en el que los menores continúen conviviendo con sus padres, siendo ambos progenitores quienes compartan el cuidado, compañía e instrucción de sus hijos, tal y como han venido haciendo desde su nacimiento.

A continuación analizaremos los presupuestos que deben concurrir para que sea concedida la guarda y custodia compartida de los dos hijos menores, conforme lo solicita Don Pedro.

4.1.1. ¿Qué requisitos deben concurrir para la concesión de la guarda y custodia compartida si es solicitada por uno solo de los progenitores?

El régimen de guarda y custodia compartida se define según el art. 92.5 CC, como la alternancia de los progenitores en la posición de guardador o beneficiario del régimen de comunicación y

¹Real Decreto de 24 de julio de 1889, Código Civil, Boletín Oficial del Estado, 25 de julio de 1889.

estancia de los hijos. El Tribunal Supremo en su amplia labor jurisprudencial se ha encargado de establecer los requisitos necesarios para su adopción. De este modo, en su sentencia nº 257/2013² concluyó que para conceder la guarda y custodia compartida eran precisos los siguientes presupuestos:

“*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;*

- *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, sin que la mera constatación de que el régimen de guarda y custodia se adapta mejor al interés de los progenitores resulte suficiente para deducir que se adapta mejor al interés del menor, que es el que debe primar?”.*

Atendiendo a este último epígrafe, el alto pleno tiene en cuenta varios extremos a la hora de atribuir la custodia compartida, entre los que se destacan: la edad del menor, la proximidad entre los domicilios de los progenitores, la disponibilidad horaria de estos, entre otros. No debemos obviar que en todo caso lo que se pretende es que los menores inmersos en una crisis matrimonial sufran el menor perjuicio posible, por ello resulta fundamental la observancia estricta de las normas que garanticen y ponderen sus derechos.

4.1.2. *El interés superior del menor en materia de guarda y custodia compartida.*

El interés superior del menor, también denominado *favor filii* o *favor minoris*, es un principio general de Derecho, a tenor de lo establecido en el art. 1 CC, que se encuentra consagrado en los arts.39.3 y 39.4 de la Constitución Española. Constituye el criterio rector de las decisiones judiciales relativas a los menores de edad, prevaleciendo sobre los intereses de sus progenitores o cualquier otro que pudiera concurrir³.

²Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 29 de abril de 2013, _ECLI:ES:TS:2013:2246.

³Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 22 de septiembre de 2006 y sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 18 de enero de 2007 definen al principio de interés superior del menor como: “*aquella necesidad de procurar el bienestar físico y emocional de los menores y salvaguardar su interés, favoreciendo su formación y desarrollo integral*”

Aunque la legislación española no define conceptualmente este principio, podemos tomar como base los elementos señalados en el art.92 CC⁴ y la Ley de Protección Jurídica del Menor⁵, de conformidad con la Declaración de los Derechos del Niño⁶, y la Resolución del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, de 29 de mayo de 1967⁷. Sin embargo, estos preceptos y normas no definen, el “interés superior del menor” en sí, quedando en manos de la jurisprudencia el deber de concretar las pautas que delimitan esta institución, que han definido como “*aquella necesidad de procurar el bienestar físico y emocional de los menores y salvaguardar su interés, favoreciendo su formación y desarrollo integral*”.⁸

La doctrina del Tribunal Supremo en relación con la adopción y establecimiento de la modalidad de guarda y custodia compartida ha venido insistiendo en manifestar que en los procedimientos sobre adopción del régimen de guarda y custodia compartida es el interés del menor el que se ha de proteger con carácter primordial.

Así lo establecía en su sentencia n° 868/2008⁹, afirmando que:

« (...) el Código Civil contiene una cláusula abierta que obliga al juez a acordar esta modalidad siempre en interés del menor, después de los procedimientos que deben seguirse según los diferentes supuestos en que puede encontrarse la contienda judicial, una vez producida la crisis de pareja».

En igual sentido se pronunció en la sentencia n° 449/2015¹⁰, declarando que para determinar la guarda y custodia de los hijos menores:

« (...) la decisión judicial debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, y que se tendrán en cuenta criterios tales “como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales o los deseos manifestados por los menores competentes, el número de hijos, el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven».

⁴Art. 92.2: El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos y emitirá una resolución motivada en el interés superior del menor sobre esta cuestión.

⁵Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

⁶La Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1959 proclama que: “*el niño, entre otros derechos, tiene el de crecer en un ambiente de afecto y seguridad*”.

⁷La Resolución del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, de 29 de mayo de 1967, establece que “*en todos los casos el interés de los hijos debe ser la consideración primordial en los procedimientos relativos a la custodia de estos, en caso*

⁸Al respecto ver: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 12 de septiembre de 2016, ECLI:ES:TS:2016:4045.

⁹Sentencia del Tribunal Supremo Sala Primera, de lo Civil, de 8 de octubre de 2008, ECLI: ES:TS:2008:5369.

¹⁰Sentencia del Tribunal Supremo Sala Primera de lo Civil, de 15 de julio de 2015, ECLI:ES:TS:2015:3207.

Es decir, lo que el Tribunal Supremo requiere es que *«se valoren todas las circunstancias que rodean al núcleo familiar en crisis y que de la valoración de dichas circunstancias pueda concluirse que la custodia compartida es la situación más beneficiosa para los menores. El criterio que debe inspirar la valoración de esas circunstancias en cada caso concreto no es un criterio de mero reparto del tiempo de los hijos entre los padres, ni debe entenderse como una manera de premiar a un progenitor o sancionar a otro por su mejor o peor hacer en cuanto al ejercicio de la patria potestad o al ejercicio de la guarda y custodia. Únicamente debe tomarse como criterio rector de la valoración de las circunstancias el superior interés del menor, es decir, cuál es la situación de guarda más beneficiosa para el mismo»*.

