

ESQUEMAS DE DERECHO DE FAMILIA

BLOQUE III: EFECTOS COMUNES NULIDAD SEPARACION Y DIVORCIO. EL CONVENIO REGULADOR

**(MATERIAL DIDÁCTICO PARA ALUMNOS DEL GRADO EN DERECHO Y DEL DOBLE GRADO DERECHO
Y A.D.E.)**

JOSÉ MANUEL RUIZ-RICO RUIZ
Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Málaga.

JOSÉ MANUEL MARTIN FUSTER
Doctor en Derecho. Profesor de la Universidad de Málaga

ACTUALIZADO A OCTUBRE DE 2021
INCLUYE LA REFORMA DEL CODIGO CIVIL POR LEY 8/2021

I. EFECTOS COMUNES. CONSIDERACIONES GENERALES.

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

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

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

Quizás habría que plantearse extender algunas de ellas a estos supuestos, en especial, el posible derecho a una pensión compensatoria más allá de la muerte del cónyuge obligado, lo cual está previsto en el artículo 101.II CC, para los supuestos de separación o divorcio, pero no para los casos de muerte, dado que podría existir una separación de hecho previa, y no habría tampoco derecho hereditario de ningún tipo que pudiera cubrir posibles desequilibrios, ni legítima ni derecho de suceder intestadamente: vid. arts. 834 y 945 CC).

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

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

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

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

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

II. MEDIDAS PROVISIONALÍSIMAS Y PROVISIONALES

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

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

Estos efectos automáticos son relevantes en el divorcio unilateral ante el juez, y quizás también en el divorcio consensual ante el Secretario judicial (Letrado de la A. de Justicia). Difícilmente son aplicables en el divorcio notarial (aunque tampoco se puede descartar, por analogía, en caso de que haya habido separación temporal entre el inicio de las gestiones ante el Notario y la firma final de la Escritura de Convenio regulador: véase el caso del art. 90.2.III: terminación de expediente si el Notario considera que alguno de los acuerdos propuestos pudieran ser dañosos a los hijos o a uno de los cónyuges).

b) Medidas provisionalísimas: El art. 104 CC regula la posibilidad de solicitar medidas provisionalísimas, previo a la interposición de la demanda de divorcio, y remite a las medidas provisionales del art. 103 CC. Son o pueden ser las mismas de este artículo. Su eficacia es muy limitada: tiene que interponerse demanda en el plazo de 30 días, para que puedan subsistir más allá de ese momento; si no, decaen en su eficacia. A partir de la admisión, el Juez tiene que adoptar las medidas provisionales del art. 103 CC. No obstante, si en esa fase hubiera habido un acuerdo entre las partes, no puede descartarse la posibilidad de pervivencia de dicho acuerdo, más allá de los 30 días, en aquello que no estuviera condicionado a la presentación de la demanda de separación o divorcio.

c) Medidas provisionales:

- Responden a la necesidad de regular la fase que va desde la demanda hasta la sentencia firme.

- Posibilidad de que sean fruto de un acuerdo (incluso aunque la separación o el divorcio sean unilaterales).

- Necesidad de aprobación judicial.

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

- Contenido de las medidas provisionales:

a) Medidas en relación a los hijos (puede asignarse la guarda a terceros o una institución) y derecho de relación o visita. Se incluyen medidas sobre sustracción de menores.

b) Medidas sobre la vivienda familiar

c) Medidas sobre contribución a las cargas del matrimonio

d) Medidas relativas a los bienes: en principio, el REM sigue subsistiendo, y se trata de medidas concretas de modificación

del mismo durante la vigencia de las medidas.

III. CONVENIO REGULADOR.

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

-Sobre su naturaleza jurídica: no se puede negar que tiene un cierto carácter de acuerdo transaccional, que evita el conflicto ya existente entre las partes sobre todas las posibles medidas y efectos de la separación y el divorcio. Lo cual puede tener relevancia (v.gr., en casos de entregas de bienes que pudieran tener carácter de atribución a título gratuito: puede haber una causa onerosa, a la vista de las circunstancias del caso, y hacer válido una suerte de “promesa de donación” que, en principio, sería inválida conforme a las reglas de las donaciones).

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

- Contenido:

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

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

-Los motivos de rechazo son los del perjuicio a los hijos o grave perjuicio de alguno de los cónyuges (esto último es bastante improbable si han sido consentidos por los dos: hay que tener en cuenta que, siendo judicial o ante el Secretario

judicial, debe haber una ratificación posterior individualizada según el art. 777 LEC).

-Hay un contenido mínimo obligatorio (El juez puede rechazar la propuesta de Convenio, si no cumple estas exigencias de contenido) y otro opcional:

a) Contenido mínimo de materias que deben ser tratadas en la propuesta de Convenio:

1. Cuidado de los hijos: Aquí se incluyen toda una serie de medidas, dentro de las cuales está la posibilidad de la custodia compartida, cada vez más extendida.

2. Régimen de visitas de los abuelos y allegados: En realidad no es contenido obligatorio, a la vista de la redacción de la norma.

3. Atribución del uso de la vivienda familiar.

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

5. Liquidación del REM: En realidad, es también opcional. Plantea el problema de la separación temporal entre disolución y liquidación.

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

-Los acuerdos homologados judicialmente, o por Notario o Secretario judicial pueden hacerse efectivos por la vía de apremio, lo cual significa que el Convenio notarial tiene el valor de una sentencia firme ejecutable como “título ejecutivo judicial”, lo cual es ilógico.

-En caso de no aprobación de la propuesta de Convenio regulador: debe someterse al juez una nueva propuesta (art.777.7 LEC). El juez deberá especificar qué aspectos concretos rechaza y su fundamento. La propuesta nueva incluirá las modificaciones referidas a los puntos rechazados por el Juez.

Si aun así se rechaza, y no hay nuevas propuestas, el art. 91 CC establece que finalmente será el juez el que fije las medidas definitivas.

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

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

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

MEDIDAS CONCRETAS:

1. GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS MENORES.

Viene regulado este asunto en el art. 92 CC.

- Punto de partida: la nulidad, separación o divorcio no afecta a las obligaciones de los padres respecto de sus hijos menores.

-Derecho de los menores a ser oídos. Consecuencias de su vulneración judicial: posibilidad de anular las medidas adoptadas.

- Principio básico: las medidas deben atender al máximo beneficio o interés del hijo menor.

-Posibilidad de privación de la patria potestad de uno u otro progenitor: es difícil que esa medida tenga cabida en un procedimiento judicial de separación, divorcio o nulidad. Riesgo de vulneración del principio de tutela judicial efectiva del sujeto afectado.

-Mientras eso no suceda, aunque se asigne la guarda a uno solo de ellos, el otro conserva sus facultades decisorias en todas las cuestiones relevantes del cuidado y educación de los hijos.

-La llamada custodia compartida: está especialmente fomentada en las últimas reformas legales, y en la doctrina del T. Supremo.

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

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

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

- El interés de los menores que van a quedar afectados.

- La existencia de una buena relación previa entre los progenitores.
- La práctica anterior de los progenitores.
- Sus aptitudes personales.
- La distancia entre los domicilios de los dos progenitores.
- Los deseos manifestados por los menores.
- El número de hijos.
- El cumplimiento por los progenitores de sus deberes.
- El resultado de los informes exigidos legalmente.

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

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

-Derecho de visita: art. 94 CC.

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

Es criticable que se incluya esta previsión para las sentencias de separación o divorcio, por cuanto pueden retrasar excesivamente los procedimientos al efecto, al abrirse un incidente separado. Es igualmente llamativo que haya una remisión a las normas de la LEC, presuponiendo que pudiera haber conflicto y oposición entre las partes, cuando es posible

que las medidas de apoyo se pudieran adoptar sin oposición, conforme a las nuevas reglas de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

Derecho de visita y comunicación: artículo 94 Código Civil:

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

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

Del mismo modo, y al margen de las cuestiones sobre discapacidad, el art. 94 CC ha sido modificado en 2021 para introducir nuevos párrafos, para tratar un tema en buena medida reclamado socialmente: la negativa a establecer un régimen de visita y de comunicación con aquel progenitor/padre que “esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad o indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos” (no dice que esté ya condenado, ni de manera definitiva, ni firme), o se advierta “la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género”. Se exceptúa el que la autoridad judicial pueda establecer ese régimen, a pesar de lo anterior, con base en el “interés superior del menor” o en “la voluntad, deseos y preferencias del (hijo) mayor con discapacidad”, previa evaluación de la relación paterno-filial.

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

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

2. CARGAS FAMILIARES (art. 93 CC):

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

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

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

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

3. ATRIBUCION DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR (Y OBJETOS DE USO ORDINARIO): ARTÍCULO 96 C.CIVIL

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

- El acuerdo de los cónyuges resulta prioritario. A falta de acuerdo: el interés más necesitado de protección.

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

En este caso, no se puede limitar temporalmente: mientras haya un hijo menor, y la guarda se le haya asignado a uno de los progenitores, debe preservarse como mínimo *hasta la mayoría de edad* su derecho preferente a ocupar la vivienda (él y el progenitor custodio).

Si alguno de los hijos, siendo menor de edad estuviera “en situación de discapacidad”, y se hiciera conveniente continuar en el uso de dicha vivienda tras la mayoría de edad (estas son las condiciones), la autoridad judicial fijará el plazo de duración en función de las circunstancias concurrentes. Se aclara así y se desecha el criterio de cierta jurisprudencia de aplicar el mismo plazo a los discapacitados que a los menores de edad. Ahora, estos discapacitados (sin medida de apoyo) menores de edad continuarán hasta la mayoría de edad, y a partir de ahí, el juez fijará la duración. Se trata de evitar una situación indefinida de atribución del uso, que podría hacer indisponible la propiedad o derecho sobre la vivienda del titular o titulares de la misma.

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

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

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

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

- En caso de custodia compartida, la asignación de la vivienda familiar es problemática: habrá que atender a lo que el juez estime como más adecuado. Básicamente, se atiende a su asignación a aquel de los cónyuges que tenga mayor dificultad de acceder a una vivienda, para determinar a quién se asigna el uso en supuestos de custodia compartida.

Es muy llamativo que, siendo a día de hoy, la custodia compartida el supuesto más frecuente en la práctica, no se haya

previsto en la reforma de 2021, ni directa ni indirectamente, una solución o criterio a la asignación de la vivienda en estas situaciones.

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

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

- Se ha discutido mucho acerca de si el derecho sobre la vivienda familiar constituye o no un derecho real específico. Hoy, el art. 96.3 CC, en su nueva redacción, prevé la obligatoriedad de inscripción del derecho de uso, cuando la propiedad de la vivienda es exclusiva de uno solo de los cónyuges. Ello lleva a pensar que se ha convertido en derecho real, cuando menos en los casos en que la vivienda sea de titularidad dominical de uno de los cónyuges y el uso se asigne al otro. No se dice nada acerca de si es de ambos.

No se especifica en qué momento deberá remitirse mandamiento al Registro por parte del Juzgado, si con la sentencia definitiva, aunque luego se recurra, o con la sentencia ya firme (lo cual plantea problemas a la defensa adecuada del derecho del titular del uso, frente a posibles terceros adquirentes de buena fe).

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

- Derecho de uso derivado de una situación de tolerancia o precario (cuando la propiedad del inmueble es de un tercero): si el uso se asigna judicialmente al cónyuge no pariente, haya o no hijos menores, debe ceder en favor del propietario pleno ese derecho, al no serle oponible (no intervino en ese procedimiento). Se fundamenta en la idea de que es propietario y no había consentido una carga asimilable a un derecho real o personal de uso. La cuestión puede ser dudosa cuando hay hijos menores (principio de prevalencia del interés del menor por encima de cualquier otro), máxime si son nietos o parientes en

general del propietario, con hipotético derecho de alimentos. No obstante, ello no supone que tenga que cubrirlos con su vivienda, pues de estar obligados, podrían prestarlos de otro modo (en dinero), ni tampoco que siempre vaya a existir una verdadera obligación de alimentos, si los padres pueden prestarla a sus hijos, por lo que no habría necesidad.

3. PENSIÓN COMPENSATORIA (arts. 97 a 101 CC):

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

- Esto último es un dato relevante, en cuanto que su nacimiento no depende propiamente de la demanda de separación o divorcio, sino que el derecho a obtenerla, en su caso, *nace con la ruptura de la convivencia* o separación de hecho. Por tanto, los actos u omisiones posteriores a ella pueden ser relevantes.

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

A estos efectos, es muy importante analizar el contenido de los posibles acuerdos: puede haber una entrega de bienes de un cónyuge a otro que pudiera aparentar una donación, pero ser realmente una forma de fijar la compensación por desequilibrio.

