

**La jurisprudencia en materia de Derecho de las crisis matrimoniales,
custodia de los hijos, uso de la vivienda familiar, pensiones alimenticias,
pensiones compensatorias, etc.**

**Juan Antonio Xiol Ríos
Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo**

En este trabajo se estudia la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre crisis matrimoniales prestando especial atención a las resoluciones más recientes recaídas en materia de procesos de divorcio, guarda y custodia de los hijos, custodia compartida, derecho de visitas, uso de la vivienda familiar, alimentos y mecanismos de compensación entre los cónyuges. Se destaca en la moderna jurisprudencia la atención prestada al interés del menor como principio superior y el cumplimiento de lo exigido por los tratados internacionales sobre personas con discapacidad.

Contenido

**[La jurisprudencia en materia de Derecho de las crisis matrimoniales,
custodia de los hijos, uso de la vivienda familiar, pensiones alimenticias,
pensiones compensatorias, etc.....1](#)**

[Juan Antonio Xiol Ríos](#)

<u>Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo.....</u>	<u>1</u>
<u>1. Legitimación para interponer la demanda de divorcio.....</u>	<u>3</u>
<u>2. DE VISITAS CUSTODIA DE LOS HIJOS Y RÉGIMEN.....</u>	<u>8</u>
<u>3. Uso de la vivienda familiar.....</u>	<u>18</u>
<u>4. Cargas del matrimonio.....</u>	<u>30</u>
<u>5. Pensiones alimenticias.....</u>	<u>33</u>
<u>6. Pensiones compensatorias.....</u>	<u>35</u>
<u>7. La STC sobre custodia compartida.....</u>	<u>57</u>

1. Legitimación para interponer la demanda de divorcio

La STS 21 septiembre 2011, Pleno, RC n.º 1491/2008 establece que los tutores de una mujer incapacitada en situación de coma vigil tienen legitimación para interponer la demanda de divorcio si se demuestra que e actúan en interés de la persona sometida a tutela:

«A los efectos de la motivación de la presente sentencia, resulta indispensable el examen de la STC 311/2000, de 18 diciembre, alegada por las partes a lo largo del presente procedimiento y en el propio recurso de casación.

»La STC 311/200 se pronunció sobre el ajuste a la Constitución de las sentencias 105 y 106, de 23 febrero 1998, dictadas por la Audiencia Provincial de Asturias, que habían negado legitimación para ejercer la acción de separación a la madre y tutora de una persona incapacitada. El TC decidió que debía protegerse el derecho a la tutela judicial efectiva de la persona incapaz y declaró que se había lesionado este derecho por la negativa a que la madre tutora pudiera ejercitar la acción. La STC se planteó, en primer lugar, si concurría o no un interés legítimo que se habría impedido por no haberse permitido el acceso a la tutela judicial efectiva. El argumento que utilizó la sentencia de referencia decía que "[...]la separación matrimonial y la acción judicial que constituye el medio para obtenerla, vienen a satisfacer un interés legítimo de defensa de los cónyuges frente a la situación de convivencia matrimonial, cuando ésta les resulta perjudicial [...]", interés que puede residir bien en una situación de peligro físico, bien en una situación "patrimonial en supuestos fácilmente reconducibles al incumplimiento de estos deberes". Negar legitimación al tutor "determina de modo inexorable el cierre, desproporcionado por su rigorismo, del acceso del interés legítimo de ésta a la tutela judicial, si se advierte que, privado el incapacitado con carácter general, del posible ejercicio de acciones[...], el ejercicio de la separación solo puede verificarse por medio de su tutor, con lo que si a éste se le niega la legitimación para ello, dicho cierre absoluto es su ineludible consecuencia[...]". El cierre de la posibilidad de ejercicio de la acción de separación en aquel caso, "[...]no cumple las exigencias de razonabilidad ni de proporcionalidad respecto de ningún fin discernible en el régimen de la tutela", por lo que "[...] desemboca en una inaceptable situación de desigualdad de los esposos en la defensa de sus intereses patrimoniales, ya

que no responde a ningún fundamento objetivo y razonable que pueda justificar una diferencia de trato de tal naturaleza, máxime si se atiende a los mandatos que se derivan del art. 49 CE en cuanto al tratamiento de los incapaces y del art. 32.1 CE en cuanto a la posición de igualdad de ambos cónyuges en el matrimonio".

»El voto particular concurrente del propio ponente va más allá, en cuanto que supera en su argumentación, la tradicional distinción entre derechos personales y derechos personalísimos, que solo podrían ser ejercitados por el titular y nunca por su representante legal. Así afirmaba que negar al tutor la legitimación para el ejercicio de la acción de separación "no se basa en un precepto legal inequívoco, sino más bien en un concepto doctrinal de acciones personalísimas, que es el que subyace en la interpretación del art. 81 CC".

»Esta STC es fundamental para la resolución del presente recurso, si bien éste se refiere a la acción de divorcio planteada por los padres/tutores, supuesto que carece de regulación en la legislación española actualmente en vigor y que ofrece algunos problemas propios, diferentes a los planteados en la STC 311/2000, especialmente importantes a raíz de la modificación del divorcio, efectuado por la ley 13/2005. La STC 311/2000, de 18 diciembre plantea exactamente el problema, al centrar la cuestión en el interés del incapacitado (FJ4), pero se refiere al interés en la separación en un momento en que el Código civil exigía la alegación de causas y solo sería aplicable plenamente en la separación actual, porque su estructura después de la reforma es muy similar. Por tanto, no puede solucionarse el presente recurso con la simple referencia a la STC examinada, sino que debe estudiarse si el divorcio, que comporta la disolución del matrimonio a diferencia de la separación, puede ser ejercitado por el tutor en una acción planteada en nombre y representación del cónyuge incapacitado.