Otro elemento clave para la observancia del bienestar de los menores en los procedimientos de familia, y principalmente en los que versan sobre guarda y custodia o disolución del vínculo matrimonial, es la intervención preceptiva del Ministerio Fiscal. Esta participación será obligatoria siempre que existan hijos comunes menores de edad, conforme dispone el art.749.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. De modo que en el supuesto que analizamos la intervención del fiscal resultará obligatoria, y se le dará traslado de todas las actuaciones en el trámite de contestación a la demanda.

El fiscal, en su condición de funcionario es quien debe velar única y exclusivamente por el los intereses y el bienestar de los menores involucrados en el proceso. Al ocupar la posición más objetiva y ajena a los intereses personales de las partes, el juez prestará especial atención a sus consideraciones, aunque ello no implica que las mismas tengan un carácter vinculante. Su deber en estos procedimientos será el de indagar mediante las pruebas que se realicen, qué opción de custodia resulta más beneficiosa para los menores y para su bienestar futuro.

Las ventajas que representa la adopción de un régimen de guarda y custodia compartida para los menores han sido establecidas por la jurisprudencia, así lo recoge la sentencia nº 753/2015¹¹, del Tribunal Supremo, que afirma que:

Con el sistema de custodia compartida:

- a) Se fomenta la integración de los menores con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia.*
- b) Se evita el sentimiento de pérdida.*
- c) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores.*
- d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio de los menores, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia».*

Una vez analizados los aspectos esenciales del régimen de guarda y custodia compartida así como sus ventajas, volvemos al caso concreto para determinar si, atendiendo a los argumentos

¹¹Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 30 de diciembre de 2015, ECLI:ES:TS:2015:5804.

expuestos, es posible que se atribuya la custodia en exclusiva a Doña Ana, según solicita en su demanda.

4.1.3. ¿Prosperaría la petición de la demandante con relación a la guarda y custodia de los dos hijos menores?

Para dar respuesta a este interrogante debemos recordar que la guarda y custodia compartida no debe entenderse como algo excepcional, sino que debe ser algo deseable para proteger el interés del menor, siempre que se den las circunstancias para ello.

En este supuesto, los argumentos expuestos por la demandante para oponerse a un sistema de custodia compartida no tienen entidad suficiente para privar a los menores de vivir en compañía de ambos progenitores, con las múltiples ventajas que ello supondría, por lo que entendemos que su petición no prosperaría. Si se analizan las circunstancias personales, familiares y materiales que concurren, se deduce claramente que lo más conveniente y beneficioso para el desarrollo de los menores sería otorgar la guarda y custodia compartida a ambos progenitores.

Debemos considerar que no nos encontramos ante un padre ausente, que haya desatendido el cuidado y atención de sus hijos. Ambos menores tienen estrechos vínculos afectivos con su padre y también con la familia extensa de este. Don Pedro ha demostrado jugar un rol importante en el desarrollo de sus hijos, aunque ciertamente en los últimos meses ha tenido una presencia intermitente, provocada por una grave enfermedad que aqueja a su madre.

Los horarios de trabajo de Don Pedro son compatibles con el ejercicio de la guarda y custodia compartida, además en la empresa donde trabaja tiene la opción de conciliación laboral y familiar, disponible para todos aquellos trabajadores que se rigen por este sistema. Nuestro representado ha manifestado tener un verdadero interés en participar en el cuidado de sus hijos, por lo que solicitará un cambio de su horario laboral modificándolo a una jornada reducida, para poder asumir el ejercicio de la custodia compartida de sus dos hijos.

Consideramos que, a la luz de los argumentos antes expuestos, el sistema de custodia compartida sería el más beneficioso para los menores, para el desarrollo integral de su personalidad, su formación psíquica y física, teniendo presente elementos tales como las necesidades de atención, de cariño, de alimentación, de educación, de desahogo material, sosiego y clima de equilibrio.

Se propondrá en el escrito de contestación que se lleve a cabo este sistema con una alternancia semanal, para que ambos padres continúen participando activamente en su crianza y compartan responsabilidades, situándose en una posición de igualdad de derechos y deberes y asegurando de este modo el mantenimiento del doble vínculo parental.

Por último debemos señalar que los medios probatorios que permitan esclarecer las circunstancias personales, familiares y laborales de Don Pedro serán de gran utilidad para formar un criterio sólido del órgano juzgador, que permita sostener los argumentos en favor del establecimiento del régimen de guarda y custodia compartida.

Por ello propondremos como medios probatorios a aportar al acto de la vista son los siguientes:

Audiencia del hijo menor Marco de 12 años de edad.

Documental:

- Informe Médico: Para corroborar la enfermedad de la madre de Don Pedro.
- Horarios Laborales de Don Pedro en la empresa.

Pericial: Informe Pericial Sociofamiliar Psicosocial: a realizar por los peritos adscritos al Juzgado, para que con examen de los progenitores y de los menores Marco y Sara informen sobre la mejor alternativa de custodia para los mismos.

4.2. Pensión de Alimentos.

A continuación analizaremos el segundo aspecto controvertido de la demanda interpuesta, referente a la pensión de alimentos. La actora pretende el establecimiento de una pensión de alimentos a cargo de Don Pedro por valor de 500 € (250 € por cada uno de los hijos). Dicha cantidad según señala, deberá ser abonada dentro de los 5 primeros días de cada mes y se actualizará anualmente conforme al IPC o índice que lo sustituya.

4.2.1. ¿Resultaría procedente el establecimiento de la pensión de alimentos en los términos solicitados por Doña Ana?

Debemos partir señalando que el art. 146 CC establece que “*La cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe*”, y el art.144 del propio texto legal dispone que “*Cuando recaiga sobre dos o más personas la obligación de dar alimentos, se repartirá entre ellas el pago de la pensión en cantidad proporcional a su caudal respectivo*”.