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

- El art. 97 CC fija los criterios a los que atender para, por un lado, determinar cuándo procede y cuándo no la pensión compensatoria, y por otro, para fijar su concreta cuantía en un caso dado.
- La jurisprudencia tiende a reducir los casos de devengo, a la vista de la situación social actual, así como a *limitar temporalmente su duración* (sobre todo en función de la edad y el tiempo de vigencia del matrimonio). No obstante, se siguen concediendo *con carácter vitalicio* en aquellos casos de *matrimonio de larga duración* donde uno de los cónyuges se ha dedicado a tareas domésticas y tiene en el momento de la ruptura unas muy escasas posibilidades de incorporarse al mercado de trabajo.
- Es importante la posibilidad de pacto al respecto, así como renuncia anticipada a la pensión. Cabe el pacto en convenio regulador según el cual se devengará pensión compensatoria tras la separación conyugal, sin especificar el tiempo de duración: en tal caso, no cabe darla por extinguida tras el divorcio, ni limitarla temporalmente, salvo modificación sustancial de circunstancias (STS 3 de febrero de 2017). Habrá que tener mucho cuidado con la redacción del acuerdo y las condiciones temporales o de otro tipo fijadas en él.
- Posibilidad de alteración por cambio sustancial de circunstancias (art. 100CC).
- Causas de extinción: art. 101 CC. Se extingue por cese de la causa que la motivó o por nuevo matrimonio o convivencia de hecho del beneficiario con tercera persona.

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

JURISPRUDENCIA RECIENTE:

Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2020:

“Por la parte recurrente se formaliza recurso de casación al amparo art. 477.2, 3.º LEC, invocando la existencia de oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

El recurso de casación se funda en un motivo, por infracción del art. 96 CC y de la jurisprudencia del TS que lo interpreta, respecto de la atribución del uso del domicilio familiar en caso de custodia compartida, al estimar que debió ser de aplicación el párrafo 2.º del art. 96 CC, por analogía. Cita las SSTS 593/2014, de 24 de octubre, 517/2017, de 22 de septiembre, 7/2018, de 10 de enero, 95/2018, de 20 de febrero, 182/2018, de 4 de abril y 343/2018, de 7 de junio. Explica que la sentencia recurrida no pondera los distintos criterios que determinan dicha atribución, como el interés más necesitado de protección, la titularidad de la vivienda, circunstancias económicas. Alega que la convivencia sucesiva impuesta es un semillero de conflictos.

Brevemente, presentada demanda de divorcio y en lo que al presente interesa destacamos que por sentencia dictada en primera instancia en fecha 6 de febrero de 2018, se acuerda la custodia materna de las hijas, de 8 y 6 años -en esa fecha-, a favor de la madre y el uso de la vivienda familiar a esta última. Recurrida en apelación por el padre, el cual interesa la custodia compartida sobre las menores y el uso de la vivienda familiar -perteneciente a la sociedad de gananciales- a favor de las hijas y con uso alternativo de los progenitores mientras ostenten la custodia; se estima el recurso interpuesto y se acuerda la custodia compartida semanal y el uso fijo del domicilio a favor de las hijas, y uso con alternancia semanal de los progenitores. Mediante auto se complementó la misma, disponiendo que los gastos de uso y propiedad de dicho inmueble domicilio familiar sería por mitad de ambos progenitores y que el uso de la segunda vivienda, que hasta el momento constituía el domicilio del padre, se atribuía a ambos.

La sala ha reiterado, respecto de la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de guarda y custodia compartida, que:

"[...]la regla aplicable para atribuir el uso de la vivienda familiar en caso de atribución a los padres la custodia compartida sobre los hijos menores, es el párrafo segundo del art. 96 CC, que regula el supuesto en el que existiendo varios hijos, unos quedan bajo la custodia de un progenitor, y otros bajo la del otro, y permite al juez resolver "lo procedente".

Ello obliga a una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, con especial atención a dos factores: en primer lugar, al interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los períodos de estancia de los hijos con sus dos padres. En segundo lugar, a si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece a un tercero. En ambos supuestos con la posibilidad de imponer una limitación temporal en la atribución del uso, similar a la que se establece en el párrafo tercero para los matrimonios sin hijos[...]" (STS 513/2017, de 22 de septiembre, con cita de otra jurisprudencia).

SEGUNDO. Motivo único.

Motivo primero y único.- Al amparo de los arts. 477.2.3.º y 481.1 LEC, puesto que la sentencia que se recurre y su auto de aclaración, vulnera la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que interpreta el art. 96 del Código Civil sobre la atribución de la vivienda familiar en el caso en que se acuerde judicialmente la custodia compartida, al carecer de motivación alguna que racionalice o exprese la atribución de la vivienda familiar a las hijas con rotación de los padres en la custodia.

Infracción del art. 96 del Código Civil y de la jurisprudencia que lo interpreta: STS Sala 1.ª, 593/2014, de 24 de octubre, rec. 2119/2013; 17/2017, de 22 de septiembre SIC, rec. 3859/2016; 7/2018, de 10 de enero, rec. 1712/2017; 95/2018, de 20 de febrero, rec. 2866/2017; 182/2018, de 4 de abril, rec. 2878/2017; y 343/2018, de 7 de junio, rec. 3553/2017.

TERCERO

Decisión de la sala. Custodia compartida/vivienda nido .

Se estima parcialmente el motivo.

La recurrente se muestra conforme con la custodia compartida adoptada en la sentencia recurrida, pese a que en un inicio se oponía a ella.

Entiende la recurrente que en función del interés más necesitado de protección debía atribuirse la vivienda familiar a ella (la madre). No obstante y, subsidiariamente, plantea la posibilidad de atribución temporal a favor de las hijas, durante el plazo máximo de un año, salvo que antes se procediera a la liquidación de la sociedad de gananciales.

Esta Sala ha declarado en sentencia 15/2020, de 16 de enero:

" Esta sala en sentencia 215/2019, de 5 de abril, declaró:

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

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

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

No siendo posible mantener sine die la vivienda a favor de la madre, al no constar que ostente el interés más necesitado de protección, procede acceder a la petición subsidiaria y fijar la atribución temporal de la vivienda familiar a las hijas y madre por un plazo de transición máximo de un año, salvo que antes se procediera a la liquidación de la sociedad de gananciales, medida que se toma en interés de los menores, en aras a un ordenado cambio del sistema de custodia y residencia (art. 96 del C. Civil).

Se mantiene la resolución recurrida en los demás términos.

Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2020:

“El presente recurso trae causa de demanda de divorcio presentada por Dña. Natividad, interesando la adopción de un régimen de guarda y custodia exclusiva para sí respecto de la hija común -nacida el día NUM015 de 2013- informando que a principios de abril de 2015, Dña. Paulina, de forma unilateral se llevó a la menor de la localidad donde residía, sacándola de la escuela infantil y dándola de baja unilateralmente, trasladándose junto con la menor a DIRECCION010, Alicante, incluso inscribiendo a la misma en el padrón de dicha localidad y matriculándola en un colegio de la misma localidad, y en definitiva obstaculizando e impidiendo la relación de la menor con ella, por lo que interpuso denuncia por secuestro, abriéndose diligencias penales, y se acordó el archivo, dejando abierto la vía civil para resolver sobre la custodia de la menor.

Solicitadas medidas provisionales previas, en que ambas piden la custodia exclusiva para sí de la menor, mediante auto de fecha 9 de noviembre de 2015, se acuerda provisionalmente la custodia compartida por dos semanas -la menor contaba con dos años y medio-. Dña. Paulina también presentó demanda de divorcio, que se acumuló a la anterior.

La demandada, Dña. Paulina, se opone a la custodia solicitada de contrario, y solicita igualmente la custodia exclusiva para sí.

Emitido informe psicosocial, obrantes en los folios 203 y ss del tomo II de autos, en fecha 9 de mayo de 2016, informa que ambas madres están capacitadas para ejercer la custodia de la menor, que ésta se ha adaptado bien a la custodia compartida quincenal, pero considera que la distancia geográfica no es una opción, por lo que debe atribuirse la custodia al cuidador principal que considera lo ha sido Paulina; dada la edad de la menor, considera que lo más adecuado es que la menor se desplace solo un fin de semana al mes a Madrid, y que Dña. Natividad se desplace a DIRECCION010 para disfrutar de dos fines de semana al mes.

La sentencia de primera instancia establece un régimen de guarda y custodia compartida, con alternancia anual, con efectos desde 1 de septiembre a 30 de junio -coincidiendo con el curso escolar-, al considerar que si bien el informe psicosocial, emitido a tal efecto, informa al contrario, es lo más ajustado y beneficioso para la menor, y atendiendo a las circunstancias concurrentes -edad de la menor, habilidades y aptitudes de los progenitores-. Explica que ambas reúnen capacidades adecuadas y suficientes para el correcto ejercicio de responsabilidades parentales y apoyos familiares.

2.- Sentencia de segunda instancia.

Formulado recurso de apelación por ambas progenitoras, la Audiencia Provincial de Madrid, desestima el recurso, manteniendo la custodia compartida.

3.- Recurso de casación.

En ambos recursos hay un único motivo, por infracción del art. 92. CC (LEG 1889, 27) , y art. 2 LOPJM e infracción del principio del favor filii, al establecer una custodia compartida a pesar de la gran distancia geográfica entre los domicilios de las progenitoras. Cita como infringida la doctrina contenida en SSTS núm. 748/ 2016, de

21 de diciembre, 4/2018 de 10 de enero, la 566/2017, de 19 de octubre y 115/2016 de 1 de marzo y 229/2018 de 18 de abril.

En el recurso de doña Paulina, también en un único motivo, se alega la misma infracción y cita como infringida la doctrina contenida en las SSTS 4/2018 de 10 de enero, 115/2016 de 1 de marzo, 748/2016, de 21 de diciembre (RJ 2016, 5998) .

La Audiencia inadmitió los dos recursos de casación, que dieron lugar a sendas quejas, dictándose, igualmente sendos autos, uno estimando la queja, y otro desestimándola, si bien por auto de fecha 9 de abril de 2019, se declaró la nulidad del auto que desestimó la queja, reponiendo las actuaciones, estimando la queja, teniéndose por interpuestos ambos recursos de casación y por personadas a las partes, mediante diligencia de ordenación de 7 de junio de 2019.

El Ministerio Fiscal ante esta sala solicitó la estimación del recurso de Dña. Paulina.

Recursos de casación interpuestos por Dña. Natividad y Dña. Paulina.

SEGUNDO

Motivos de ambos recursos.

1.- Motivo primero y único del recurso de casación de Dña. Natividad: "Al amparo del artículo 477.2.3.º en relación al artículo 477.3 de la LEC , por considerar que se han infringido el artículo 92 del Código Civil, el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y el artículo 2 de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, por entender que la Audiencia Provincial de Madrid ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor con desconocimiento de la doctrina jurisprudencial establecida en las sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo sobre la medida de guarda y custodia compartida en caso de existir larga distancia geográfica entre los domicilios de los progenitores, debiéndose acordar que esta medida no es la mejor manera de proteger a la hija menor, contraviniendo dicha jurisprudencia, según las siguientes sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo: sentencia 748/2016, de 21 de diciembre; sentencia 4/2018, de 20 de enero; sentencia 566/2017, de 19 de octubre; sentencia 115/2016, de 1 de marzo; sentencia 229/2018, de 18 de abril".

2.- Motivo primero y único del recurso de casación de Dña. Paulina: "Al amparo del artículo 477.2.3.º en relación al artículo 477.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por considerar que se ha vulnerado el artículo 92 del Código Civil, el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor y el artículo 2 de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio. Entendemos que la sentencia recurrida ha aplicado incorrectamente el principio básico, que en definitiva constituye el prevalente por encima de cualquier otro, de protección del interés del menor.

"Y estimamos que lo ha hecho desconociendo el contenido de la jurisprudencia de este Alto Tribunal sobre la medida de guarda y custodia compartida por largos períodos de tiempo y en caso de existir una distancia geográfica excesiva que no la hace posible por chocar con dicho interés prevalente".

TERCERO

Causa de inadmisibilidad.

Por Dña. Natividad se opone la inadmisibilidad del recurso de Dña. Paulina, lo cual debe rechazarse pues en el recurso de esta se desarrolla el motivo de casación con total claridad, especificando el interés casacional y solicitando la custodia de la menor.

CUARTO.-

Decisión de la sala. Custodia compartida cuando los domicilios distan 400 kms.

Se estiman ambos motivos, uno de ellos parcialmente, en la forma que se dirá, analizándose conjuntamente ambos.