»El ejercicio de los derechos fundamentales cuyo el titular está incapacitado.

»En el presente supuesto y siempre que se trate de la acción de separación o divorcio ejercitada por los tutores en nombre e interés de una persona incapacitada, están presentes dos derechos fundamentales:

»1º El derecho fundamental a la libertad de continuar o no casado. El divorcio actual no requiere alegación de causa cuando lo ejercita personalmente el interesado, quien no tiene que justificar sus motivos, porque de esta manera, el ordenamiento protege el derecho a la intimidad del cónyuge peticionario del divorcio. A ello obedece la regulación puesta en vigor por la ley 13/2005, al no exigir la alegación de causas.

»2º El derecho a la tutela judicial efectiva permite ejercer las acciones cuya titularidad corresponde al incapacitado por medio del representante legal, tal como establece el art. 271,6 CC, que atribuye a los tutores la legitimación "para entablar demanda en nombre de los sujetos a tutela", siempre con autorización judicial, que no se requerirá "en los asuntos urgentes o de escasa cuantía". Esta norma no distingue la naturaleza de la acción que se está ejerciendo en nombre de la persona incapacitada, y así están también incluidas en el art. 271,6 CC las acciones para pedir el divorcio y la separación. La tutela judicial efectiva queda protegida por este medio y la tradicional teoría académica acerca de los derechos personalísimos no puede aplicarse.

»Precedentes.

»La posibilidad de que el tutor de una persona incapacitada casada pueda o no ejercer la acción de divorcio tiene pocos precedentes en los ordenamientos de nuestro entorno. A ello contribuyen dos condicionamientos: i) la tutela tiene aspectos muy distintos en estos ordenamientos, a pesar de estar construida en todos ellos como sistema de protección de discapacitados e incapaces, y ii) el divorcio tiene una regulación no uniforme en estos ordenamientos.

»1º El Código civil francés no admite el ejercicio de la acción de divorcio por consentimiento mutuo por el representante de mayores de edad protegidos, sea cual sea el régimen de protección a que estén sujetos (art. 249-4); en cambio, sí admite la acción en nombre del cónyuge sometido a tutela en los casos de divorcio contencioso (Art. 249). El tutor puede ejercitarla solo si ha obtenido la autorización del consejo de familia, previo el informe del médico. Asimismo, el Art. 249-1 establece que la acción se ejercerá contra el tutor si el cónyuge contra el que se presenta la demanda, está sometido a tutela.

»2º En Alemania, el § 8,n 1 de la Familienverfahrgesetz (ley de procedimientos de Derecho de familia), establece que una persona incapaz puede ser parte en los procedimientos matrimoniales, pero las personas que representan a dicha parte de acuerdo con las disposiciones de derecho civil debe actuar como parte (§9 (2) FPA), de tal manera que si la persona es mentalmente incapaz, debe actuar el representante, quien debe ser autorizado por el Juzgado o el Tribunal de familia o el Tribunal de tutelas (§125 (2) FPA).

»3º En Italia, sin embargo, no hay previsión sobre esta posibilidad.

»4º La Ley española de divorcio, de 1932 admitió que los tutores pudieran ejercitar esta acción en su art. 40, que decía que "por los incapacitados, a

tenor del Art. 213 CC, podrá pedir la separación su tutor, con autorización del Consejo de familia". No se especificaba nada en relación al divorcio, pero el Art. 48 exigía la intervención del Ministerio Fiscal en estos procedimientos cuando existieran "menores, ausentes o incapaces".

»La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, ratificada por España en 2008, establece en el art 12.3, que "3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica" y a continuación, en el art. Artículo 13, se dice que "1. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, [...]".

»Estos principios deben ser tenidos en cuenta en la resolución que se demanda, porque la ratificación del Convenio de Nueva York y su consiguiente incorporación al ordenamiento español, obliga a los Tribunales a aplicar los principios que contiene y facilitar la actuación del incapaz a través o por medio de sus representantes legales. Si no se admitiese dicha actuación, en el caso de la acción de divorcio se estaría restringiendo su ejercicio y vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva, con el resultado que el matrimonio se convertiría de hecho en indisoluble en aquellos casos en que la otra parte, la capaz, no quisiera demandarlo.

»La legitimación de los tutores.

»Las anteriores razones llevan a concluir que los tutores están legitimados para ejercitar la acción de divorcio en nombre de una persona incapacitada, siempre que por sus condiciones, no pueda actuar por sí misma. Esta solución no es extravagante en el ordenamiento español, ya que el Código civil legitima al Ministerio Fiscal y "a cualquier persona que tenga interés directo y legítimo" en la acción para pedir la declaración de nulidad de un determinado matrimonio (art. 74 CC), así como a padres, tutores, guardadores y Ministerio Fiscal cuando la acción tenga por objeto pedir la nulidad de un matrimonio por falta de edad (art. 75 CC).

»La representación legal del tutor le impone el deber de ingerencia en la esfera jurídica del incapaz cuando sea necesario para obtener su protección, si bien no libremente, sino con las limitaciones que derivan de la naturaleza de función que tiene la tutela y por ello el ejercicio de la acción de divorcio por parte de los tutores debe responder a las mismas reglas que rigen la representación legal por las siguientes razones.