En el supuesto que nos ocupa, en el que como hemos expuesto anteriormente abogamos por el establecimiento de un régimen de guarda y custodia compartida, debemos tener en consideración tanto las necesidades de los hijos menores, como la capacidad económica de ambos progenitores a la hora de fijar la pensión de alimentos.

Doña Ana trabaja con un contrato indefinido en su empresa, percibiendo 902 € mensuales, pues desde el nacimiento de la hija menor solicitó, (por decisión propia) la reducción de jornada laboral, disminuyendo así su salario. Pero dadas las circunstancias es oportuno señalar que la demandante podría percibir un salario superior si decidiera volver a trabajar en jornada completa. A su vez, es propietaria de pleno derecho de una vivienda con carácter privativo en la que actualmente reside su madre, quien se encarga de pagar el préstamo hipotecario que pesa sobre el inmueble. Conocemos, a mayores, que la madre de la demandante ingresa una suma mensual de 400 € a su hija (a modo de pago de la renta) por permanecer en esa vivienda.

Por su parte Don Pedro trabaja en la empresa Renault, donde percibe unos ingresos en torno a los 2404 € mensuales. Sin embargo, para poder hacer frente a la custodia compartida que pretende solicitar, ha requerido la reducción de jornada laboral, lo que se verá reflejado en la disminución de sus ingresos mensuales. En 2016 adquirió en virtud de Escritura Pública de Compraventa la vivienda en la que actualmente se encuentran, sin embargo asumen en exclusiva los gastos de alquiler del apartamento que ha debido rentar tras el deterioro de las relaciones conyugales.

Si bien el Tribunal Supremo en sus sentencias nº 30/2019 y nº 348/2018¹², reitera que la custodia compartida no excluye la fijación de alimentos cuando existe gran disparidad en los ingresos de los progenitores, podemos afirmar que del análisis de las circunstancias económicas existentes en este supuesto se deduce la inexistencia de esta disparidad. Por ello, partiendo de la base de que ambos progenitores poseen ingresos similares o asimilables y considerando que se establezca el régimen de custodia compartida, entendemos que lo más acertado sería que ambos padres asuman los gastos de alimentos en que incurran los menores en el período en el que se encuentre a su cargo, sin que se fije una pensión alimenticia a cargo de uno de ellos.

En esta materia, se pronuncia la Audiencia Provincial de Valencia en su sentencia nº 68/2018¹³, que señala en su fundamento de derecho segundo que:

¹² Al respecto: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 17 de junio de 2019, ECLI: ES:TS:2019:50 y Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 7 de junio de 2018, ECLI: ES:TS:2018:2102.

¹³Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10ª, de 1 de febrero de 2018, ECLI:ES:APV 2018:964.

” (...) en el supuesto de custodia compartida, como es el analizado, usualmente se acuerda que cada uno proporcione los alimentos al hijo cuando con él conviva, sin fijar pensión alimenticia a cargo de uno de ellos, salvo circunstancias que así lo aconsejen, pues procede que cada uno alimente a los hijos cuando los tenga consigo y se haga cargo de los demás gastos, tanto ordinarios de colegio y ropa, así como los extraordinarios por mitad. Pero, habida cuenta que la pensión alimenticia de los hijos se fundamenta en el criterio de la necesidad, debe atenderse tanto a las efectivas necesidades de los mismos como a los medios económicos de que disponen los obligados, conforme a los preceptos citados 154 y 93 del CC, y por tanto, también en este caso, deben acomodarse las prestaciones de cada progenitor a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento”.

Al propio tiempo, y con respecto a los gastos ordinarios de los menores, entre los que se encuentran los gastos escolares (colegios, libros, material escolar, guardería, entre otros) consideramos deberán ser abonados igualmente por mitad entre ambos progenitores. En este extremo conviene señalar que Don Pedro ha asumido sin interrupción alguna el pago de la guardería de la menor Sara y de la actividad deportiva a la que asiste su hijo Marco, así como el sostenimiento de las cargas familiares y de mantenimiento del hogar. En igual sentido nos pronunciamos con respecto a los gastos extraordinarios, que deberán ser asumidos por mitad entre ambos progenitores.

Por último, los medios probatorios que servirán para acreditar los extremos señalados son los siguientes:

-Interrogatorio de la demandante Doña Ana: Para que esclarezca sobre los ingresos que percibe de su madre en concepto de pago de alquiler del inmueble de su propiedad.

Documental:

- Escritura Pública que acredite titularidad del inmueble de la demandante.
- Que se requiera a la demandante a fin de que aporte certificado bancario donde consten las cuotas mensuales abonadas y su importe o bien el importe del capital amortizado e intereses abonados del préstamo hipotecario que pesa sobre la vivienda de su propiedad.
- Nóminas correspondientes a los últimos dos años de trabajo de Doña Ana.
- Que se requiera a la demandante a fin de que aporte su certificado de vida laboral.
- Nóminas correspondientes a los últimos dos años de trabajo de Don Pedro.
- Solicitud de reducción de jornada laboral interesada por Don Pedro.
- Justificante de pago contribución a las cargas familiares.
- Justificante de pago de la guardería de la hija menor Sara.
- Justificante de abono de la actividad deportiva del menor Marco.

4.3. Atribución del derecho de uso y disfrute del domicilio familiar

El otorgamiento de la vivienda familiar es una de las cuestiones más controvertidas tras una ruptura matrimonial al ser uno de los objetos principales a resolver en las decisiones judiciales que versan sobre guarda y custodia compartida. Como señala GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, constituye “*el lugar clave y necesario para el mantenimiento familiar y de la prole, donde todos los integrantes, y en especial los menores, deben alcanzar su plenitud como personas*”¹⁴.

Dicho esto, el domicilio familiar está íntimamente ligado al interés del menor y a la estabilidad que se trata de ofrecer al mismo tras la ruptura del vínculo matrimonial. La atribución del derecho a su uso y disfrute se contempla en el art.96 CC¹⁵. Se configura como un derecho de uso personal, asistencial, temporal¹⁶, provisional y nunca vitalicio, que resulta fundamental para hacer efectivo el sistema de custodia, siempre en interés del menor¹⁷.