Ambas recurrentes coinciden en que no procede el sistema de custodia compartida dada la distancia existente entre DIRECCION010 (Alicante) y DIRECCION009 (400 kms).

Sin embargo en el recurso de cada una de ellas se solicita la custodia exclusiva para cada una de las recurrentes.

El Ministerio Fiscal ante esta Sala solicitó la estimación del recurso de Dña. Paulina.

En los recursos se citan las sentencias 4/2018, de 10 de enero, 115/2016, de 1 de marzo, 748/2016, de 21 de diciembre y 566/2017, de 19 de octubre.

De la citada referencia jurisprudencial se deduce la imposibilidad de afrontar un sistema de custodia compartida con menores en edad escolar, con una distancia considerable entre los domicilios de los custodios, lo que acarrea un desarraigo de la menor, su sometimiento a cambios intermitentes de colegios y de sistema sanitario, incluso en este caso, con diferencias lingüísticas en su proceso de aprendizaje.

Dicho ello, queda por solventar en base al interés de la menor, cual de las dos madres, debe ostentar la custodia (art. 92 del C. Civil).

El Ministerio Fiscal ante esta Sala optó, de acuerdo con el informe psicosocial por que la custodia la ejerciese Dña. Paulina.

En el referido informe se reconoce la capacidad de ambas recurrentes su amplia sintonía con la menor, su capacidad de afecto y de entrega, pero se decantaba por Dña. Paulina, al haber sido la cuidadora principal.

Ambas madres tienen apoyo para el cuidado de la menor, pues mientras Dña. Natividad cuenta con su nueva pareja; Dña. Paulina convive en la misma localidad con sus padres.

Por otra parte, los padres de Dña. Natividad residen en Valencia.

Es cierto que la pareja residía en DIRECCION009, localidad de la que se ausentó Dña. Paulina en compañía de la menor, para instalar su residencia en DIRECCION010 (Alicante), ciudad en la que residen sus padres y ello por haber perdido el trabajo en DIRECCION009 (extremo no discutido), por lo que concurría causa justificada para el traslado de Dña. Paulina.

Esta Sala en sentencias 748/2014, de 11 de diciembre, y 642/2012, de 26 de octubre, condiciona la autorización de traslado de residencia del menor, a que no quede afectado su desarrollo emocional, la progresión de su personalidad, su estabilidad, el contacto con progenitores y hermanos.

Se aprecia en todas las sentencias de esta Sala que como principio rector debe ajustarse la decisión al interés del menor (artículo 39 CE) y artículo 92 CC) (STS de 19 de noviembre de 2015, Rc. 2724/2014 y sentencia 5/2017, de 12 de enero) .

Esta sala de casación ha de declarar que el cambio de residencia unilateralmente acordado, es reprobable, pero ello no puede acarrear una sanción que perjudique el interés de la menor (sentencia 230/2018, de 18 de abril (RJ 2018, 1676) .

A la vista de estos datos, esta Sala, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, ha de sustentar su decisión en el fundado informe psicosocial, al no constar con otro argumento más poderoso (art. 92 del C. Civil), por lo que se ha de estimar el recurso de Dña. Paulina, íntegramente, de forma que se declara que la custodia de la menor se ostentará por Dña. Paulina, en la localidad de DIRECCION010, sin perjuicio de que la concreción del sistema de visitas, alimentos y medidas derivadas y necesarias tras un proceso de divorcio, en relación con la menor, se desarrollará en ejecución de sentencia por el Juzgado de Primera Instancia, garantizando un eficaz y equilibrado sistema de visitas por parte de Dña. Natividad, de forma que la menor se resienta lo menos posible por el divorcio de sus madres.

Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2013:

QUINTO. Enunciación del motivo único del recurso de casación.

El motivo único del recurso de casación se introduce con la siguiente fórmula: «Al amparo del artículo 477.2.3.º de la LEC (RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892) , por infracción del contenido de los artículos 91 , 95 , 102 , 1205 y 1438 del CC (LEG 1889, 27) presentando interés casacional la resolución del recurso al existir jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales».

El motivo se funda, en síntesis, en que la vivienda es propiedad indivisa de los litigantes, al regir entre ellos el régimen económico de separación absoluta de bienes desde el año 2004 y los cónyuges adquirieron la vivienda en el año 2006, dos años después del otorgamiento de la escritura pública de capitulaciones matrimoniales en la que se acordó el régimen de separación de bienes.

Desde esta realidad no se entiende por la parte recurrente que en la resolución recurrida se aluda a cargas familiares o con más propiedad a cargas del matrimonio, porque tal concepto, según la parte recurrente, solo puede hacer referencia a las obligaciones contraídas durante el matrimonio, es decir, mientras subsista la convivencia y al finalizar la convivencia se sustituye por alimentos para los hijos y pensión compensatoria para el cónyuge que padezca desequilibrio económico.

Se estima por el recurrente que no podría hablarse del llamado ejercicio de la potestad doméstica al modo que contempla el artículo 1440.2 CC , pues remite al artículo 1319 CC que, a su vez alude a los bienes comunes y no resulta aplicable en el régimen de separación, pues en virtud del artículo 102 CC no solo cesa la posibilidad de vincular bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica, sino que igualmente se entienden revocados todo los poderes que entre los cónyuges se

hubieran otorgado.

Se considera asimismo por el recurrente que la sentencia recurrida mediante su pronunciamiento esconde una camuflada pensión compensatoria, pues la expresión "cargas familiares" que aparece en varios artículos del CC, se refiere a la atención de las necesidades ordinarias de la familia, alimentación y educación de los hijos, las atenciones de previsión y lo que en conjunto se denomina potestad doméstica (artículos 1318 , 1319 , 1362 , 1368 , 1438 y 1440 CC). La pensión compensatoria no debe entenderse incluida en la definición expuesta y hay que tener presente que las cargas matrimoniales las constituyen derechos y deberes propios de la relación matrimonial viva, mientras que la pensión compensatoria surge con la que está en crisis.

Por ello, la materia en la que se centra la contraposición reside en la imposición por la sentencia de segunda instancia al demandado de asumir la totalidad de las cargas del matrimonio, concretamente, el abono en exclusiva de las cuotas de la hipoteca que grava la vivienda familiar cuya titularidad ostentan ambos litigantes en virtud de escritura de capitulaciones, compraventa e hipoteca.

Sobre este punto existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales.

El motivo debe ser estimado.

SEXO. No constituye carga familiar el préstamo hipotecario destinado a la adquisición de la vivienda familiar.

La sentencia recurrida confirmó el pronunciamiento de la sentencia dictada en 1.ª instancia y condenó al recurrente el pago de la cuota del préstamo hipotecario que gravaba la vivienda familiar.

Resulta aplicable en el supuesto que nos ocupa la jurisprudencia de esta Sala, SSTS de 31 de mayo 2006 (RJ 2006, 3502) , 5 de noviembre de 2008 (RJ 2009, 3) , 28 de marzo 2011 (RJ 2011, 939) , 29 de abril de 2011 y 26 de noviembre de 2012, según las cuales, la hipoteca no puede ser considerada como carga del matrimonio, en el sentido que a esta expresión se reconoce en el artículo 90 CC, porque se trata de una deuda contraída para la adquisición del inmueble que debe satisfacerse por quienes ostentan título de dominio sobre el mismo de acuerdo con lo estipulado con la entidad bancaria, en este caso por ambos cónyuges, con independencia de si su disfrute es otorgado a un concreto copropietario y, por tanto, el pago de la hipoteca cuando ambos cónyuges son deudores y el bien les pertenece, no puede ser impuesta a uno solo de ellos, sino que debe ser relacionado y resuelto de acuerdo con el régimen de bienes correspondiente a cada matrimonio, que en el caso es el de separación de bienes.

Según la STS de 31 de mayo de 2006, la noción de cargas del matrimonio debe identificarse con la de sostenimiento de la familia, debiendo ser atendidas tales cargas por ambos cónyuges en cuanto abarcan todas las obligaciones y gastos que exija la conservación y adecuado sostenimiento de los bienes del matrimonio y los contraídos en beneficio de la unidad familiar, considerándose también como contribución el trabajo dedicado por uno de los cónyuges para la atención de los hijos comunes (artículo 103.3.ª CC). Pero no cabe considerar como cargas del matrimonio los gastos generados por ciertos bienes que, aun siendo de carácter común, no son bienes del matrimonio, pues en el año 2004 otorgaron los esposos la correspondiente escritura de capitulaciones matrimoniales y se acogieron al régimen de separación de bienes y la vivienda familiar que está gravada con la hipoteca la adquirieron por compra en el año 2006. En consecuencia, la normativa aplicable a tal bien era la propia del régimen general de la copropiedad y, en concreto, el artículo 393 CC , que establece que el concurso de los partícipes en las cargas será proporcional a sus respectivas

cuotas, que se presumen iguales.

Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2016:

PRIMERO. Resumen de Antecedentes.

Son hechos relevantes de la instancia para la decisión del recurso los que a continuación se exponen:

1.- Interesa la parte actora la modificación de la medida definitiva relativa a la pensión alimenticia a abonar a favor de los dos hijos del matrimonio, cuya cuantía quedó fijada en anterior sentencia de modificación de medidas en la suma de 100 euros por cada hijo, en el sentido de que se suspenda temporalmente hasta que no mejore su situación económica.

2.- La sentencia de primera instancia estimó que no procedía ni suspender ni minorar la obligación alimenticia impuesta a cargo del padre, aun cuando a fecha actual el actor no percibe prestación o subsidio por desempleo y no aparece documentado que tenga ingresos, al entender se trata de menores de edad y no puede eximirse al obligado del pago de sus obligaciones inherentes a la patria potestad.

3.- Recurrida en apelación por el actor, la sentencia de la AP desestimó el recurso al apreciar pese a la situación de precariedad familiar que no cabía suspender la pensión alimenticia de los hijos menores de edad o asimilados (una hija es mayor de edad pero cuenta con una discapacidad del 65%). Destacó que al tiempo de la última modificación de las medidas operada en sentencia de 18 de octubre de 2013, que homologó el acuerdo de las partes en virtud del cual la progenitora asumió la custodia de sus dos hijos y el progenitor una pensión alimenticia a favor de aquellos de 100 euros por cada uno de ellos, este último se encontraba en paro. En la actualidad no consta que perciba ingresos, habiendo sido condenado por sentencia de 9 de julio de 2014 por delito de abandono de familia, en la que se estimó la agravante de reincidencia. Los hijos tienen reconocida una minusvalía del 65% Felisa y del 40% Iván obteniendo la primera una pensión de 365 euros y 80 euros el hijo. La esposa se encuentra en el Servef, obteniendo ayudas del Ayuntamiento y servicios sociales para la manutención de los hijos.

4.- El actor formula recurso de casación al amparo del art. 477.2.3º LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892), por oposición a la jurisprudencia del TS compuesto de un solo motivo en el que alega la infracción de los arts. 93 y 146 CC (LEG 1889, 27) sobre el mínimo vital, citando como opuestas a la sentencia recurrida las SSTs de 2 de marzo de 2015 (RJ 2015, 601) y 12 de febrero de 2015 (RJ 2015, 338) que admiten con carácter muy excepcional, con criterio restrictivo y temporal, la suspensión de la obligación de satisfacer la pensión alimenticia. También cita la STS de 19 de enero de 2015 (RJ 2015, 447), en la que se debate la extinción de la pensión alimenticia fijada en favor de un hijo mayor de edad ante la imposibilidad económica del obligado al pago. Si bien en el caso que nos ocupa, aunque uno de los hijos es mayor de edad, al tener una minusvalía del 65%, pudiera equiparse a la situación de un menor de edad.

También cita algunas sentencias de AAPP para acreditar el interés casacional por jurisprudencia contradictoria de Audiencias, tales como la SAP de Asturias de 7 de

marzo de 2000 , la SAP de Madrid de 13 de marzo de 2002 (PROV 2002, 151083) .

Aboga el recurrente porque se declare la suspensión de la obligación de pago de la pensión de alimentos ante la carencia total de ingresos que ha sido declarada probada, postulando la revisión de su caso a tenor de la jurisprudencia contenida en las sentencias que cita que recogen que «ante una situación de dificultad económica habrá de examinarse el caso concreto y revisar la Sala si se ha conculcado el juicio de proporcionalidad del artículo 146 del CC (STS 16 de diciembre de 2014, Rc. 2419/2013 (RJ 2014, 6302))... lo normal será fijar siempre en supuestos de esta naturaleza un mínimo que contribuya a cubrir los gastos repercutibles más imprescindibles para la atención y cuidado del menor, y admitir sólo con carácter muy excepcional, con criterio restrictivo y temporal, la suspensión de la obligación, pues ante la más mínima presunción de ingresos, cualquiera que sea su origen y circunstancias, se habría de acudir a la solución que se predica como normal, aún a costa de una gran sacrificio del progenitor alimentante.».