»1ª Debe aplicarse lo dispuesto en el art. 216.1 CC, que es la norma general

que rige, en cualquier caso, la actuación de los tutores, porque "las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial". Por ello, el art. 271 CC exige autorización judicial para entablar cualquier tipo de demanda.

»2ª En segundo lugar, el ejercicio de esta acción debe obedecer a los intereses del incapaz, por lo que debe justificarse que la actuación se lleva a cabo en interés del incapaz, tal como concluyó, en una legislación distinta, la STC 311/2000.

»3ª Hay que tener en cuenta que en los procedimientos de derecho de familia en los que son parte menores e incapaces se requiere la actuación del Ministerio Fiscal, que deberá velar por sus intereses, con lo que se garantiza que las acciones de los tutores no sean caprichosas o arbitrarias.

»Constituiría una falacia negar el ejercicio de la acción de divorcio a los tutores sobre la base de que a partir de la reforma de 2005, no se exige la alegación de causas. Lo único que efectuó la reforma fue eliminar la necesidad de expresar la concurrencia de causa, para proteger el derecho a la intimidad del cónyuge que pide el divorcio; esta configuración no puede impedir el ejercicio de la acción cuando exista interés del incapaz, pero de ello no se deduce que los tutores puedan ejercitar arbitrariamente dicha acción, porque deben justificar que existe un interés del incapaz en obtener la disolución de su matrimonio, lo que van a permitir la actuación del tutor.

»La concurrencia de interés de la incapacitada.

»A continuación debe examinarse si en este caso concurren las circunstancias anteriores y muy en especial, si existe interés del incapaz en el ejercicio de la acción de divorcio por sus tutores.

»1º La sentencia de separación, de Audiencia Provincial de Álava, de 20 diciembre 2004, consideró probado que concurrían causas de separación antes del accidente de la esposa, según se ha resumido en el FJ 1º-4 de esta sentencia, de modo que la sentencia concluía que "[...]ante tales circunstancias resulta del interés del incapaz declarar la separación".

»2º Los tutores obtuvieron autorización judicial para interponer la acción de divorcio como representantes legales de su hija incapacitada. Esta petición fue denegada inicialmente, pero apelada, se dictó auto por la sección 1ª de la Audiencia Provincial de Álava, en 24 noviembre 2006, autorizándose a los tutores para ejercer dicha acción en la que se entendía que los tutores tenían legitimación de acuerdo con los arts. 267 y 271 CC, independientemente del tipo de acción que ejercitaran.

»3º Autorizados los tutores para ejercitar la acción de divorcio, y acreditado el interés del incapaz, la Audiencia Provincial debía pronunciarse sobre el fondo del asunto, lo que se hizo en la sentencia que se recurre, que examinó si el divorcio era favorable al interés de la esposa incapacitada, sobre la base de lo que se había considerado probado en la sentencia de separación, situación que no se había modificado en el momento de presentarse la demanda de divorcio».

2. DE VISITAS CUSTODIA DE LOS HIJOS Y RÉGIMEN

2.1 Criterio del interés del menor

La STS 29 de junio 2012, RC n.º 1554/2011, considera que el interés prevalente del menor para relacionarse con su padre impide la supresión del régimen de visitas fundada exclusivamente en el hecho de que el padre había sido condenado por violencia sobre la madre, dado que el interés de esta no prevalece sobre el interés del menor:

«Debe repetirse lo dicho por esta Sala en la STS 261/2012, de 27 abril: Esta Sala ha venido repitiendo que "la revisión en casación de los casos de guarda y custodia solo puede realizarse [...] si el juez a quo ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre", tal como afirma la STS 154/2012, de 9 marzo, con cita de las SSTS 579/2011, de 22 julio y 578/2011, de 21 julio. La razón se encuentra en que "el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de este". "[...] La interdicción del nuevo examen de la prueba en casación se mantiene en estos procesos, tal como se ha dicho repetidamente por esta Sala y solo cuando se haya decidido sin tener en cuenta dicho interés, podrá esta Sala examinar, como ha hecho ya, las circunstancias más adecuadas para dicha protección".

»"En conclusión, la sentencia recurrida ha examinado las pruebas aportadas, cuya evaluación se ha producido dentro de los criterios establecidos para la valoración de la prueba en la LEC, y que, además, no se ha impugnado por el cauce establecido para ello, es decir el recurso extraordinario por infracción procesal".

»Esta doctrina debe aplicarse también al presente recurso, puesto que la Audiencia Provincial ha tenido en cuenta el interés de la menor, que se relaciona con su padre y familia paterna de forma satisfactoria y que

cumple el derecho de visitas con recogida en un punto de encuentro, por tanto, con garantías adicionales para la efectividad de las visitas. Es la menor quien presenta el interés preferente a relacionarse con su padre, siempre que no se produzcan episodios que puedan perjudicarla, debiendo obviarse otros intereses, como el manifestado por la madre».

2.2 Intervención del Ministerio Fiscal

La STS 11 noviembre 2011, RC n.º 1201/2010, declara que no se produce incongruencia cuando el Ministerio Fiscal, que es parte en el proceso por afectar a una persona menor de edad, y de la ampliación de las visitas y esta se acuerda por el tribunal:

«Aunque la defectuosa alegación efectuada por D. [...] respecto a las normas infringidas debería haber producido la desestimación del motivo, puede identificarse la argumentación de su recurso, lo que permite conocer la norma infringida. Por ello se decide entrar a examinarlo, teniendo en cuenta, además, que la estimación del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal produce el mismo resultado.