En el caso que nos ocupa Doña Ana, ha solicitado el uso y disfrute del domicilio familiar en exclusiva, argumentando ser el interés más necesitado de protección. De forma subsidiaria, si se acordase la custodia compartida, la actora ha solicitado que los menores sigan en la vivienda familiar, bajo el sistema de “*casa nido*”.

En cambio, Don Pedro pretende obtener la custodia compartida de sus dos hijos y poder residir con ellos, las semanas en que le corresponda la custodia de los mismos, en la vivienda de su propiedad.

¹⁴GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., “La vivienda familiar en caso de Custodia Compartida. Sus implicaciones en el derecho de cosas”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 736, marzo 2013, pág 1133.

¹⁵ El art.96 del Código Civil, modificado, con efectos de 3 de septiembre de 2021, por el art. 2.11 de la Ley 8/2021, de 2 de junio, establece que:

“*En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden*”

Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente.

No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.

Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial”.

¹⁶Más ampliamente: COSTAS RODAL, L., “Limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar y custodia compartida en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 11, 2016, pp. 167-176.

¹⁷Todo ello en observancia de lo establecido en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de Protección Jurídica del Menor, esta normativa desarrolla y refuerza el derecho del menor a que su interés superior sea prioritario, teniendo en cuenta:

- a) que este interés no restrinja o limite más derechos que los que ampara y
- b) que las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados, primando, en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, el interés superior del menor sobre cualquier otro que pudiera concurrir.

4.3.1. *¿Prosperaría la solicitud de atribución del uso y disfrute del domicilio en exclusiva en favor de la demandante?*

Para analizar la primera de las opciones, conviene traer a colación la sentencia nº 1463/2012, de 5 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Valladolid, que ha señalado que:

«La asignación del uso exclusivo de la vivienda familiar a uno solo de los cónyuges, no procederá cuando no exista un interés especialmente necesitado de proteger apreciando las circunstancias económicas de cada núcleo familiar, de modo que se propicie el reparto del bien entre los cónyuges para que soporten igualitariamente las consecuencias patrimoniales de la crisis matrimonial (...).»¹⁸

En este caso, el domicilio familiar, (en el que han venido residiendo Doña Ana con los dos menores) es propiedad de Don Pedro, quien, dada la insostenibilidad de la convivencia, se ha visto forzado a alquilar un apartamento asumiendo en exclusiva tanto los gastos de dicho alquiler, como los hipotecarios y de sostenimiento de su vivienda privativa.

Doña Ana, por su parte, es también propietaria, en exclusiva, de una vivienda en Valladolid, en la que actualmente reside su madre, quien, como afirmamos anteriormente, se encarga de pagar la hipoteca de su hija y a mayores la suma de 400 euros mensuales por su permanencia en la vivienda.

A la luz de los argumentos hasta aquí expuestos consideramos que la petición de la actora no prosperará, pues no es apreciable el interés especialmente necesitado de protección al que hace alusión en su escrito inicial de demanda, y a su vez posee medios propios suficientes para su sostenimiento.

Todos estos extremos que concretan las circunstancias económicas del núcleo familiar a apreciar por el Tribunal conviene acreditarlas fehacientemente. Por ello, los medios probatorios que se propondrá aportar al acto de la vista, además de los anteriormente señalados, son los siguientes:

Documental:

- Escritura de Compraventa de la vivienda titularidad de Don Pedro.
- Cuadro de amortización del Préstamo Hipotecario y Justificante de Pago de la última cuota, y recibos del pago del IBI.
- Recibos del pago de la luz y gas del apartamento en alquiler.
- Contrato de Arrendamiento suscrito y justificantes de pago de la renta mensual.

¹⁸Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 1ª, de 5 de noviembre de 2012, ECLI:ES:APVA:2012:1463.

4.3.2. *¿Resultaría más beneficioso el establecimiento de la modalidad de “casa nido” de acordarse la guarda y custodia compartida?*

La segunda posibilidad solicitada por la demandante se refiere al establecimiento de la modalidad de “casa nido” en caso de establecerse la guarda y custodia compartida. Según este sistema son los menores los que permanecen en la vivienda habitual, lo que sin duda les ofrece mayor estabilidad, ya que continuarían viviendo en la misma casa, estudiando y jugando en sus mismas habitaciones por lo que no supone cambios drásticos en sus costumbres.

El Tribunal Supremo ha venido reiterando que no existe una regulación específica con respecto a la atribución del derecho de uso del domicilio familiar en supuestos de guarda y custodia compartida, (régimen que pretendemos se declare una vez disuelto en vínculo matrimonial).

Al respecto se pronuncia en la sentencia nº 288/2017, de 12 de mayo de 2017¹⁹, que a su vez recoge la doctrina de la sentencia nº 215/2016, de 6 de abril de 2016²⁰ del alto pleno, al señalar que:

«La sala, ante tal vacío en materia de atribución de la vivienda familiar, al no encontrarse los hijos en compañía de uno solo de los progenitores sino de los dos, ha entendido que debe aplicarse analógicamente el párrafo segundo del art. 96 CC, que regula el supuesto en que existiendo varios hijos unos quedan bajo la custodia de un progenitor y otros bajo la custodia de otro remitiendo al juez a resolver lo procedente. 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 dos padres».

Sin embargo, dadas las circunstancias concretas, consideramos que no sería recomendable su adopción, puesto que esta modalidad tiende a generar problemáticas no sólo entre los cónyuges sino también en el caso de que uno de ellos decida rehacer su vida con una tercera persona. Además implicaría que ambos cónyuges tengan un domicilio distinto del habitual, lo que para Don Pedro resultaría especialmente gravoso, al ser el propietario del domicilio familiar y encontrarse pagando en exclusiva el alquiler de un apartamento. No debemos obviar que Doña Ana es también titular de otro inmueble que se encuentra muy cerca de la vivienda familiar, por lo que entendemos que las soluciones a adoptar deben tener en cuenta estos extremos.