5.- La Sala dictó auto el 13 abril 2016 (PROV 2016, 76750) admitiendo el recurso de casación.

6.- El Ministerio Fiscal, tras citar jurisprudencia de la Sala, interesa la estimación del recurso, en atención a que, según la sentencia recurrida, el progenitor se encontraba en el paro y no consta que perciba ingreso alguno y, por el contrario, la hija percibe una prestación de 365 € y el hijo de 80 €, por lo que el recurrente no puede pagar la pensión por no recibir ingreso alguno, lo que se corrobora por haber sido condenado por esta razón por delito de abandono de familia.

Recurso de casación.

SEGUNDO. Decisión de la Sala.

*1.- El supuesto enjuiciado merece una respuesta acomodada a cuando los hijos son menores de edad, pues **la Sala viene manteniendo en casos de hijos mayores de edad pero con discapacidad (SSTS 372/2014 de 7 de julio (RJ 2014, 3540) y 547/2014 de 10 de octubre (RJ 2014, 4878)) su equiparación a los menores de edad mientras se mantengan en el domicilio familiar y carezcan de recursos.***

2.- La sentencia de 17 de febrero de 2015, Rc. 2899/2013 contiene las siguientes declaraciones: i) De inicio se ha de partir de la obligación legal que pesa sobre los progenitores, que está basada en un principio de solidaridad familiar y que tiene un fundamento constitucional en el artículo 39.1 y 3 CE (RCL 1978, 2836) , y que es de la de mayor contenido ético del ordenamiento jurídico (SSTS de 5 de octubre de 1993 (RJ 1993, 7464) y 8 de noviembre de 2013). De ahí, que se predique un tratamiento jurídico diferente según sean los hijos menores de edad, o no, pues al ser menores más que una obligación propiamente alimenticia lo que existen son deberes insoslayables inherentes a la filiación, que resultan incondicionales de inicio con independencia de la mayor o menor dificultad que se tenga para darle cumplimiento o del grado de reprochabilidad en su falta de atención.

»Por tanto, ante una situación de dificultad económica habrá de examinarse el caso concreto y revisar la Sala si se ha conculcado el juicio de proporcionalidad del artículo 146 del CC (LEG 1889, 27) (STS 16 de diciembre de 2014, Rc. 2419/2013 (RJ 2014, 6302)). ii) Lo normal será fijar siempre en supuestos de esta naturaleza un mínimo que contribuya a cubrir los gastos repercutibles más imprescindibles para la atención y cuidado del menor, y admitir sólo con carácter muy excepcional, con criterio restrictivo y temporal, la suspensión de la obligación, pues ante la más mínima presunción de ingresos, cualquiera que sea su origen y circunstancias, se habría de acudir a

la solución que se predica como normal, aún a costa de una gran sacrificio del progenitor alimentante.»

Tal doctrina se reiteró en la sentencia de 2 de marzo de 2015, Rc. 735/2014 (RJ 2015, 601) , en la que recoge que:

«El interés superior del menor se sustenta, entre otras cosas, en el derecho a ser alimentado y en la obligación de los titulares de la patria potestad de hacerlo "en todo caso", conforme a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento, como dice el artículo 93 del Código Civil , y en proporción al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe, de conformidad con el artículo 146 CC . Ahora bien, este interés no impide que aquellos que por disposición legal están obligados a prestar alimentos no puedan hacerlo por carecer absolutamente de recursos económicos, como tampoco impide que los padres puedan desaparecer físicamente de la vida de los menores, dejándoles sin los recursos de los que hasta entonces disponían para proveer a sus necesidades.

»La falta de medios determina otro mínimo vital, el de un alimentante absolutamente insolvente, cuyas necesidades, como en este caso, son cubiertas por aquellas personas que, por disposición legal, están obligados a hacerlo, conforme a los artículos 142 y siguientes del Código Civil , las mismas contra los que los hijos pueden accionar para imponerles tal obligación, supuesta la carencia de medios de ambos padres, si bien teniendo en cuenta que, conforme al artículo 152.2 CC (LEG 1889, 27) , esta obligación cesa "Cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia", que es lo que ocurre en este caso respecto al padre. Estamos, en suma, ante un escenario de pobreza absoluta que exigiría desarrollar aquellas acciones que resulten necesarias para asegurar el cumplimiento del mandato constitucional expresado en el artículo 39 CE y que permita proveer a los hijos de las presentes y futuras necesidades alimenticias hasta que se procure una solución al problema por parte de quienes están en principio obligados a ofrecerla, como son los padres.»

»En esta línea jurisprudencial se ha venido pronunciando la Sala en sentencias posteriores, como la de 10 de julio de 2015 (RJ 2015, 2563) , Rc. 682/2014 ; 15 de julio de 2015 (RJ 2015, 2779) , Rc. 1359/2014 y 2 de diciembre de 2015 (RJ 2015, 5327) , Rc. 1738/2014 .»

3.- Sin apartarse de la citada doctrina la sentencia 275/2016, de 25 de abril (RJ 2016, 1712) , mantuvo la decisión de la sentencia recurrida por respetar el criterio de ponderación de ella, ya que había acudido «a la presunción de ganancias a la hora de fijar el juicio de proporcionalidad».

Sin embargo, por no respetar este criterio, se casó la sentencia recurrida en la número 184/2016, de 18 de marzo , pues se tuvo en cuenta la doctrina antes recogida así como la penosa situación de mínimo vital de la unidad familiar, para inferir que en tales situaciones el derecho de familia poco puede hacer, debiendo ser las Administraciones Públicas a través de servicios sociales las que remedien las situaciones en que tales mínimos no se encuentren cubiertos.

4.- Las circunstancias a ponderar son las siguientes:

(i) El recurrente por sentencia de 18 de octubre de 2013 sobre modificación de medidas, viene obligado, en virtud del acuerdo homologado, a abonar a cada uno de sus dos hijos en concepto de pensión alimenticia la cantidad de 100 €.

(ii) En la fecha en que se dictan las sentencias de las instancias se encontraba sin empleo y sin percibir prestación o subsidio por tal circunstancia, por haberse extinguido éste el 22 de diciembre de 2013 .

(iii) Ha sido condenado por sentencia de fecha 9 de julio de 2014 por delito de abandono de familia, en el que se estimó la concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia.

(iv) Su situación de desempleo obedece a que se extinguió su relación laboral de más de 20 años con la empresa Eloísa García SL, a consecuencia del concurso de acreedores de ésta.

(v) No consta aportada a autos certificación del administrador concursal acerca del crédito que mantenga, cuando menos con él FOGASA, por la extinción de su relación laboral.

(vi) La progenitora se encuentra en el Servef, obteniendo ayudas del Ayuntamiento y servicios sociales para la manutención de sus hijos.

(vii) La hija Felisa tiene reconocida una minusvalía del 65% e Luis Enrique del 40%, obteniendo aquella una prestación por tal circunstancia de alrededor de 365 €, y el hijo de 80 €, en ambos casos mensualmente y la de Felisa en 14 pagas.

5.- Aplicando a las anteriores circunstancias la doctrina de la Sala antes expuesta, procede acordar la suspensión de la aplicación alimenticia que tiene el recurrente para con sus hijos, si bien por un tiempo máximo de seis meses en los que habrá de gestionar con la administración concursal el posible crédito que tenga derivado del concurso de acreedores de la empresa en que prestaba sus servicios, así como para instar, en su caso, ayudas sociales para atender a la alimentación complementaria de sus hijos.

Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2016:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

*PRIMERO. Se formula recurso de casación porque la sentencia recurrida infringe los artículos 93 y 146 del Código Civil (LEG 1889, 27) y se opone a la jurisprudencia de esta sala contenida en la sentencia 564/2014, de 14 de octubre (RJ 2014, 4754) ya que suspende la prestación alimenticia en favor de la hija menor porque **el alimentante «se halla ingresado en prisión desde 2011, razón por la cual, en principio, y a falta de otros elementos probatorios, ha de concluirse que carece de ingresos y se encuentra privado de la posibilidad de obtenerlos. En estos casos resulta de aplicación la reciente doctrina del Tribunal Supremo (sentencia Sala 1ª de fecha 12-2-2015, nº 55/2015 (RJ 2015, 338) , rec. 2899/2013 y de fecha 2-3-2015, nº 111/2015 (RJ 2015, 601) , rec. 735/2014) que contempla casos de pobreza absoluta que exigirían desarrollar aquellas acciones que resulten necesarias para asegurar el cumplimiento del mandato constitucional expresado en el artículo 39 CE (RCL 1978, 2836) que permita proveer a los hijos de las presentes y futuras necesidades alimenticias hasta que se procure una solución al problema por parte de quienes están en principio obligados a ofrecerla, como son los padres. Tal situación justifica la suspensión de la obligación hasta tanto el obligado obtenga un régimen penitenciario que le permita obtener ingresos con los que cubrir el importe de la pensión o bien recobre la libertad».***

La sentencia que se cita en el motivo establece la siguiente doctrina:«la obligación de pagar alimentos a los hijos menores no se extingue por el solo hecho de haber ingresado en prisión el progenitor que debe prestarlos si al tiempo no se acredita la falta de ingresos o de recursos para poder hacerlos efectivos».

También se cita la sentencia 111/2015, de 2 de marzo, que menciona la recurrida y que dice lo siguiente: «ante una situación de dificultad económica habrá de examinarse

*el caso concreto y revisar la Sala si se ha conculcado el juicio de proporcionalidad del artículo 146 del CC (STS 16 de diciembre de 2014, Rc. 2419/2013 (RJ 2014, 6302)). lo normal será fijar siempre en supuestos de esta naturaleza un mínimo que contribuya a cubrir los gastos repercutibles más imprescindibles para la atención y cuidado del menor, y **admitir sólo con carácter muy excepcional, con criterio restrictivo y temporal, la suspensión de la obligación, pues ante la más mínima presunción de ingresos, cualquiera que sea su origen y circunstancias, se habría de acudir a la solución que se predica como normal, aún a costa de una gran sacrificio del progenitor alimentante**».*

*SEGUNDO. El recurso se desestima. La sentencia recurrida en ningún caso se opone a la doctrina invocada en el motivo. **La sentencia no extingue los alimentos. Los deja en suspenso. No es la situación carcelaria la que origina esta situación, sino la falta de medios para afrontar en estos momentos su pago. «Ningún alimento se puede suspender por el simple hecho de haber ingresado en prisión el progenitor alimentante, gravando a la madre de los menores con la obligación de soportarlos en exclusiva, cuando nada de esto se acredita»**, dice la sentencia de 14 de octubre de 2014 (RJ 2014, 4754) . Lo que no se acreditaba en esta sentencia es la existencia de medios y recursos para hacerlos afectivos, lo que no sucede en este caso en el que ha sido consentida una prestación por este concepto de 120 euros al mes, cuyo pago se ha suspendido por falta de medios económicos, que ha sido declarado probado," hasta tanto el obligado obtenga un régimen penitenciario que le permita obtener ingresos con los que cubrir el importe de la pensión o bien recobre la libertad", y lo ha hecho precisamente con base en la doctrina de esta sala que se dice infringida, es decir, con «carácter muy excepcional, con criterio restrictivo y temporal».*

Estamos, como dice la sentencia de 2 de marzo de 2015, «ante un escenario de pobreza absoluta que exigiría desarrollar aquellas acciones que resulten necesarias para asegurar el cumplimiento del mandato constitucional expresado en el artículo 39 CE (RCL 1978, 2836) y que permita proveer a los hijos de las presentes y futuras necesidades alimenticias hasta que se procure una solución al problema por parte de quienes están en principio obligados a ofrecerla, como son los padres.»

Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2017:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. .- Resumen de antecedentes

Son hechos relevantes de la instancia para la decisión del recurso los que se exponen a continuación:

1.- Doña Milagrosa formuló demanda de divorcio contra don Secundino, solicitando la disolución del matrimonio contraído por ambos.

Fruto de este nacieron dos hijas en los años 2006 y 2010.

2.- La sentencia de primera instancia acordó la disolución del matrimonio y, como medidas ahora relevantes, la guarda y custodia compartida de las hijas y la atribución

de la vivienda familiar a doña Milagrosa y a sus hijas menores.

3.- Don Secundino interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia del que conoció la sección vigesimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid.