»El art. 3, 6º y 7º de la Ley 50/1981, de 31 diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal atribuye al Fiscal la condición de parte con legitimación propia para "6º Tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la ley". Y actuará en representación y defensa del menor para "7º Intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación". Por ello el art. 749.2 LEC establece que en los procedimientos relativos a filiación, matrimonio, incapacidad, etc. "[...] será preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor [...]".

»Por estas razones, el Ministerio Fiscal, al intervenir en estos procedimientos, puede proponer las medidas que considere convenientes para protección de los menores y en este caso, pidió que se ampliara el régimen de las visitas establecido, por lo que la sentencia de 1ª instancia que las acordó, no incurrió en la incongruencia omisiva que le imputa la sentencia recurrida.

»Además, los procedimientos sobre menores no se rigen por el principio de rogiación (STS 565/2009, de 31 julio), de acuerdo con lo que dispone el art.

91 CC y art. 774.4 LEC, de modo que en cualquier momento del procedimiento y a la vista de las pruebas, pueden pedirse las medidas que sean más convenientes para el interés del menor, por lo que el propio Juez podría haber acordado una ampliación del derecho de visitas, en el caso que lo hubiera considerado conveniente».

2.3 Medidas administrativas de protección

La STS 21 febrero 2011, RC n.º 1186/2008 declara que la existencia de controles por parte de la Administración Pública permite reconocer la guarda y custodia al padre que manifiesta un grado de adaptación suficiente:

«Las medidas que han de tomarse para proteger al menor deben tener siempre en cuenta el valor superior del interés del niño, recogido en el Art. 3.1 de la Convención de Nueva York sobre Derechos del Niño, de 20 noviembre 1989, ratificada por España en 1990. Dicho artículo establece que "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas, o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño". Esta norma ha sido recogida en el Art. 3.1 de la LO 1/1996, de 15 de enero, que establece como principio general que "En la aplicación de la presente ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir".

»Por tanto, la legislación que regula las decisiones que deben adoptarse en los casos de situaciones de riesgo para los niños, sobre todo cuando haya que tomar la medida de separación de la familia, requiere que estas se funden siempre en el interés del menor, como así se proclama en el Art. 172.4 CC, que resulta aplicable en este caso por la remisión que efectúa el Art. 31.1 de la Ley 1/1995, del Principado de Asturias, de 27 de enero, de Protección del Menor. Y ello es congruente con lo que establece la LO 1/1996, que aunque posterior a la ley autonómica, no puede dejar de aplicarse en cuanto constituye el desarrollo del Art. 39.4 CE, que establece que "los niños gozarán de la protección prevista en los tratados internacionales que velan por sus derechos". En consecuencia, el Art. 11.2 LO 1/1996 establece como principio rector de la actuación de los poderes públicos en relación a los niños: "a) La supremacía del interés del menor; b) El mantenimiento del menor en el medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés y c) su integración familiar y social".

»En aplicación de este principio, la sentencia de esta Sala de 31 julio 2009

dice que cuando existe una contradicción entre el interés del menor y la reinserción familiar, debe tenerse en cuenta" [...] la superior jerarquía que el legislador atribuye al deber de perseguir el interés del menor [...]", de modo que "el derecho de los padres biológicos no es reconocido como principio absoluto cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor". Y así esta Sala sienta la doctrina de acuerdo con la cual "[...] para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es menester que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor [...]". Ciertamente esta sentencia resolvía un conflicto entre un acogimiento familiar acordado por el desamparo declarado del menor y la reclamación de la familia biológica, pero su doctrina resulta plenamente aplicable al caso planteado.

»La protección del niño tiene, por tanto, como finalidad evitar las consecuencias que puede provocar una situación de falta de cumplimiento de los deberes impuestos a los titulares de la patria potestad. La administración encargada de la protección de los menores tiene entonces dos posibilidades: o bien declarar el desamparo y asumir la tutela del menor, con la adopción de medidas para permitir que el niño se reintegre en la familia, cuando no sea contrario a su interés (Art. 172.4 CC), o bien mantener la obligación de guarda y custodia de los padres, con controles por parte de la administración. Así, las situaciones que exigen la protección del menor no se limitan a la declaración de desamparo y asunción de la tutela por parte de la Administración pública, sino que la protección del interés del menor autoriza la adopción de otras medidas menos radicales.

»De esta forma, se puede afirmar que: a) la Administración puede actuar de forma cautelar; b) hay que ponderar los intereses en juego, teniendo en cuenta que el interés del menor es preferente sobre el de la familia. (STS 31 julio 2009), y c) que en toda la normativa relativa a la protección del interés del menor en estas circunstancias, se recomienda que se procure la reinserción del niño en su propia familia, siempre que ello no sea contrario a su interés.

»Dicho lo anterior, el motivo primero reconduce a una cuestión de apreciación de la prueba relativa a si la solución de la sentencia recurrida ha respetado el principio de protección del menor. A estos efectos hay que

recordar que en la sentencia: a) se acuerda que el padre ostente la guarda y custodia del niño, excluyéndose a la madre porque sus condiciones personales la hacen inhábil para la educación del menor; b) la propia sentencia dice que el padre lleva una vida relativamente adaptada, cosa que no ha sido negado por la administración recurrente; c) el art. 172.4 CC considera incluido en el interés del menor su reinserción en su propia familia, cuando ello no sea contrario a su propio interés, y d) y seguramente lo más importante, la guarda y custodia no se atribuye al padre de forma incondicionada, sino que se le somete a los controles de la Administración protectora de menores, que puede y debe vigilar el desarrollo de la relación.