¹⁹Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 12 de mayo de 2017, ECLI:ES:TS:2017:1790.

²⁰Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 6 de abril de 2016, ECLI:ES:TS:2016:1424.

4.3.3. *¿Qué argumentos podemos emplear para sostener la petición de Don Pedro?*

Actualmente, como hemos señalado anteriormente, los tribunales se inclinan mayoritariamente a favor de la guarda y custodia compartida, siempre que el interés superior de los menores así lo aconseje. Consideramos que en este caso la modalidad más acertada a establecer conociendo que los progenitores poseen domicilio fijo cada uno y que además no se encuentran emplazados bastante cerca el uno del otro, es que sean los menores los que se trasladen a cada domicilio por períodos semanales.

Al respecto se ha pronunciado el Tribunal Supremo, en su sentencia nº 193/2013²¹ dejando claro que:

«(...) existe un interés sin duda más prevalente que es el de los menores a una vivienda adecuada a sus necesidades, que conforme a la regla dispuesta en el art. 96 CC, se identifica con la que fue vivienda familiar hasta la ruptura del matrimonio. Teniendo en cuenta tales factores o elementos a ponderar esta sala, al acordar la custodia compartida, está estableciendo que la menor ya no residirá habitualmente en el domicilio de la madre, sino que con periodicidad semanal habitará en el domicilio de cada uno de los progenitores no existiendo ya una residencia familiar, sino dos, por lo que ya no se podrá hacer adscripción de la vivienda familiar, indefinida, a la menor y al padre o madre que con el conviva, pues ya la residencia no es única...».

Esta modalidad, también conocida como “niño maleta”, es la que más pronunciamientos tiene a su favor actualmente en la jurisprudencia²². Será aplicable siempre que los domicilios de ambos progenitores se encuentren en el mismo entorno en el que residían los menores antes de la separación, lo que efectivamente se cumple en este supuesto, al residir ambos progenitores en Valladolid.

A su vez resulta recomendable que los traslados se realicen, de ser posible, por períodos largos a fin de evitar que los menores sufran cambios muy continuados que puedan afectar a su estabilidad, especialmente si se trata de menores de corta edad. Por tal motivo lo que se pretende solicitar en nuestra contestación a la demanda es que los traslados de los menores se realicen semanalmente, siendo favorables a este régimen los pronunciamientos del Tribunal Supremo expuestos en sus sentencias nº 215/2016²³ y nº 183/2017²⁴.

Por ello, a la luz de los argumentos antes expuestos, consideramos que el uso del domicilio familiar debe ser atribuido en favor de su titular, Don Pedro. Entenderlo de otro modo solo

²¹Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 15 de marzo de 2013, ECLI:ES:TS:2013:1021.

²²RAMÓN FERNÁNDEZ, F, “La extinción del derecho de uso de la vivienda familiar: Nuevas perspectivas” *Revista. Boliv. de Derecho*, núm 30, julio 2020, pp. 100-121.

²³Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 6 de abril de 2016, ECLI: ES:TS:2016:1424.

²⁴Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 14 de marzo de 2017, ECLI:ES:TS:2017:973.

generaría una situación agravante del propio patrimonio de nuestro cliente, si consideramos a su vez la titularidad del inmueble que detenta la actora. Estos extremos se han de reflejar en el escrito de contestación a la demanda, interesando a su vez que Doña Ana abandone el inmueble propiedad de nuestro representado a la mayor brevedad posible.

4.4. Análisis de la procedencia de la pensión compensatoria y la compensación como contribución a las cargas del matrimonio en el caso concreto.

Otro de los aspectos controvertidos planteados en este asunto es la solicitud por parte de la actora de una pensión compensatoria ascendente a 200 euros mensuales, durante dos años y una compensación de 6770.76 euros. como contribución a las cargas del matrimonio. Procederemos a analizar, basándonos en la doctrina, la jurisprudencia y atendiendo a las circunstancias concretas del presente caso, si existen o no posibilidades de que prospere la petición de Doña Ana.

4.4.1. ¿Cabe la posibilidad de que se reconozca el derecho a la pensión compensatoria que requiere la demandante?

La pensión compensatoria que regula el art. 97 CC se sustenta en el principio de solidaridad familiar que nace entre los cónyuges una vez contraído el matrimonio y subsiste durante toda la unión nupcial. Su naturaleza jurídica ha sido objeto de debate doctrinal y jurisprudencial lo que ha permitido determinar su esencia.

Ha quedando descartado su posible carácter indemnizatorio, pues esta atribución compensatoria está fuera del ámbito del incumplimiento de las obligaciones en el que se mueve la indemnización²⁵. Tampoco ha de considerarse que posea una naturaleza alimenticia, pues su reconocimiento no depende de la necesidad de uno de los cónyuges, sino del desequilibrio económico que se produce como consecuencia de la ruptura matrimonial. En consecuencia, la pensión compensatoria no se erige como un mecanismo para reequilibrar patrimonios o como garantía vitalicia de sostenimiento para uno de los cónyuges.

Actualmente la doctrina coincide en que la pensión compensatoria, como su nombre lo indica, tiene un carácter compensatorio, puesto que persigue contrarrestar la pérdida de nivel de vida de un cónyuge cuando se pone fin al matrimonio. Su función, como ha venido señalando el Tribunal Supremo, es la de:

²⁵ VARELA GIL, C., “El incumplimiento de los deberes conyugales y la pensión compensatoria” Revista para el Análisis del Derecho InDret, núm.1, enero 2022, pp 89-101.