Dictó sentencia el 4 de diciembre de 2015 (PROV 2016, 19779) y, con cita de las sentencias de esta sala de 5 de septiembre de 2011 (RJ 2011, 5677) y 30 de marzo de 2012 (RJ 2012, 4584) , acordó que el uso de la vivienda familiar se otorgaba a las hijas y a la madre hasta la liquidación de la sociedad de gananciales, siempre que las hijas hayan alcanzado la mayoría de edad en ese momento. De modo que, aunque se liquidase la sociedad legal de gananciales, mientras las hijas sean menores de edad, éstas y su madre permanecerán en el uso y disfrute de la vivienda familiar.

La sentencia (PROV 2016, 19779) de apelación pone el acento en sí la protección del uso de la vivienda respecto de los hijos se extiende a estos al ser mayores de edad.

Lo niega en atención a que, en su condición de alimentistas mayores de edad, no tienen derecho a obtener parte de los alimentos que precisen mediante la atribución del uso de la vivienda familiar, con exclusión del progenitor con el que no hayan elegido convivir.

Tal argumentación sirve de apoyo a su decisión.

4.- Don Secundino interpuso contra la anterior sentencia (PROV 2016, 19779) recurso de casación por interés casacional, al amparo del artículo 477.2.3º LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) , que articuló en un único motivo:

*Motivo Único.- Infracción de lo dispuesto en el artículo 96 CC (LEG 1889, 27) , por aplicación indebida, en relación con el artículo 348 CC y artículo 33 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836) , con desconocimiento de la doctrina jurisprudencial establecida en la sentencia de la sala civil del Tribunal Supremo de fecha 24-10-2014 (RJ 2014, 5180) , recurso número 2119/2013, en el sentido de que procedería **determinar una temporalidad en el uso de la vivienda atribuida a la esposa** como interés más necesitado de protección en un supuesto en que se ha acordado la guarda y custodia compartida, resultando necesario que se fije o se declare infringida dicha jurisprudencia, conforme a la cual el artículo 96 establece como criterio prioritario, a falta de acuerdo entre los cónyuges, que el uso de la vivienda familiar corresponde al hijo y al cónyuge en cuya compañía queden, lo que no sucede en el caso de la custodia compartida al no encontrarse los hijos en compañía de uno solo de los progenitores, sino de los dos; supuesto en el que la norma que debe aplicarse analógicamente es la del párrafo segundo que regula el supuesto en el que existiendo varios hijos, unos quedan bajo la custodia de un progenitor, y otros bajo la del otro, y permite al juez resolver lo procedente.*

Ello obliga a una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, con especial atención a dos factores: en primer lugar, al interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres. En segundo lugar, a si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece a un tercero. En ambos casos con la posibilidad de imponer una limitación temporal en la atribución del uso, similar a la que se establece en el párrafo tercero para los matrimonios sin hijos, y que no sería posible en el supuesto del párrafo primero de la atribución del uso a los hijos menores de edad como manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitado por el juez salvo lo establecido en el artículo 96 CC (SSTS 3 de abril (RJ 2014, 1950) y 16 de junio 2014 (RJ 2014, 3073) , entre otras).

Critica que la sentencia (PROV 2016, 19779) recurrida ha aplicado el párrafo primero del art. 96 CC, previsto para cuando se atribuye la custodia de los hijos de forma exclusiva a un cónyuge y que este no es el caso aquí contemplado por cuanto lo acordado es la guarda y custodia compartida de las menores.

Teniendo en consideración esta circunstancia y la cotitularidad de la vivienda al 50% de ambas partes, solicita que se limite el uso de la misma a un plazo de dos años desde la sentencia que se dicte al efecto.

5.- La sala dictó auto (PROV 2016, 200759) el 14 de septiembre de 2016 por el que se acordó admitir el recurso de casación y, previo el oportuno traslado, la parte recurrida se opuso al mismo, si bien alegó previamente, como óbice de admisibilidad, que el recurrente lo único que pretende es revisar cuestiones relativas a la valoración de la prueba.

6. - El Ministerio Fiscal, con cita de doctrina de esta Sala, apoya el recurso de casación, pero concediendo un plazo de uso de la vivienda común a la madre de tres años desde la fecha de la sentencia.

SEGUNDO. Decisión de la Sala

1. - Ante todo cabe decir que la parte recurrente plantea una cuestión eminentemente jurídica, por incorrecta aplicación en la sentencia (PROV 2016, 19779) recurrida de la doctrina de la sala en materia de atribución y uso de la vivienda familiar cuando la guarda y custodia de los hijos es compartida.

Por tanto no puede tener acogido el óbice de admisibilidad del recurso, pues no se plantea una revisión de los hechos declarados probados.

2. - La sentencia (PROV 2016, 19779) recurrida, y así ofrecemos respuesta al motivo único del recurso de casación, obvia aplicar la doctrina de la sala sobre atribución y uso de la vivienda familiar en supuestos de guarda y custodia compartida, doctrina que ya se había fijado a la fecha en que se dictó la sentencia (PROV 2016, 19779) .

Por el contrario aplica el párrafo primero del art. 96 CC (LEG 1889, 27) , previsto para cuando se atribuye a un solo cónyuge la guarda y custodia de los hijos menores, que no es el caso.

3. - La reciente sentencia de 23 de enero de 2017 (RJ 2017, 363) recoge la doctrina de la sala sobre la materia con remisión a la sentencia 215/2016, de 6 de abril (RJ 2016, 1321) , que, a su vez, recoge la contenida en sentencias anteriores.

*En todas ellas se hace ver que **no existe una regulación específica sobre el uso de la vivienda familiar (STS de 24 de octubre de 2014 (RJ 2014, 5180)) para adaptarla a este régimen de custodia, en contra de lo que sí ha llevado a cabo otras legislaciones autonómicas (Cataluña, Aragón, Valencia y recientemente País Vasco).***

*Se afirma 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 (STS de 24 de octubre de 2014). Ahora bien, existe un interés sin duda más prevalente (STS de 15 de marzo de 2013 (RJ 2013, 2174)) 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 ella conviva, pues ya la residencia no es única, por lo que de acuerdo con el art. 96.2 C. Civil, aplicado analógicamente, a la vista de la paridad económica de los progenitores, se determina que la madre podrá mantenerse en la vivienda que fue familiar durante un año, con el fin de facilitar a ella y a la menor (interés más en necesitado de protección, la transición a una nueva residencia (STS 9 de septiembre de 2015 (RJ 2015, 4179) ; Rc. 545 de 2014), transcurrido el cual la vivienda quedará supeditada al proceso de liquidación de la sociedad de gananciales (STS de 17 de noviembre de 2015 (RJ 2015, 5392) y 11 de febrero de 2016 (RJ 2016, 524) entre otras).»

4.- Si se atiende a la citada doctrina, desconocida por la sentencia (PROV 2016, 19779) recurrida, la decisión correcta será limitar el uso de la vivienda familiar por la madre y sus hijas.

Pero, atendiendo a las circunstancias de empleo de la madre y edad de las menores, el límite, como interesa el Ministerio Fiscal, ha de ser de tres años a computar desde el dictado de la presente sentencia.

Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2017:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Los antecedentes más relevantes para la decisión del presente recurso son los siguientes:

1. - La Sra. Esmeralda y el Sr. Teodulfo (nacidos ambos en el año 1957) contrajeron matrimonio el 5 de septiembre de 1982. Fruto de su unión son dos hijas, nacidas en 1984 y 1986, mayores de edad e independientes económicamente.

El 10 de febrero de 2014, la Sra. Esmeralda interpone demanda de divorcio. La demanda es estimada en parte por la sentencia del Juzgado, que declara disuelto el matrimonio por divorcio, deniega la pensión compensatoria solicitada por la demandante y adopta como medidas: i) la atribución a la Sra. Esmeralda del uso de la vivienda familiar durante dos años desde la notificación de la sentencia; transcurrido ese plazo se acuerda «la atribución alternativa anual del uso de la vivienda ganancial para propiciar una utilización más equitativa al considerar que atendiendo a la situación y posibilidad de trabajo de los dos miembros del matrimonio, pueden cubrir suficientemente sus respectivas necesidades de alojamiento»; ii) se establece a cargo de ambas partes la asunción del préstamo personal de 20 euros; iii) se mantiene el uso de los vehículos en los términos acordados en el auto de medidas provisionales.

3. - La Sra. Esmeralda interpone recurso de apelación. La Audiencia, tras declarar que al «reexaminar la prueba practicada se evidencia claramente el error padecido por el Juzgado al equiparar en posibilidades económicas a ambos esposos», estima en parte el recurso y revoca la sentencia del Juzgado en el sentido de atribuir a la Sra. Esmeralda el uso continuado de la vivienda y condenar al Sr. Teodulfo a pagarle una pensión compensatoria de 300 euros al mes.

Por lo que se refiere a la vivienda, dice la Audiencia que:

«[D]e acuerdo al art. 96 del Código Civil (LEG 1889, 27) , no parece discutible que el interés más necesitado de protección es el de la apelante, sin bienes inmuebles ni vivienda propia ni ingresos de ningún tipo, y con posibilidades laborales reducidas; mientras que el demandado mantiene rendimientos económicos fijos, laborales e incluso derivados de inmuebles rústicos, por lo que es procedente asignarle el uso de la vivienda habitual no intermitentemente, en cualquier caso poco eficaz si debe servir a personas con vida independiente diferentes entre sí (el demandado incluso con vida laboral y residencia habitual ya en otra localidad), sino de modo indefinido».

SEGUNDO. El Sr. Teodulfo interpone recurso de casación en su modalidad de interés casacional.

1.- El recurso se funda en tres motivos de los que, por auto de 17 de mayo de 2017, solo se admite el primero, en el que se denuncia la infracción del tercer párrafo del art. 96 CC (LEG 1889, 27) .

En el desarrollo del motivo el recurrente alega que la sentencia vulnera la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo contenida en las sentencias 29/05/2015 , 11/11/2013 y 5/09/2011 y de las que resultaría que «la atribución del uso de la vivienda familiar, en el caso de existir hijos mayores de edad, sin limitación temporal alguna vulnera lo dispuesto en la ley y la jurisprudencia que lo interpreta».

El recurrente alega que la sentencia recurrida provoca un enriquecimiento injusto en favor de la esposa y un grave perjuicio económico del esposo, que debe pagar como copropietario el 50% del recibo de contribución y de los demás gastos necesarios que recaigan sobre dicha vivienda mientras que se le priva de forma indefinida del uso y disposición de la vivienda familiar, dando lugar a una suerte de expropiación.

2. - La Sra. Esmeralda presenta escrito de oposición al recurso en el que sostiene que la sentencia recurrida no infringe el tercer párrafo del art. 96 CC por cuanto, al atribuirle el uso de la vivienda familiar, tiene en cuenta que su interés es el más necesitado de protección, habida cuenta de que carece de ingresos y de vivienda propia, frente a la situación del esposo, que es funcionario, tiene un sueldo fijo e incluso reside en otra localidad, por lo que no precisa la vivienda para su propio uso.

Solicita por ello la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia recurrida. No obstante, conocedora la parte recurrente de la jurisprudencia de esta sala que tiende a fijar un límite temporal en el uso de la vivienda adjudicada al cónyuge no titular cuando no hay hijos menores, solicita subsidiariamente que, en atención a las circunstancias personales, laborales y económicas de la recurrida, se establezca como límite la fecha de liquidación de la sociedad de gananciales, con un plazo máximo de cinco años.

TERCERO. Por las razones que se exponen a continuación, el motivo se estima.

Esta sala considera que la decisión de la sentencia recurrida, al declarar el mantenimiento de la atribución del uso de la vivienda a favor de la Sra. Esmeralda de manera indefinida, sin fijar un tiempo prudencial, no se ajusta a la interpretación que debe realizarse del tercer párrafo del art. 96 CC (LEG 1889, 27) .

Las circunstancias señaladas por la Sra. Esmeralda y consistentes en su situación laboral y económica pueden ponderarse para valorar si, no existiendo hijos menores, o alcanzada la mayoría de edad por los hijos, como es el caso, puede adjudicarse el uso de la vivienda al cónyuge más necesitado de protección (conforme al tercer párrafo del art. 96 CC), pero las mismas no confieren un derecho ilimitado ni justifican la atribución del uso de la vivienda por tiempo indefinido. La interpretación de la sala, a la que debe estarse para resolver el presente recurso de casación, es la de que el tercer párrafo del art. 96 CC no autoriza a imponer, a falta de acuerdo entre las partes, un uso indefinido e ilimitado de la vivienda familiar.