»Todo ello permite a esta Sala entender que se ha protegido el interés del menor con la decisión tomada por la Audiencia Provincial de Oviedo, en la sentencia ahora recurrida, lo que implica la desestimación de este recurso».

2.4 Guarda y custodia compartida

La STS 10 enero 2012, RC n.º 1784/2009, resume la doctrina jurisprudencial en relación con la aplicación del criterio de protección del menor para la decisión acerca del otorgamiento de la guarda y custodia compartida:

«Esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el régimen de guarda y custodia compartida, en todos aquellos asuntos en los que se ha justificado el interés casacional. Así, en la sentencia de 28 septiembre 2009, RC núm. 200/2006, se interpretó el art. 92 CC en el sentido siguiente: "[...] permite al juez acordarla en dos supuestos: a) cuando sea pedida por ambos progenitores (párrafo 5), y b) cuando a pesar de no existir esta circunstancia, se acuerde para proteger el interés del menor de forma más eficaz (párrafo 8). En cualquier caso, se debe recabar informe del Ministerio Fiscal, que debe ser favorable en el supuesto previsto en el pr. 8, se debe oír a los menores cuando tengan suficiente juicio, así como tener en cuenta el informe de los equipos técnicos relativos a "la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia" (artículo. 92.9 CC). Esta normativa debe completarse con lo establecido en el artículo 91 CC, que permite al Juez una amplia facultad para decidir cuál debe ser la solución adecuada a la vista de las pruebas que obran en su poder, de modo que en los procedimientos judiciales sobre menores no rige el principio dispositivo, tal como se afirma en la Exposición de Motivos de la vigente Ley de Enjuiciamiento civil y regula el artículo 752.1,2 LECiv. Además en relación con la guarda y custodia compartida, el artículo 92.6 CC, establece que el juez debe "valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación

que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda".

»Los criterios que se deben de valorar en la atribución de la guarda y custodia compartida, también han sido analizados por esta Sala. Así en la sentencia de 8 octubre 2009, RC núm. 1471/2006, se señaló que "[...] el Código español no contiene una lista de criterios que permitan al Juez determinar en cada caso concreto qué circunstancias deben ser tenidas en cuenta para justificar el interés del menor en supuestos en que existen discrepancias entre los progenitores, que no impiden, sin embargo, tomar la decisión sobre la guarda conjunta. [...] Del estudio del derecho comparado se llega a la conclusión que se están utilizando criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven".

»Estos criterios deben atender a la protección del interés del menor, y así el artículo 92 debe ser interpretado con esta finalidad, sin perjuicio de que la medida que se acuerde pueda ser revisada cuando se acredite el cambio de la situación de hecho y las nuevas circunstancias que permitan un tipo distinto de guarda o impidan el que se había acordado en un momento anterior.

»Aplicación de la anterior doctrina al caso enjuiciado.

»A) La revisión en casación de los casos de guarda y custodia solo puede realizarse, como esta Sala ha venido repitiendo, si el Juez a quo ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre (SSTS de 22 julio 2011 RC. 813/2009 y STS de 21 julio de 2011 RC 338/2009), pues como se señaló anteriormente, el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de este.

»B) El recurso de casación interpuesto debe de ser desestimado por las siguientes razones:

»El recurrente no alega en ningún caso la vulneración del principio del interés del menor por la sentencia recurrida. Del planteamiento del recurso puede deducirse que la parte recurrente considera que el interés del menor se protegería más eficazmente con el régimen de guarda y custodia compartida por los beneficios de este sistema. Este planteamiento hubiera hecho necesario, por parte de la parte recurrente, un examen de las circunstancias concretas del caso que permitieran afirmar que el interés del menor resultaba mejor protegido con este sistema. Sin embargo, el recurrente cuestiona los razonamientos de la sentencia recurrida, oponiendo sus propios argumentos sobre la primacía y la conveniencia general de la guarda y custodia compartida, pero no contiene ninguna referencia concreta al interés de la menor. Las únicas referencias que realiza, en relación al posible padecimiento del síndrome de alineación parental de la menor, contradicen el resultado de la prueba pericial practicada.

»En el recurso interpuesto se destacan de modo genérico las virtudes del sistema de guarda y custodia compartida considerando que este sistema ha de prevalecer sobre cualquier otro. Sin embargo, hay que precisar que todo régimen de custodia tiene sus ventajas y sus inconvenientes y que la primacía del sistema de custodia compartida que destaca la parte recurrente no es tal, pues lo que ha de primar es aquel sistema que en el caso concreto se adapte mejor al menor y a su interés, no al interés de sus progenitores, pues el sistema está concebido en el artículo 92 como una forma de protección del interés de los menores cuando sus progenitores no conviven, no como un sistema de premio o castigo al cónyuge por su actitud en el ejercicio de la guarda (STS de 11 de marzo de 2010 RC 54/2008; STS de 7 de julio de 2011, RC 1221/2010; STS de 21 de febrero de 2011, RC núm. 1886/2008, entre otras).

»Al no haberse justificado en el recurso que la sentencia recurrida haya atendido incorrectamente al interés de la menor, el motivo ha de ser desestimado. Y todo ello, sin perjuicio de que vuelva a plantearse un procedimiento de modificación de medidas si concurren circunstancias para ello».