« (...) compensar razonablemente el desequilibrio que la separación o el divorcio producen en uno de los cónyuges tras la ruptura y la de colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas respecto de las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial».²⁶

En definitiva, con ella se trata de evitar que el perjuicio que puede producir la convivencia recaiga exclusivamente sobre uno de los cónyuges²⁷.

Vale resaltar que este desequilibrio debe apreciarse al momento en que se produce el divorcio o la separación, pero en todo caso ha de tenerse en consideración el momento en que se produce la ruptura de la convivencia. Es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo al respecto, en este sentido se pronuncia en la sentencia nº 2879/2013, siendo a su vez doctrina confirmada en la sentencia nº 120/2018, que señalan que: «El momento a tener en cuenta para apreciar y determinar la existencia de desequilibrio es efectivamente el de la ruptura de la convivencia».²⁸

En el supuesto que nos ocupa, para que prospere la petición de Doña Ana, resulta necesario que se produzca ese desequilibrio económico al que venimos haciendo referencia. Sin embargo, considerando que ambos litigantes tienen su trabajo, sus propios ingresos, los cuales son acordes con su formación profesional, y atendiendo además a que Doña Ana no ha perdido expectativas laborales ya que ha trabajado siempre como auxiliar administrativo, entendemos que no prosperaría su petición de pensión compensatoria.

Por demás resulta evidente que el matrimonio no ha incidido en la cualificación profesional de la actora, ni en sus posibilidades de acceder a un puesto de trabajo, por lo que el hecho del divorcio no produciría ningún desequilibrio económico. Al respecto traemos a colación el criterio del Tribunal Supremo en su sentencia nº 96/2019, que recuerda que «la pensión compensatoria no es un mecanismo igualador de las economías dispares de los cónyuges».²⁹

Sin embargo estos extremos convendrán acreditarlos una vez abierta la Fase Probatoria, lo que permitirá reforzar la posición de Don Pedro. Por lo que recomendamos (además de las pruebas anteriormente solicitadas) que se propongan las siguientes:

²⁶Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 5 de noviembre de 2008, ECLI:ES:TS:2008:5805 y Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 23 de enero de 2012, ECLI:ES:TS:2012:234.

²⁷Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de enero de 2010, ECLI:ES:TS:2010:327, señala que: « (...) debemos valorar lo que ha ocurrido durante la vida matrimonial y básicamente, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge; el régimen de bienes a que han estado sujetos e incluso, su situación anterior al matrimonio para poder determinar si éste ha producido un desequilibrio que genere posibilidades de compensación».

²⁸Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 7 de marzo de 2018, ECLI:ES:TS:2018:675.

²⁹Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 14 de febrero de 2019, ECLI:ES:TS:2019:2949.

Documental

- Que se requiera a la demandante a fin de que aporte las declaraciones del IRPF correspondientes a los ejercicios 2018-2021.
- Al propio tiempo la representación legal de Don Pedro aportará su Declaración del IRPF.

4.4.2. *¿Resultaría procedente la solicitud de una pensión por contribución a las cargas matrimoniales en favor de Doña Ana?*

Por último corresponde valorar si resultaría viable la petición de la demandante con respecto a la compensación por contribución a las cargas del matrimonio, que se prevé en el art.1438 CC³⁰. Debemos recordar que Doña Ana, en su demanda, solicita la cantidad de 6770.76 euros como compensación, que fundamenta en el exceso de contribución a las cargas matrimoniales que ha venido realizando mediante el trabajo doméstico³¹, en relación con la aportación que ha realizado Don Pedro.

La razón de ser de esta compensación es precisamente la de cubrir la posición de desprotección -económica y patrimonial- en que puede quedar un cónyuge tras el divorcio, estando casados en separación de bienes, cuando se ha dedicado a las tareas del hogar y el cuidado de la familia; frente a los matrimonios casados en régimen de gananciales y/o participación, en los que el citado cónyuge ve compensado ese trabajo y dedicación con su participación en la liquidación de gananciales o en la partición en las ganancias del otro cónyuge, habidas durante la convivencia matrimonial.

En la aplicación del referido precepto la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha ido evolucionando. Así la primera sentencia que concede esta compensación: es la nº 534/2011³², que se encarga de fijar las reglas que se deben concurrir para tener derecho a la misma:

- *«la obligación de ambos cónyuges de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio.*
- *puede contribuirse con el trabajo doméstico.*
- *el trabajo para la casa no solo es una forma de contribución, sino que constituye también un título para obtener una compensación en el momento de la finalización del régimen».*

³⁰ Art. 1438: “Los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos. El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación”.

³¹ El trabajo para la casa se considera una contribución al sostenimiento de las cargas del matrimonio conforme a dicho precepto (arts. 1318 y 1362 CC)

³² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 14 de julio de 2011, ECLI: ES:TS:2017:977.

También establece como doctrina jurisprudencial que: *«El derecho a obtener la compensación por haber contribuido uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio con trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes requiere que, habiéndose pactado este régimen, se haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa. Se excluye, por tanto, que sea necesario para obtener la compensación que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge».*

El segundo paso se da en la sentencia del Tribunal Supremo nº 135/2015³³, que se encarga de añadir una premisa más a valorar, consistente en que

« (...) el trabajo para la casa debe ser exclusivo, pero no excluyente, es decir no procede conceder esa compensación, si quien la reclama, compatibiliza ese trabajo en la casa con un trabajo fuera del hogar, sea a tiempo parcial o jornada completa. Pero se tiene derecho a la misma si esa dedicación exclusiva se compatibiliza con la ayuda ocasional del otro cónyuge o de tercera persona».

El tercer paso se da en la sentencia nº 253/2017³⁴, del propio Tribunal, que viene a establecer un giro importante en el criterio del carácter excluyente de la dedicación a las tareas del hogar toda vez que, en el caso enjuiciado en dicha sentencia, se probó que la esposa, que realizaba la mayoría de las tareas domésticas, compatibilizó esa actividad, en régimen de autónoma, con un salario moderado (600 € mensuales), con el trabajo que realizaba en un negocio de su suegra, lo que le privaba de indemnización por despido.