La adquisición de la mayoría de edad por los hijos da lugar a una nueva situación en la que debe estarse como interés superior de protección, cuando las circunstancias lo aconsejen, al del cónyuge más necesitado de protección, pero por el tiempo que prudencialmente se fije, de conformidad con lo dispuesto en el tercer párrafo del art. 96 CC (sentencias 624/2011, de 5 de septiembre , 707/2013, de 11 de noviembre y 390/2017, de 20 de junio).

Superada la menor edad de los hijos, la situación del uso de la vivienda familiar queda equiparada a la situación en la que no hay hijos a que se refiere el tercer párrafo del art. 96 CC y la adjudicación al cónyuge que esté más necesitado de protección **no puede hacerse por tiempo indefinido**, pues según la doctrina de la sala ello «parece más una expropiación de la vivienda que una efectiva tutela de lo que la ley dispensa a cada una de las partes, fundada en un inexistente principio de solidaridad conyugal y consiguiente sacrificio del puro interés material de uno de los cónyuges en beneficio del otro, puesto que no contempla más uso en favor del cónyuge más necesitado de protección que el tasado por judicial ponderado en atención a las circunstancias concurrentes» (sentencia 315/2015, de 29 de mayo).

Esta doctrina es aplicable tanto cuando se adjudica el uso de la vivienda al «cónyuge no titular» (al que literalmente se refiere el párrafo tercero del art. 96 CC) porque la vivienda es privativa del otro como cuando la vivienda tiene el carácter de bien ganancial, como es el caso del presente recurso. Ya la sentencia 1067/1998, de 23 de noviembre, consideró aplicable el art. 96 párrafo tercero cuando la vivienda es ganancial, mediante una interpretación lógica y extensiva del precepto, y otras sentencias de esta sala así lo han venido entendiendo con posterioridad (sentencias 624/2011, de 5 de septiembre, 707/2013, de 11 de noviembre y 390/2017, de 20 de junio).

Al considerar que el hecho de ser la esposa titular del interés más digno de protección permite adjudicarle sin límite de tiempo el uso de la vivienda familiar, la sentencia recurrida infringe la doctrina de la sala (reiterada en las sentencias 73/2014, de 12 de febrero, 176/2016, de 17 de marzo, 31/2017, 33/2017 y 34/2017, de 19 de enero y 390/2017, de 20 de junio).

CUARTO. Por todo lo expuesto, se estima el motivo del recurso, se casa la sentencia recurrida en el extremo concreto referido a la atribución del uso de la vivienda familiar y la sala, en funciones de instancia, declara que procede establecer una limitación temporal al uso de la vivienda, que se fija en un año a contar desde esta sentencia. En el caso, la demandante ha venido disfrutando ya del uso de la vivienda hasta ahora, pues el auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de 23 de junio de 2014, sobre pieza de medidas provisionales coetáneas, refiere que las partes alcanzaron un acuerdo por el que se atribuía el uso del domicilio familiar a la Sra. Esmeralda, debiendo abandonar el Sr. Teodulfo la vivienda antes del 1 de julio de 2014. Puesto que la demandante cobra una pensión compensatoria y comparte la titularidad de bienes con el esposo, entre los que se incluye la vivienda familiar, de carácter ganancial, la liquidación de la sociedad y la venta de la vivienda reportará a ambos un ingreso y cabe concluir que permitirá a la demandante acceder a una vivienda.

Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2017:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Seguido proceso de divorcio para la disolución del matrimonio integrado por don Conrado y doña Mariana, que tenían dos hijas mayores de edad, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 85 de Madrid fijó -como medidas definitivas- la atribución del uso de la vivienda a doña Mariana hasta la liquidación de la sociedad de gananciales, una pensión de alimentos a favor de cada hija de 400 euros mensuales a cargo del padre y una pensión compensatoria a favor de la esposa por importe de 650 euros mensuales, durante un plazo de tres años, atendiendo al hecho reconocido de que la Sra. Mariana trabajaba por cuenta ajena antes y después del matrimonio, cesando en su actividad laboral en el año 2001, momento en que las hijas contaban con 8 y 5 años de edad. La sentencia razona en el sentido de que

«[...]No puede discutirse tampoco la capacidad de la demandada para incorporarse al mercado laboral, pues admite su formación en idiomas y su formación académica,

no pudiendo estimarse justificado padecimiento de salud que la incapacite para el trabajo (...) en atención a su edad es evidente que cuenta con aptitud para incorporarse al mercado laboral, resultando prudente fijar la limitación que reclama el demandante [...]».

Se interpuso recurso de apelación por la demandada y la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, lo estimó parcialmente aumentando la cuantía de la pensión compensatoria a 850 euros mensuales, con eliminación del límite temporal, sin perjuicio de que se pudiera acudir a una modificación de medidas si varían posteriormente las circunstancias. Afirma la Audiencia que

«[...]es preciso tener en cuenta el parado de larga duración que configura la situación de la interesada quién dejó el mercado laboral en el año 2001 lo que al margen de cualificación -sector del turismo- es claro produce una más que evidente desventaja a la misma dadas las características del actual mercado de trabajo, definido por la inestabilidad y precariedad en el empleo y configurando una enorme competitividad lo que dificulta en extremo el retorno de doña Mariana a la actividad laboral debiendo tener en cuenta el desarrollo y avance de cuanto concierne al uso de las nuevas tecnologías . y la aplicación de la informática a las técnicas y los trabajos de oficina, lo que supone un plus añadido a aquella dificultad intrínseca de la apelante para la reincorporación al trabajo[...]».

Contra dicha sentencia recurre en casación el demandante don Conrado fijando como único objeto del recurso la cuestión referida a la duración de la medida que entiende ha de limitarse tres años.

SEGUNDO. El único motivo del recurso se formula por infracción del artículo 97 CC (LEG 1889, 27) y de la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo emanada en torno a dicho precepto. Afirma la parte recurrente que esta sala en reiteradas sentencias, y en concreto en las que acompaña, determina que para otorgar una pensión compensatoria temporal es menester que el Tribunal haga un juicio de prospección en virtud del cual, valorando todas las circunstancias contempladas en el artículo 97 del Código Civil , determine si se da o no una situación de idoneidad o actitud de la beneficiaria de la pensión para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto y determinado, alcanzando el Tribunal, en su caso, la convicción de que no es preciso prolongar más allá del tiempo que se estime la percepción de la pensión por la certeza de que va a ser factible en tal período temporal la supresión del desequilibrio.

Añade también el recurrente que las referidas sentencias fijan la doctrina de que las conclusiones alcanzadas por la Audiencia Provincial, ya sea en el sentido de fijar un límite temporal a la pensión, ya en el de justificar su carácter vitalicio, deben ser respetadas en casación siempre que aquéllas sean consecuencia de la libre y ponderada valoración de los factores a los que se refiere de manera no exhaustiva el artículo 97 del Código Civil y que han de servir tanto para valorar la procedencia de la pensión como para justificar su temporalidad, siendo posible la revisión casacional únicamente cuando el juicio prospectivo sobre la posibilidad de superar el inicial desequilibrio en función de los factores concurrentes, se muestre como ilógico o irracional, o cuando se asiente en parámetros distintos de los apuntados por la jurisprudencia para determinar el grado de certeza de que la persona beneficiaria de la pensión pueda superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto, en cuyo caso deberá el Juzgador decantarse por la temporalidad de la pensión, y no por su carácter indefinido.

Concluye dicha parte recurrente afirmando que no resulta lógico otorgar a la pensión compensatoria fijada en favor de la esposa - cuya cuantía no se discute - un carácter indefinido, pues si se analizan las circunstancias que concurren, hemos de concluir que en el caso concreto y a través del juicio prospectivo ordenado por la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, hay una previsible certeza de que doña Mariana , en un tiempo prudencial, pueda restablecer el desequilibrio producido con motivo

del divorcio.

TERCERO. .- Resulta así que la propia parte recurrente reconoce que el juicio prospectivo realizado por la Audiencia solo ha de ser revisado cuando se muestre ilógico o irracional, de lo cual se deduce que en el caso presente no procede dicha revisión en tanto que la Audiencia ha valorado adecuadamente la situación de hecho a la hora de decidir sobre el carácter indefinido de la obligación de pago de la pensión.

Esta sala ha declarado en sentencia de 24 de octubre de 2013 (RJ 2013, 7014) (Rec. 2159/2012), y reiterado en la de 8 de septiembre de 2015 (Rec. 2591/2013), entre otras, que la transformación de la pensión establecida con carácter indefinido en temporal puede venir dada por la idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico, y, alcanzarse por tanto la convicción de que no es preciso prolongar más allá su percepción por la certeza de que va a ser factible la superación de este desequilibrio; juicio prospectivo para el cual el órgano judicial ha de actuar con prudencia y ponderación, con criterios de certidumbre, pues a ella se refiere reiterada jurisprudencia de esta Sala (SSTS 27 de junio 2011 , 23 de octubre de 2012 , entre otras).

En este caso no basta que la esposa haya trabajado y tenga cierta cualificación -en parte, condicionada por la dedicación a labores domésticas durante bastantes años- para dar por cierto que podrá acceder al mercado laboral en un plazo determinado, cuando es conocida la dificultad que aún existe para ello como consecuencia de una larga crisis económica y que la interesada ha superado ya la edad de cincuenta años. La fijación temporal de la pensión ha de partir de la convicción del tribunal de que, dentro del plazo fijado, se ha de poder restaurar el equilibrio por los propios medios del cónyuge beneficiario. Cuando no existe tal convicción -como ocurre en el caso- lo oportuno es el establecimiento de la pensión con carácter indefinido, lo que no implica un derecho a cesar en la búsqueda de tal restauración del equilibrio mediante ingresos propios y la imposibilidad de solicitar una modificación de medidas cuando tal búsqueda no se produce, con la finalidad -que no puede encontrar amparo en derecho- de mantener el percibo de la pensión por parte de quien se beneficia de ella. Lo que procede, en definitiva, es hacer una ponderación de las circunstancias concurrentes a efectos de decidir en cada caso lo más adecuado en atención a los intereses en conflicto; ponderación que se ha de entender realizada correctamente por la Audiencia Provincial, lo que impide que el recurso prospere.

Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2017:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Seguido proceso de divorcio contencioso a instancia de la esposa doña Agueda contra don Fructuoso -que actualmente tenían una hija mayor de edad bajo su dependencia por ser estudiante- la sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 del Puerto de Santa María, acordó la disolución del matrimonio fijando, como medidas

definitivas, la atribución del uso de la vivienda que fue familiar a la demandante doña Agueda , una pensión de alimentos a favor de la hija mayor de edad de 150 euros a cargo del padre hasta que la hija cumpla 25 años o tenga trabajo remunerado y una pensión compensatoria para la esposa por importe de 200 euros mensuales, sin límite temporal . Sobre la pensión compensatoria la sentencia dictada en primera instancia considera que se dan todos los requisitos necesarios para que proceda su concesión «[...] puesto que la solicitante lleva casada desde el año 1973 y ha dedicado la mayor parte de su vida al cuidado de sus hijos y su marido, tiene una edad avanzada y escasa formación laboral con lo cual su acceso al mercado laboral se entiende claramente dificultoso, y el hecho de que haya trabajado un tiempo y una vez criado a sus hijos, limpiando en viviendas ajenas y por horas, ganando 30 euros al día, no se considera en absoluto una inmersión en el mercado laboral»

Interpuesto recurso de apelación por el esposo don Fructuoso , la Audiencia Provincial de Cádiz (sección 5.ª) lo estimó parcialmente limitando la atribución a la esposa del uso de la vivienda familiar a dos años y reduciendo la pensión compensatoria a 100 euros con un límite temporal de dos años.

En relación con la pensión compensatoria -única cuestión que ahora se discute en casación- la Audiencia Provincial atiende a dos circunstancias, por un lado el hecho de que la Sra. Agueda ha reconocido haber trabajado durante el matrimonio, y por otro los precarios ingresos con los que cuenta el Sr. Fructuoso , perceptor de una pensión de 775,11 euros mensuales.

Contra dicha sentencia ha interpuesto recurso de casación doña Agueda , interesando que se case la sentencia recurrida y se confirme la dictada en primera instancia.

SEGUNDO. El recurso de casación se interpone al amparo del apartado 3.º del artículo 477.2 LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) , y se estructura en realidad en un solo motivo que se refiere a la vulneración de lo dispuesto por el artículo 97 CC (LEG 1889, 27) y la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo que lo interpreta. La parte recurrente sostiene que en el supuesto de hecho enjuiciado resulta improcedente la limitación temporal de la pensión compensatoria. Cita sentencias de esta sala, entre otras la 304/2016 de 11 de mayo (RJ 2016, 2112) , recurso 8/2015 , la de 28 de abril de 2010 (RJ 2010, 3554) , recurso 707/2006 , y la de Pleno de 5 de septiembre de 2011, recurso 1755/2008 (RJ 2011, 5677) , cuestionando el juicio prospectivo de superación del desequilibrio para la fijación del límite temporal efectuado por la Audiencia, cuando la esposa cuenta sesenta y dos años de edad, ha durado cuarenta y tres años el matrimonio y ha cuidado a los cinco hijos del mismo, de los cuales cuatro tienen independencia económica.