La STS 10 diciembre 2012, RC n.º 2560/2011 estudia, en la misma línea, el principio del interés del menor en relación con el establecimiento del régimen de custodia compartida:

«Las sentencias recaídas en casos en que se discute la guarda y custodia compartida recuerdan la doctrina de la Sala en el sentido que en estos recursos solo puede examinarse si el Juez a quo ha aplicado correctamente el principio de protección del interés del menor, motivando suficientemente, a la vista de los hechos probados en la sentencia que se

recurre, la conveniencia de que se establezca o no este sistema de guarda (SSTS 25 de mayo 13 de julio, entre otras). Y lo que realmente se trata en este caso es de hacer valer las habilidades del padre, que no se discuten, para asumir los menesteres de guarda e imponer en su vista una solución jurídica distinta que ya fue rechazada en la instancia, porque el sistema de custodia y de comunicaciones del padre con sus hijos establecido inicialmente por ambos cónyuges no solo ha funcionado correctamente, sino que los menores se encuentran adaptados al mismo y es beneficioso para ellos. La guarda y custodia compartida, como reitera la jurisprudencia de esta Sala, se concibe como una forma de protección del interés de los menores cuando sus progenitores no conviven, no como un sistema de premio o castigo al cónyuge por su actitud en el ejercicio de la guarda (SSTS 496/2011, de 7 julio; 84/2011, de 21 febrero y 94/2010, de 11 marzo).»

Según la STS 25 mayo 2012, RC n.º 1395/2010, incurre en falta de motivación, que puede denunciarse en el recurso extraordinario por infracción procesal, la sentencia de la Audiencia Provincial que solo argumenta de manera retórica sobre el interés del menor para denegar la custodia compartida:

«Aplicando estos argumentos, las sentencias recaídas en casos en que se discute la guarda y custodia compartida, señalan que la doctrina de la Sala se ha pronunciado en el sentido que en estos recursos solo puede examinarse si el Juez a quo ha aplicado correctamente el principio de protección del interés del menor, motivando suficientemente a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre, la conveniencia de que se establezca o no este sistema de guarda (SSTS 614/2009, de 28 septiembre, 623/2009, de 8 octubre, 469/2011, de 7 julio, 641/2011, de 27 septiembre y 154/2012, de 9 marzo, 579/2011, de 22 julio y 578/2011, de 21 julio).

»La motivación contenida en la sentencia recurrida no tiene en cuenta más que de forma retórica, el interés del menor, por lo que no es suficiente para justificar la negativa al establecimiento de la guarda y custodia compartida pedida únicamente por el padre y ello por las siguientes razones: (a) se invoca a los simples efectos introductorios, el criterio del interés del menor, que se identifica en los textos que se citan y que según la sentencia recurrida constituyen "cita obligada", pero no se aplica ningún criterio integrador del interés para acordar el sistema de guarda a los niños, ni se explicita por qué razón se considera que dicho interés está bien protegido con el sistema de guarda exclusiva; (b) porque no expresa de forma clara cuáles son las circunstancias que llevan a negar la adopción de esta medida para los dos hijos de la pareja; (c) al tratarse de una guarda y custodia pedida únicamente por uno de los progenitores, la Audiencia Provincial

razona correctamente sobre los requisitos que deben cumplirse de acuerdo con el art. 92.8 CC, pero no valora los informes psicosociales que habían ya aconsejado la guarda y custodia compartida, y se apoya solo en un informe negativo del Fiscal, que se opone a la estimación del recurso y pide la confirmación de la sentencia recurrida "por ser correcta y ajustada Derecho por sus propios fundamentos", en un informe puramente formal, en el que no se razona ni se dice nada sobre la medida discutida.

»De acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal que apoya el recurso extraordinario por infracción procesal, esta Sala concluye que falta la motivación suficiente para considerar cumplido el deber constitucional de motivación, al fundarse la sentencia recurrida únicamente en forma nominal en el interés del menor, que después no aplica para resolver el recurso».

La STS 19 de abril 2012, RC n.º 1089/2010, declara que para que pueda acordarse la custodia compartida es necesario que se haya solicitado en la demanda:

«El Art. 92 CC establece dos posibilidades para que pueda acordarse la guarda y custodia compartida: la primera es la contenida en el párrafo 5, que la atribuye cuando se de la petición conjunta por ambos progenitores. La segunda se contiene en el párrafo 8 de esta misma norma, que permite "excepcionalmente y aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco", acordar este tipo de guarda "a instancia de una de las partes", con los demás requisitos exigidos (sobre la interpretación de la expresión "excepcionalmente", véase la STS 579/2011, de 27 julio). En ambos casos, un requisito esencial para acordar este régimen es la petición de uno, al menos de los progenitores: si la piden ambos, se aplicará el párrafo quinto, y si la pide uno solo y el juez considera que, a la vista de los informes exigidos en el párrafo octavo, resulta conveniente para el interés del niño, podrá establecerse este sistema de guarda. El Código civil, por tanto, exige siempre la petición de al menos uno de los progenitores, sin la cual no podrá acordarse.

»No obsta a lo anterior lo dicho en nuestra sentencia 614/2009, de 28 septiembre, porque si bien es cierto que, de acuerdo con lo establecido en el Art. 91 CC, el Juez debe tomar las medidas que considere más convenientes en relación a los hijos, en el sistema del Código civil para acordar la guarda y custodia compartida debe concurrir esta petición. Este sistema está también recogido en el Art. 80 del Código del Derecho foral de Aragón (Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo). Ciertamente existen otras soluciones legales, como la contemplada en el Art. 5.1 y 2 de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat valenciana, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, pero no es

precisamente lo que determina el Código civil.