Por lo que fija el criterio de *«la colaboración en actividades profesionales o negocios familiares, en condiciones laborales precarias»*, como es el caso, puede considerarse como trabajo para la casa que da derecho a una compensación, mediante una interpretación de la expresión "trabajo para la casa" contenida en el art.1438 CC, dado que con dicho trabajo se atiende principalmente al sostenimiento de las cargas del matrimonio de forma similar al trabajo en el hogar.

En el presente caso, los litigantes se casaron en régimen de gananciales, si bien en el año 2016, otorgaron capitulaciones matrimoniales y estipularon un régimen de separación de bienes. La dedicación de ambos cónyuges a la familia ha sido la misma, su vínculo conyugal no ha implicado para la demandante la pérdida de derechos u oportunidades laborales que tengan que ser compensadas al momento del divorcio. A lo largo de los años de duración de la convivencia, ambos esposos han desempeñado una actividad laboral fuera del domicilio conyugal y ambos al contribuido de igual forma al trabajo doméstico y al cuidado de los menores.

³³Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 26 de marzo de 2015, ECLI:ES:TS:2015:1490.

³⁴Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 26 de abril de 2017, ECLI: ES:TS:2017:1644.

Es importante destacar que la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, en su sentencia n° 658/2019³⁵, señala que:

«la compensación del artículo 1438 del Código Civil no se establece en consideración a la dedicación futura a la familia, ni a la situación de desequilibrio, sino solo en función de la pasada dedicación a la familia, vigente el régimen económico de separación y hasta la extinción del mismo».

Entendemos que en el presente supuesto no ha existido un exceso de trabajo doméstico por parte de la demandante que genere el derecho a una posible compensación económica del art. 1438 CC, por los siguientes motivos:

- Ambos cónyuges ha participado en la organización de la vida familiar y el cuidado de los hijos.
- Ambos participaban en los gastos familiares en proporción a sus trabajos e ingresos.
- Ambos han teniendo y tienen su actividad laboral y sus propios ingresos.
- No se ha probado una dedicación exclusiva o en mayor grado de Doña Ana en la atención a la familia, ésta ha trabajado fuera de casa como auxiliar administrativo en una empresa y no consta que hubiera perdido expectativas laborales por tener que atender a la familia.

Por todo lo expuesto no puede reconocerse la compensación a la demandante dado que no realizó únicamente trabajos para la casa, ella ha estado trabajando siempre constante el matrimonio, teniendo sus propios ingresos y estando siempre dada de alta en la Seguridad Social, no dándose la exclusividad que exige la jurisprudencia, para el derecho a la indemnización por compensación de cargas familiares.

Por último, para acreditar todos estos extremos servirán las pruebas anteriormente señaladas con relación, a las nóminas, certificado de vida laboral e interrogatorio de la demandante.

4.5. *¿Cuál es el cauce procesal a seguir en este procedimiento de divorcio contencioso?*

A continuación abordaremos brevemente los principales aspectos procesales del divorcio contencioso, con la finalidad de orientar a nuestro cliente en relación al procedimiento en que nos encontramos inmersos. Este procedimiento encuentra su regulación en el art. 770 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En primer orden, la demanda de divorcio que se ejercita según los arts 86 y 81.2 CC, se sustancia por los trámites del Juicio Verbal regulado en los arts. 437 al 447 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo competente en el supuesto analizado el Juzgado de Primera Instancia del domicilio

³⁵Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 11 de diciembre de 2019, ECLI: ES:TS:2019:4080.

conyugal, según señala el art.769 de la propia normativa. En este caso el escrito de demanda se presentó ante el Juzgado de Primera Instancia de Valladolid, siendo este el órgano que ostenta la competencia, objetiva, territorial y funcional en la materia. La legitimación corresponderá a ambos cónyuges.

La demanda de divorcio debe contener las pretensiones de la demandante en lo relativo a la custodia de los hijos, el uso y disfrute del domicilio familiar, la pensión compensatoria o cualquier otra cuestión que pueda resultar necesario regular. Al propio tiempo debe acompañarse de la certificación de la inscripción del matrimonio, la inscripción de nacimiento de los hijos menores así como los documentos en que el cónyuge funde su derecho. En el presente supuesto la demanda contenía todos los elementos necesarios por lo que fue admitida a trámite.

Una vez presentada la demanda, se le dará traslado al demandado para que la conteste por escrito, si a su derecho conviniera, en un plazo de 20 días hábiles. En este escrito también se han de acompañar los documentos que en favor del demandado y sus pretensiones se puedan aportar.

La intervención del Ministerio Fiscal al existir hijos menores, resultará preceptiva y obligatoria, conforme hemos expuesto con anterioridad. Por tal razón se dará traslado al fiscal de todas las actuaciones obrantes en el procedimiento, quien será el principal garante del interés superior de los hijos menores. Todo ello según se ha establecido en el art. 749.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

No podemos obviar que este procedimiento se caracteriza por la oralidad. En consecuencia al acto de la vista deberán concurrir las partes (los interesados) por sí mismas, con apercibimiento de que su incomparecencia sin causa justificada podrá determinar que se consideren admitidos los hechos alegados por la parte que comparezca para fundamentar sus peticiones sobre medidas definitivas de carácter patrimonial.

A su vez será obligatoria la presencia de los abogados respectivos y procuradores. En esta audiencia pública las partes deberán ratificar o rectificar sus pretensiones. También en esta audiencia se practicarán las pruebas propuestas por ambas partes para acreditar lo que a su derecho conviene, las mismas se practicarán en el acto de la vista. Las que no puedan practicarse, lo harán dentro del plazo que el Tribunal señale, que no podrá exceder de 30 días.