La primera de las sentencia citadas n.º 304/2016, de 11 mayo (RJ 2016, 2112) , con cita de otras anteriores, dice que

« (...) las conclusiones alcanzadas por el tribunal de apelación, ya sean en el sentido de fijar un límite temporal a la pensión, ya en el de justificar su carácter vitalicio, deben ser respetadas en casación siempre que aquélla sea consecuencia de la libre y ponderada valoración de los factores a los que se refiere de manera no exhaustiva el artículo 97 CC y que han de servir tanto para valorar la procedencia de la pensión como para justificar su temporalidad, siendo posible la revisión casacional únicamente cuando el juicio prospectivo sobre la posibilidad de superar el inicial desequilibrio en función de los factores concurrentes se muestra como ilógico o irracional, o cuando se asienta en parámetros distintos de los declarados por la jurisprudencia».

La sentencia de pleno de 5 de septiembre de 2011 (RJ 2011, 5677) viene a decir que

«el establecimiento de un límite temporal para su percepción, además de ser tan solo una posibilidad para el órgano judicial, depende de que con ello no se resienta la

función de restablecer el equilibrio que le es consustancial, siendo esta una exigencia o condición que obliga a tomar en cuenta las específicas circunstancias del caso, particularmente, aquellas de entre las comprendidas entre los factores que enumera el artículo 97 CC (que según la doctrina de esta Sala, fijada en STS de 19 de enero de 2010, de Pleno [RC n.º 52/2006], luego reiterada en SSTS de 4 de noviembre de 2010 [RC n.º 514/2007] y 14 de febrero de 2011 [RC n.º 523/2008], entre las más recientes, tienen la doble función de actuar como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias, y, una vez determinada la concurrencia del mismo, la de actuar como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión) que permiten valorar la idoneidad o aptitud de la beneficiaria para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto, y, alcanzar la convicción de que no es preciso prolongar más allá su percepción por la certeza de que va a ser factible la superación del desequilibrio, juicio prospectivo para el cual el órgano judicial ha de actuar con prudencia y ponderación, con criterios de certidumbre».

El argumento utilizado por la Audiencia al destacar los escasos ingresos del esposo puede servir para adecuar la cuantía de la pensión mensual, como hizo la sentencia impugnada fijándola en 100 euros mensuales, pero no para fijar un límite temporal cuando no existen perspectivas de que la ahora recurrente pueda restablecer el equilibrio por sus propios medios, pues incluso en el supuesto de que pudiera continuar prestando servicio de limpieza en domicilios particulares el desequilibrio existiría, lo que impide aceptar las conclusiones a que llegó la Audiencia y lleva a establecer por ahora la pensión con carácter indefinido.

Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2018:

*PRIMERO. Es objeto del presente recurso de casación la adjudicación del uso de la vivienda familiar tras el divorcio de los litigantes. En el caso son datos relevantes: que el régimen económico del matrimonio era el de **separación de bienes** y que pertenecen en copropiedad ordinaria a ambos litigantes el inmueble que fue vivienda familiar y otros inmuebles; que tienen un hijo en común menor de edad y que se ha acordado un sistema de custodia compartida.*

1.- Está probado (fundamento jurídico segundo de la sentencia de la Audiencia Provincial) que:

«El cese de la convivencia se produjo en abril de 2015, quedando la progenitora en el que fuera el domicilio familiar, sito en la CALLE000 n.º NUM000 bloque NUM001 , escalera NUM002 , puerta NUM003 de Valencia, trasladando el progenitor u domicilio a la vivienda de sus padres y posteriormente a una en régimen de alquiler. Ambos tienen un hijo en común, Justiniano , nacido el NUM005 de 2010. Desde el cese de la convivencia el menor ha residido con sus progenitores por semanas alternas».

La sentencia declara también como probado lo siguiente:

«D.ª Flor trabaja como dependienta en el Corte Inglés con un horario a turnos de mañanas y tardes por semanas alternas, en la empresa Textil Lonia S.A. y percibe unos ingresos mensuales aproximados de 1.200 euros.

»D. Enrique explota un negocio de peluquería a través de la sociedad IE CASANY S.L., es socio único de dicha entidad, teniendo contratada la mercantil a una persona a la que abona la suma de 530 euros mensuales».

Consta en los autos y resulta de los escritos de ambas partes (incluida una sentencia aportada por D.ª Flor , dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 17 de Valencia de fecha 7 de junio de 2017) que los demandantes son cotitulares por mitades de dos viviendas, dos plazas de garaje y un local.

2.- D. Enrique solicitó, en su demanda de divorcio (e igualmente en la contestación a la demanda que presentó D.ª Flor y que dio lugar a un procedimiento que fue acumulado al actual) que, puesto que ambos eran copropietarios de la vivienda que constituyó el domicilio familiar, para el caso de que D.ª Flor no abandonase la vivienda, fuera condenada a compensarle con la cantidad de 300 € mensuales desde el 1 de junio de 2015 hasta el momento en que se procediera al reparto de todos los bienes, incluido este inmueble, teniendo en cuenta las rentas pagadas por alquileres de viviendas similares en la misma zona y las demás circunstancias concurrentes en el caso, como que la vivienda está totalmente amueblada y equipada.

D.ª Flor ha interesado en sus escritos (tanto en su demanda de divorcio como en la contestación a la demanda de D. Enrique) que se le adjudique a ella el uso de la vivienda familiar «para que lo continúe ocupando junto con el menor, al encontrarse en la actualidad al padre ocupando una vivienda en régimen de alquiler».

3.- El 19 de noviembre de 2015, en pieza de medidas provisionales, el Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Valencia dictó auto por el que aprobaba las medidas incluidas por las partes en un acuerdo, conforme al cual, por lo que ahora interesa, en relación con la guarda del hijo menor acordaban un sistema de convivencia compartida por semanas alternas y «en relación a los respectivos domicilios, cada progenitor continuará viviendo en compañía de su hijo en el domicilio en que lo vienen haciendo en la actualidad, sin perjuicio de lo que se decida en su día en el procedimiento principal».

4.- La sentencia de primera instancia dictada el 2 de diciembre de 2016 acuerda:

«En relación a los respectivos domicilios, cada progenitor continuará viviendo en compañía de su hijo en el domicilio en que lo vienen haciendo en la actualidad, con la matización siguiente: Respecto de uso y disfrute de la vivienda, el mismo deberá ser compartido entre los

progenitores, si bien atribuyendo el uso de la misma por anualidades alternas, que perdurará hasta que procedan a separar los patrimonios que tienen en común y sin compensación por pérdida del uso. La progenitora que actualmente está en el uso sea la que se mantenga en el mismo durante la primera anualidad».

La sentencia adopta esta decisión «porque entiende que existe una desproporción o desequilibrio económico entre ambos progenitores, como así ha quedado probado en virtud de la prueba practicada, fundamentalmente por el interrogatorio de la parte demandante».

5.- Recurre D.^a Flor en apelación. Por lo que interesa a efectos del presente recurso, alega que el pronunciamiento contenido en la sentencia por el que se atribuía el uso del domicilio familiar de forma compartida entre los progenitores y por anualidades alternas hasta la separación de patrimonios causaba un mayor desequilibrio entre las partes, pues el Sr. Enrique ya tenía cubierta su necesidad de vivienda mientras que ella, con sus ingresos, no podría asumir el coste de un alquiler para satisfacer esa misma necesidad durante la anualidad en la que no le correspondiera el uso. De otro lado, añade que el apelado no solicitó el disfrute de la vivienda para sí, pues sólo interesó que se acordase una compensación económica por la pérdida del derecho de uso.

6.- La Audiencia Provincial, por sentencia de 12 de abril de 2017 (PROV 2017, 155189) , estima parcialmente el recurso de apelación y revoca la sentencia de primera instancia, dictando sentencia por la que atribuye el uso de la vivienda familiar a la madre hasta que el hijo alcance la mayoría de edad, manteniendo el resto de pronunciamientos.

La Audiencia basa su decisión en el siguiente razonamiento:

«[E]l artículo 96 establece como criterio prioritario, a falta de acuerdo entre los cónyuges, que el uso de la vivienda familiar corresponde al hijo y al cónyuge en cuya compañía queden, lo que no sucede en el caso de la custodia compartida al no encontrarse los hijos en compañía de uno solo de los progenitores, sino de los dos; supuesto en el que la norma que debe aplicarse analógicamente es la del párrafo segundo que regula el supuesto en el que existiendo varios hijos, unos quedan bajo la custodia de un progenitor, y otros bajo la del otro, y permite al juez resolver "lo procedente". Ello obliga a una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, con especial atención a dos factores: en primer lugar, al interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres. En segundo lugar, a si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece a un tercero. En ambos casos con la posibilidad de imponer una limitación temporal en la atribución del uso, similar a la que se establece en el párrafo tercero para los matrimonios sin hijos, y que no sería posible en el supuesto del párrafo primero de la atribución

del uso a los hijos menores de edad como manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitado por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC (LEG 1889, 27) (SSTS 3 de abril y 16 de junio 2014 , entre otras).

»El interés más necesitado de protección ha sido valorado en la sentencia, siendo la esposa la que queda en una peor situación tras la ruptura y la que ha venido disfrutando del domicilio (titularidad de ambos litigantes) hasta ahora y la que considera este Tribunal que debe permanecer en el mismo hasta que el menor alcance la mayoría de edad».

SEGUNDO. D. Enrique interpone recurso de casación en su modalidad de interés casacional.

1.- El recurso se funda en un único motivo en el que denuncia infracción del art. 96 y del art. 348 CC (LEG 1889, 27) y art. 33 CE (RCL 1978, 2836) , con desconocimiento de la doctrina jurisprudencial establecida en las recientes sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 14 de mayo [sic] de 2017 (RJ 2017, 878) , rec. 1021/2016 y 12 de marzo de 2017, rec. 2014/2016 , así como las que se citan en estas. Argumenta que la sentencia recurrida establece una limitación temporal excesiva y desproporcionada en la atribución del uso del bien privativo con lo que se vulnera el derecho de propiedad y se impide la separación de patrimonios. Señala que en el caso es decisivo que la vivienda que constituyó el domicilio familiar es privativa de ambos, que existen otros inmuebles en fase de división y que esa división está ahora paralizada por voluntad de la progenitora beneficiada del uso de la vivienda.

Se reprocha a la Audiencia Provincial que no haya sabido ponderar las circunstancias concurrentes del caso para la asignación por un periodo inferior: D.ª Flor tiene una nómina mensual de 1.200 € y dispone de otros dos inmuebles (piso y local) además de la vivienda cuyo uso se le atribuye, lo que permite vislumbrar que la progenitora beneficiaria va a mejorar de fortuna cuando se produzca la separación de patrimonios, de modo que podrá acceder a otra vivienda, o tener liquidez suficiente para adquirir en breve plazo una vivienda.

Solicita que, con estimación del recurso, se dicte sentencia con el siguiente alcance:

«1.- La confirmación de la sentencia de 2 de diciembre de 2016, del Juzgado de Primera Instancia n.º 8, de Valencia en lo que se refiere a la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, así como del ajuar y mobiliario existente por anualidades alternas hasta que procedan a separar patrimonios que tienen en común. Limitación del uso más ponderada y sensata que la que ofrece la Audiencia Provincial de Valencia.

»2.- La compensación por parte de la Sra. Flor al Sr. Enrique con el 50 % del importe de una renta media para un inmueble similar en esa zona, por la pérdida de uso o disposición del 50 % del inmueble privativo a favor de aquella desde el 2 de diciembre de 2017, fecha en que le

hubiera correspondido el uso y disfrute de la vivienda conforme a la sentencia de 2 de diciembre de 2016 hasta el 1 de diciembre de 2018, y hasta que culmine la separación de patrimonios. Estimamos que es una medida de justicia, razonable y disuasoria dado que esos procesos se pueden alargar en el tiempo por diversas causas, retraso en el propio órgano judicial o por abuso o mala fe procesal de una de las partes».

