

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.

RAÚL ACEBES CORNEJO
Doctor en Derecho. Abogado.

ACTUALIZADO NOVIEMBRE 2017

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).
- 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 principio, 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, 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.

-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, si ha 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.

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).

-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.

- 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 práctica anterior de los progenitores
- Sus aptitudes personales
- Los deseos manifestados por los menores
- El número de hijos
- El cumplimiento por los progenitores de sus deberes
- El respeto mutuo entre ellos
- 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.

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:

- 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).

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.

- 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.

- El derecho sobre la vivienda familiar no constituye un derecho real específico, pero puede ser inscrito en el Registro de la propiedad ese derecho concedido judicialmente, para evitar los efectos del art. 34 LH.

- 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.

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.

- 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 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.

SEXTO. 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.- Recurrída 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 efectivos, 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 mas 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 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 matrimonio 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).

Crítica 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.