»En consecuencia, dado que ninguno de los progenitores ha pedido la guarda y custodia compartida, como pone de relieve la propia sentencia recurrida en su FJ 2, mal puede haberse infringido el Art. 92.5 y 8 CC».

2.5 Derecho de visitas de los abuelos

La STS 20 octubre 2011, RC n.º 825/2009 declara que la relación del menor con los abuelos solo puede impedirse por justa causa y su concurrencia debe centrarse solamente en el interés de los menores:

«La complejidad de las relaciones entre familiares se evidencia en los asuntos referidos a las relaciones entre parientes más alejados que los progenitores, que pueden verse impedidos de una normal relación con sus descendientes o ascendientes. Esta Sala ha tenido que manifestarse a favor de estas relaciones en sentencias en las que se pone de relieve la necesidad de este tipo de contactos. Así, por ejemplo, la STS 858/2002, de 20 septiembre, recoge una parte del informe del Ministerio fiscal que dice que "[...]en esta clase de reclamaciones, resulta de todo punto improcedente, en aras al carácter de las relaciones familiares y la naturaleza predominantemente ético de las instituciones del Derecho de familia, donde debe primar el interés social sobre el individual". (asimismo, STS 576/2009, de 27 julio).

»Esta norma y la interpretación jurisprudencial derivan de lo establecido en el Art. 8.1 de la Convención de Nueva York sobre los Derechos del Niño, que establece que "Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos [...] las relaciones familiares de conformidad con la ley [...]".

»De acuerdo con ello, esta Sala en su jurisprudencia, parte de la regla de que no es posible impedir el derecho de los nietos al contacto con sus abuelos, únicamente por la falta de entendimiento de éstos con los progenitores, sea porque se hayan separado, sea porque, como ocurre en el presente caso, las relaciones sea inexistentes aunque se mantienen los vínculos entre los progenitores. Esta es la línea que preside la resolución de los casos planteados en las SSTS 576/2009, de 27 julio, 632/2004, de 28 junio; 904/2005, de 11 noviembre, y 858/2002 de 20 septiembre.

»El Art. 160.2 CC, a contrario sensu, permite denegar las relaciones del nieto con sus abuelos cuando concurra justa causa, que no define y que debe examinarse en cada uno de los casos que se deban enjuiciar. Y la

sentencia recurrida ha considerado justa causa el enfrentamiento entre el padre de los menores cuya visita se demanda, con la abuela, su madre, lo que podría "repercutir en la integridad psicológica del menor"; es decir que la hostilidad entre los litigantes es tal que el contacto entre el nieto y la abuela recurrente podría hipotéticamente, ser contraria al interés del menor debido al alto grado de enfrentamiento entre los ascendientes y el posible perjuicio que podría producir.

»Esta Sala no puede entrar a determinar si la prueba ha sido o no bien valorada, ya que solo se ha formulado recurso de casación; sin embargo, sí puede valorar si la causa justificadora de la negativa al reconocimiento del derecho de visitas a la abuela recurrente es constitutiva o no de justa causa para eliminar este derecho. Y a la vista de ello, debe concluirse que en la valoración de los hechos probados, la sentencia recurrida ha tenido en cuenta, no el interés del menor, sino el del padre de los menores. Para llegar a esta conclusión debe utilizarse nuestra jurisprudencia más reciente. Así, por ejemplo, la STS 576/2009 decía "Que las relaciones entre el padre y los parientes de su mujer no deben influir en la concesión del régimen de visitas (S. 20 de septiembre de 2002, núm. 858)"; la STS 858/2002, de 20 septiembre consideró que no constituía justa causa para la denegación de las visitas de los abuelos a los nietos la animadversión del padre hacia la familia de la madre ya fallecida, ni la influencia hipotética que los abuelos pudieran tener sobre sus nietos. Por todo lo anterior, hay que concluir que en la sentencia recurrida no se ha tenido en cuenta lo que constituye el verdadero núcleo de la cuestión, es decir, el interés del menor, porque la causa alegada solo de manera indirecta e hipotética puede afectar a los menores. Procede, en consecuencia, reconocer el derecho del nieto a relacionarse con su abuela, ahora recurrente».

3. Uso de la vivienda familiar

3.1 Naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar

La STS 27 de febrero 2012, RC n.º 2258/2008, recoge la doctrina de que el derecho de uso entre los cónyuges no constituye un derecho real, sino que se trata de una limitación de la facultad de disponer del propietario, que el titular puede oponer a terceros:

«En las SSTS 859/2009, de 14 enero 2010 y 861/2010, de 18 enero 2010 esta Sala ha mantenido la doctrina de que el derecho de uso entre los