Un aspecto a destacar en este procedimiento es la posibilidad que le asiste a las partes, de común acuerdo, de solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el artículo 19.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para someterse a mediación. También podrán solicitar la

transformación del procedimiento contencioso de divorcio a un procedimiento de mutuo acuerdo. Esta solicitud se podrá realizar en cualquier momento del procedimiento, para lo cual deberán presentar en el Juzgado, obligatoriamente, un convenio regulador suscrito por ambas partes.

En caso de que no se pueda arribar a acuerdo entre las partes, una vez realizada la vista y cumplimentados todos los pasos necesarios, el juez dictará sentencia decretando la disolución del vínculo matrimonial existente y estableciendo las condiciones que regirán las relaciones familiares en lo adelante.

5. CONCLUSIONES

Del estudio del supuesto planteado hemos podido arribar a las siguientes conclusiones

PRIMERA: Para establecer el sistema de guarda y custodia por el que se regirán los progenitores una vez disuelto el vínculo matrimonial, se tendrán en cuenta todas las circunstancias y presupuestos que rodean al núcleo familiar en crisis, protegiendo con carácter primordial el interés de los hijos menores.

SEGUNDA: Existen varias modalidades de custodia, sin embargo se han podido comprobar las innumerables ventajas de la guarda y custodia compartida, debiendo considerarse no como algo excepcional sino como lo deseable para el bienestar físico y emocional de los menores, así como para su desarrollo integral.

TERCERA: Para fijar la pensión de alimentos debemos tener en consideración tanto las necesidades de los hijos menores, como la capacidad económica los progenitores. El establecimiento de la custodia compartida no excluye la fijación de alimentos siempre que exista disparidad evidente en los ingresos de los progenitores. En caso de ingresos económicos similares ambos progenitores pueden asumir los gastos de los hijos durante el período en que estén bajo su cuidado sin que se fije una pensión de alimentos a cargo de uno de ellos.

CUARTA: El domicilio familiar está íntimamente ligado al interés del menor y a la estabilidad que se trata de ofrecer al mismo tras la ruptura del vínculo matrimonial. La asignación del uso exclusivo de la vivienda familiar a uno solo de los cónyuges, no procederá cuando no exista un interés especialmente necesitado de proteger.

QUINTA: La pensión compensatoria prevista en el art. 97 CC tiene la finalidad de colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas respecto de las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial. Sin embargo no procederá el reconocimiento de la misma si no se aprecia la existencia efectiva de un desequilibrio generado por el divorcio.

SEXTA: La pensión por contribución a las cargas matrimoniales pretende cubrir la posición de desprotección -económica y patrimonial- en que queda un cónyuge tras el divorcio, estando casados en separación de bienes, cuando se ha dedicado a las tareas del hogar y el cuidado de la familia. No se establece en consideración a la dedicación futura a la familia, ni a la situación de desequilibrio que la ruptura puede generar. Para su concesión resulta indispensable que se pruebe la dedicación exclusiva pero no excluyente al trabajo en el hogar, extremos estos que en el caso concreto no fueron acreditados.

El presente dictamen contiene el parecer de esta futura letrada, que somete a criterio mejor fundado en Derecho.



Fdo. Dayana Pérez Peñalver

6. BIBLIOGRAFÍA

- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., “La vivienda familiar en caso de Custodia Compartida. Sus implicaciones en el derecho de cosas”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 736, marzo 2013, pág 1133.
- COSTAS RODAL, L., “Limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar y custodia compartida en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 11, 2016, pp. 167-176.
- RAMÓN FERNÁNDEZ, F., “La extinción del derecho de uso de la vivienda familiar: Nuevas perspectivas” *Revista. Bolin. de Derecho*, núm 30, julio 2020, pp. 100-121.
- VARELA GIL, C., “El incumplimiento de los deberes conyugales y la pensión compensatoria”. *Revista para el Análisis del Derecho- InDret*, núm 1, enero 2022, pp 89-101.

WEBGRAFÍA

- <http://www.boe.es/>
- <http://laleydigital.ess.ponton.uva.es/>
- <http://www.poderjudicial.es/>

JURISPRUDENCIA

- Sentencia del Tribunal Supremo Sala Primera de lo Civil, de 8 de octubre de 2008, ECLI:ES:TS:2008:5369.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 5 de noviembre de 2008, ECLI:ES:TS:2008:5805.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 19 de enero de 2010, ECLI:ES:TS:2010:327.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 14 de julio de 2011, ECLI:ES:TS:2017:977.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 23 de enero de 2012, ECLI:ES:TS:2012:234.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 15 de marzo de 2013, ECLI:ES:TS:2013:1021.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 29 de abril de 2013, ECLI:ES:TS:2013:2246.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 24 de octubre de 2014, ECLI:ES:TS:2014:4249.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 26 de marzo de 2015, ECLI:ES:TS:2015:1490.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala Primera de lo Civil, de 15 de julio de 2015, ECLI:ES:TS:2015:3207.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 30 de diciembre de 2015, ECLI:ES:TS:2015:5804.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 6 de abril de 2016, ECLI:ES:TS:2016:1424.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 12 de septiembre de 2016, ECLI:ES:TS:2016:4045.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 14 de marzo de 2017, ECLI:ES:TS:2017:973.

- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 26 de abril de 2017, ECLI:ES:TS:2017:1644.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 12 de mayo de 2017, ECLI:ES:TS:2017:1790.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 7 de marzo de 2018, ECLI:ES:TS:2018:675.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 7 de junio de 2018, ECLI:ES:TS:2018:2102
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 14 de febrero de 2019, ECLI:ES:TS:2019:2949.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 17 de junio de 2019, ECLI:ES:TS:2019:50
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 11 de diciembre de 2019, ECLI: ES:TS:2019:4080.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 1ª, de 5 de noviembre de 2012, ECLI:ES:APVA:2012:1463.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10ª, de 1 de febrero de 2018, ECLI:ES:APV 2018:964.