2. - D.^a Flor presenta escrito de oposición al recurso en el que sostiene que el recurso es inadmisibile: i) porque las sentencias invocadas por el recurrente se refieren a casos diferentes, por lo que su doctrina no es aplicable al caso: porque la de 12 de mayo de 2017 se refiere a un caso en el que la vivienda era del progenitor al que no se le adjudicó el uso y en la de 14 de marzo de 2017 existía paridad económica entre los progenitores; sostiene que el presente caso es diferente porque la vivienda pertenece en copropiedad a los dos y la sentencia de la Audiencia ha valorado la situación de ambos y ha considerado que el de la madre es el interés más necesitado de protección; ii) porque en el recurso se ha introducido una petición nueva, la solicitud de compensación económica equivalente al 50% del importe de una renta media para un inmueble similar en esa zona desde el 2 de diciembre de 2017 hasta que culmine la separación de patrimonios.

3.- El Ministerio Fiscal emite dictamen en el que interesa la casación de la sentencia recurrida y que se dicte sentencia en el sentido solicitado por el recurrente, adjudicando a la progenitora la vivienda durante un plazo de uno o dos años a fin de que, en ese periodo de tiempo, bien mediante adjudicación de bienes o bien mediante el dinero en metálico que perciba de la liquidación de los bienes, pueda procurarse una vivienda digna que satisfaga las necesidades el menor y sus propias necesidades.

TERCERO. La cuestión jurídica que se plantea es la de la atribución del uso de la vivienda familiar en el caso de custodia compartida.

Para la resolución del recurso debe partirse del siguiente marco normativo y jurisprudencial:

1.º) El art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero (RCL 1996, 145) , de protección jurídica del menor (modificado por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio (RCL 2015, 1136)) declara que todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan.

El mismo artículo establece a continuación que, a efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta, entre otros criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, la satisfacción de las necesidades básicas del menor, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas [art. 2.2.a)].

Añade, finalmente el art. 2.4 que:

«En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes. En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. 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».

2.º) El art. 96 CC (LEG 1889, 27) establece los criterios que debe tener en cuenta el juez para atribuir el uso de la vivienda y ajuar familiar en caso de que no exista acuerdo de los progenitores o que el acuerdo no supere el control de lesividad a que se refiere el art. 90.2 CC .

Pero el art. 96 no contempla el caso de que se haya acordado la custodia compartida. En ausencia de una previsión legal, esta sala ha declarado que no procede la aplicación del primer párrafo del art. 96 CC , dado que los hijos no quedan en compañía exclusiva de uno de los progenitores y ha venido entendiendo que debe aplicarse por analogía el párrafo segundo del art. 96 CC del que resulta que, en defecto de acuerdo de los cónyuges, «el Juez resolverá lo procedente».

De acuerdo con la doctrina de esta sala, en casos de custodia compartida, es posible la atribución del uso de la vivienda a aquél de los progenitores que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda (no ser titular o disponer del uso de ninguna otra, menores ingresos) para que de esta forma pueda llevarse a cabo la convivencia durante los períodos en los que le corresponda tener a los hijos en su compañía.

Pero cuando se valora que no existe riesgo de poner en peligro el régimen de custodia compartida, pues el progenitor está en condiciones, por su situación económica, de proporcionar una vivienda adecuada a sus necesidades, el criterio de la sala es el de que no procede hacer la atribución indefinida de uso de la que fue la vivienda familiar y deben armonizarse los intereses contrapuestos, el del titular (o cotitular) de la vivienda y el de los hijos a relacionarse con el otro en una vivienda (resume la doctrina la sentencia 517/2017, de 13 [sic] de septiembre (RJ 2017, 4636) , con cita de otras anteriores).

CUARTO. Esta sala considera que la sentencia recurrida, al atribuir a la madre el uso de la que fue vivienda familiar durante la convivencia del matrimonio hasta que el hijo alcance la mayoría de edad, no se ajusta a la interpretación y aplicación que debe realizarse del art. 96 CCa la luz de lo dispuesto en el art. 2 de la Ley Orgánica de protección jurídica del menor.

La valoración del interés del menor ha llevado en el presente caso a adoptar un sistema de custodia compartida, lo que en este momento no se discute. La ponderación de las circunstancias realizada por las sentencias de instancia ha llevado a ambas a acordar la atribución de la vivienda a D.ª Flor : atribuyendo el uso por anualidades alternas hasta la división del patrimonio que tienen en común los litigantes, pero manteniéndole a ella el uso durante la primera anualidad en la sentencia de primera instancia; atribuyéndole a ella el uso hasta que el hijo alcance la mayoría de edad en la sentencia de apelación.

Lo que se discute ahora es si procede la atribución del uso de la vivienda que fue familiar durante el tiempo fijado en la sentencia recurrida, teniendo en cuenta que el niño nació en 2010 y no alcanzará la mayoría de edad hasta 2028 o, por el contrario, en palabras de la jurisprudencia de esta misma sala, lo que procede es acordar una atribución temporal, dirigida a facilitar la transición a la nueva situación de custodia compartida, como hizo la sentencia de primera instancia y solicita el recurrente.

En el caso, concurre el interés legítimo del padre, cotitular de la vivienda, de poder disponer de ella y, a la vista de las circunstancias probadas, deben priorizarse, como dice el art. 2 de la Ley Orgánica de protección jurídica del menor, las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes.

Debe tenerse en cuenta que el límite fijado por la sentencia recurrida, que remite a la mayoría de edad del hijo, equivale a una atribución indefinida, pues cuando el hijo alcance la mayoría de edad ya no existirá custodia compartida y el hijo podrá permanecer con aquel de los progenitores que desee, tal y como para un caso semejante declaró la sentencia 434/2016, de 27 de junio (RJ 2016, 2876) .

La ponderación de las circunstancias concurrentes (D.ª Flor tiene un salario mensual de 1.200 euros y es copropietaria, por mitades indivisas, junto con D. Enrique , del inmueble que fue vivienda familiar, de otra vivienda en el mismo bloque, de un local comercial y dos plazas de garaje) permite concluir que, con su sueldo y con lo que resulte de la división del patrimonio común, D.ª Flor podrá disponer de una vivienda que permita hacer efectivo el sistema de custodia compartido establecido en interés del menor.

Como dice el Ministerio Fiscal en su Dictamen: Se ha de tener en cuenta que si en la adjudicación de bienes se atribuye a la madre el piso de la planta NUM006 del edificio en el que también radica la vivienda familiar (ahora alquilado), la recurrida se encontraría con el uso y disfrute de dos viviendas y el padre sin ninguna. Si por el contrario se le adjudica la vivienda que ha sido familiar, la recurrida pasa a tener la propiedad en exclusiva y el uso de la misma. Si no se llega a la adjudicación de los lotes y los inmuebles se venden en subasta pública, la progenitora adquirirá una liquidez monetaria que le ha de permitir la adquisición o alquiler de una vivienda similar a la que ahora disfruta y

digna para acoger a su hijo en los periodos de convivencia. Se ha de tener en cuenta, además, que desarrolla una actividad laboral retribuida con 1.200 € mensuales y se han de repartir el metálico de las cuentas corrientes conjuntas.

Por todo lo expuesto, se estima el motivo del recurso, se casa la sentencia recurrida en el extremo concreto referido a la atribución del uso de la vivienda a la madre hasta que el hijo alcance la mayoría de edad y se confirma la sentencia del Juzgado.

No puede ser estimada la solicitud del recurrente de una compensación por el tiempo que D.^a Flor ha ocupado la vivienda después de transcurrido el plazo del primer año fijado por la sentencia de primera instancia, puesto que tal uso ha venido haciéndose bajo el amparo de la sentencia recurrida.

Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2014:

Se discute en el recurso si la sentencia dictada por la Audiencia Provincial es o no contraria a la jurisprudencia de esta Sala sobre la promesa de donación de un inmueble contenida en un convenio regulador de separación matrimonial ("compromiso de donación a favor del hijo habido del vínculo matrimonial", se dice en el convenio, "de la vivienda que sirviera de domicilio conyugal a favor del hijo habido del vínculo matrimonial"). Si es válida y produce efectos obligando al promitente a otorgar la correspondiente escritura de donación o si, por el contrario, carece de efectos jurídicos y es nula por lo que no resultaría obligado a dicho cumplimiento.

El recurso se articula en un solo motivo en el que, tras citar como infringido el artículo 633 del Código Civil, se alega la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia de esta Sala, a cuyo fin cita como opuestas a la recurrida las sentencias de 24 y 25 de enero de 2008, las cuales establecen la siguiente doctrina: ... "Respecto de la promesa de donación (no donación meramente obligatoria como afirma el recurrente) debe recordarse aquí que desde la sentencia de 6 junio 1908, esta Sala se ha pronunciado de forma repetida sobre la no validez de las promesas de donación (asimismo SSTs de 27 junio 1914 , 25 abril 1924 , 22 enero 1930 , 21 noviembre 1935 , que requiere la aceptación por escrito, 21 junio 1945, que afirma que la donación entre vivos de inmuebles sin aceptación carece de consecuencias jurídicas, 22 junio 1982, 23 diciembre 1995, 6 febrero 1996 y 19 junio 1999). La de 25 noviembre 2004 afirma que "ha de tenerse en cuenta la jurisprudencia de esta Sala en cuanto tiene declarado que no son admisibles las simples promesas de donación futura de bienes inmuebles". En resumen, la

doctrina de esta Sala califica la promesa como una donación incompleta, carente de los efectos jurídicos de la donación en la que concurren todos los requisitos legales."

El Ministerio Fiscal ha interesado su desestimación al estar conforme con la doctrina expresada en las sentencias del Juzgado y de la Audiencia.

SEGUNDO

Argumenta la recurrente que tal doctrina ha sido vulnerada por la resolución recurrida al otorgar validez a la promesa de donación contenida en el convenio regulador.

No es así, por lo que el recurso se desestima.

En primer lugar, la sentencia de 24 de enero de 2008, se refiere a la invalidez del pacto de donación de la mitad ganancial de un piso, correspondiente al recurrente, contenido en un convenio regulador a favor de los hijos del matrimonio y se origina esta por la falta de aceptación de los donatarios, que no habían intervenido en el convenio matrimonial, ni la aceptación se produjo en un momento posterior con las formalidades del artículo 633.2 del Código Civil, faltando el requisito de la escritura pública, lo que lleva a la Sala a afirmar que estamos ante una promesa unilateral de donación que "no es válida al carecer de los requisitos exigidos por el Código Civil para la validez de la misma donación". No se dice en la sentencia si los donatarios eran allí menores o mayores de edad en el momento de la firma y posterior homologación judicial del convenio.

En segundo lugar, la sentencia de 25 de enero de 2008, trae causa de un convenio regulador en el que se contiene un pacto de donar a los hijos unos pisos cuando "estos cumplan 25 años de edad". No se trata, dice la sentencia, de una donación de presente sino sometida a plazo. "Se trata, por tanto, de una promesa de donación. En este caso podría admitirse que está otorgada en forma pública, pero al no concurrir aceptación de los hijos, porque no podían intervenir al tratarse de un convenio regulador, no hay más que una promesa de donación", a la que se aplica la doctrina citada.

En el presente caso ocurre lo siguiente:

(i) El pacto que se cuestiona contenía un compromiso de donación de la nuda propiedad de un inmueble perfectamente individualizado como domicilio conyugal, a favor del hijo menor habido de la relación de matrimonio, con reserva del donante del usufructo vitalicio, estando el hijo debidamente representado en dicho acto por sus padres, a los efectos de la aceptación que se realiza a su favor.

(ii) Este pacto fue suscrito por las partes en el marco de un convenio regulador, que fue aprobado judicialmente al dictarse la correspondiente sentencia de separación, que es firme, y confirmado por la sentencia de divorcio, que también es firme.

(iii) Se trata de una promesa bilateral y no unilateral, que no tiene un contenido de liberalidad, sino que se inserta en un negocio jurídico de mayor contenido obligacional recíproco, como es el convenio matrimonial suscrito de mutuo acuerdo por ambos cónyuges, que fue aprobado por una sentencia firme, en el que se engloban una serie de contraprestaciones complementarias determinantes de un negocio jurídico complejo, de carácter familiar y oneroso, y no de una simple donación a favor del hijo, que debe gozar de la fuerza vinculante del mismo, en tanto no se impugne.

(iv) La declaración del donante y del donatario, tratándose de inmuebles, cumplimenta lo dispuesto en el artículo 633 del Código Civil, respecto de la exigencia de escritura pública, mediante su inclusión en el citado convenio, que tiene valor de documento público, sin necesidad del otorgamiento ulterior escritura pública para su formalización al tratarse de una medida que afecta a la vivienda familiar tomada en el marco propio de la solución de la crisis familiar objeto del convenio, con acceso al Registro de la Propiedad para su inscripción.