cónyuges no constituye un derecho real, sino que se trata de una limitación de la facultad de disponer del propietario, que el titular puede oponer a terceros. En concreto, la STS 859/2009 formula la siguiente doctrina casacional: "[...] De la ubicación sistemática de este precepto y de la consideración de los intereses a los que atiende su contenido se desprende que el derecho de uso a la vivienda familiar concedido mediante sentencia no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar, cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia o a aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección (así se ha estimado en la RDGRN de 14 de mayo de 2009). Desde el punto de vista patrimonial, el derecho al uso de la vivienda concedido mediante sentencia judicial a un cónyuge no titular no impone más restricciones que la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge, la cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso (o, en su defecto, autorización judicial) para cualesquiera actos que puedan ser calificados como actos de disposición de la vivienda. Esta limitación es oponible a terceros y por ello es inscribible en el Registro de la Propiedad (RDGRN de 10 de octubre de 2008)". Esta doctrina está confirmada por la STS 861/2008, de 18 enero 2010, donde se añade que "El cónyuge titular del derecho de propiedad de la vivienda puede venderla o cederla a un tercero una vez dictada la sentencia en el procedimiento matrimonial. Puede ocurrir también que se trate de una vivienda en copropiedad de ambos cónyuges y que uno de ellos ejerza la acción de división. En estos casos, esta Sala ha venido sosteniendo que el derecho del cónyuge titular es oponible a los terceros, que hayan adquirido directamente del propietario único, o en la subasta consiguiente a la acción de división (ver SSTs de 27 diciembre 1999, 4 diciembre 2000, 28 marzo 2003 y 8 mayo 2006, entre otras). Las razones se encuentran en la protección de la familia y de la vivienda, y se basan en la buena fe en las relaciones entre cónyuges o ex cónyuges [...]".

»Es cierto que las dos sentencias citadas se refieren la atribución de la vivienda a los hijos, pero están de acuerdo con otras decisiones de esta Sala que declaran que el derecho del cónyuge a ocupar la vivienda familiar que le ha sido atribuida por sentencia es oponible a terceros (Ver SSTs de 27 diciembre 1999, 28 marzo 2003 y 8 mayo 2006, entre otras)».

3.2 El interés del menor como criterio para la atribución del uso de la vivienda

La STS 26 abril 2012, recurso casación 2033/2010, interpreta el principio según el cual, en defecto de acuerdo, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos

y al cónyuge en cuya compañía queden, declarando que en él prevalece el principio del interés del menor:

«La recurrente pretende que se unifique la doctrina relativa a la atribución del uso de la vivienda familiar y presenta un recurso de casación por interés casacional al existir jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. Sin embargo, en este momento y a partir de la STS 236/2011, de 14 abril, se unificó la doctrina en el punto controvertido y esta Sala ha venido manteniendo la que se reproduce a continuación: "El art. 96 CC establece que en defecto de acuerdo, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Esta es una regla taxativa, que no permite interpretaciones temporales limitadoras. Incluso el pacto de los progenitores deberá ser examinado por el juez para evitar que se pueda producir este perjuicio.

»El principio que aparece protegido en esta disposición es el del interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, y entre los alimentos se encuentra la habitación (art. 142 CC); por ello los ordenamientos jurídicos españoles que han regulado la atribución del uso en los casos de crisis matrimonial o de crisis de convivencia, han adoptado esta regla (así, expresamente, el art 233-20.1 CCCat). La atribución del uso de la vivienda familiar, es una forma de protección, que se aplica con independencia del régimen de bienes del matrimonio o de la forma de titularidad acordada entre quienes son sus propietarios, por lo que no puede limitarse el derecho de uso al tiempo durante el cual los progenitores ostenten la titularidad sobre dicho bien. [...] Esta era ya la doctrina de esta Sala en sentencias de 9 mayo 2007, 22 octubre y 3 diciembre 2008, entre otras, en las que se mantiene el uso de la vivienda, a pesar de la división y se impone incluso a los terceros adjudicatarios". Y se había recogido en "la sentencia de 1 de abril de 2011, que aunque referida a la atribución del uso al hijo de una pareja no casada, es plenamente aplicable a este supuesto". Aplicando esta doctrina al presente caso, debe rechazarse el recurso de casación, porque la recurrente pretende que se le adjudique el uso de la vivienda que constituye el domicilio familiar, sin tener en cuenta el principio del interés del menor, protegido en el art. 96.1 CC, que es el aplicable. Por ello, la ley atribuye el uso de la vivienda a los hijos menores y al progenitor custodio cuando no exista acuerdo entre los cónyuges, como sucede en el presente».

La STS 14 abril 2011, RC n.º 2176/2008 sienta la doctrina de que la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada temporalmente por el juez:

«El art. 96 CC establece que en defecto de acuerdo, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Esta es una regla taxativa, que no permite interpretaciones temporales limitadoras. Incluso el pacto de los progenitores deberá ser examinado por el juez para evitar que se pueda producir este perjuicio.

»El principio que aparece protegido en esta disposición es el del interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, y entre los alimentos se encuentra la habitación (art. 142 CC); por ello los ordenamientos jurídicos españoles que han regulado la atribución del uso en los casos de crisis matrimonial o de crisis de convivencia, han adoptado esta regla (así, expresamente, el art. 233-20.1 CCCat). La atribución del uso de la vivienda familiar, es una forma de protección, que se aplica con independencia del régimen de bienes del matrimonio o de la forma de titularidad acordada entre quienes son sus propietarios, por lo que no puede limitarse el derecho de uso al tiempo durante el cual los progenitores ostenten la titularidad sobre dicho bien.

»La sentencia recurrida impone un uso restringido en el tiempo, de la vivienda familiar. Ello porque aunque se atribuye el uso al menor y a la madre, como titular de la guarda y custodia, se mantiene "al objeto de que al tiempo de la deseable liquidación de la sociedad conyugal se reparta el patrimonio acumulado eliminando la carga que siempre supone el mantenimiento de la vivienda familiar", momento en que debe entenderse que cesa dicho uso, según la sentencia recurrida. Y aunque ésta pudiera llegar ser una solución en el futuro, no corresponde a los jueces interpretar de forma distinta esta norma, porque están sometidos al imperio de la ley (art. 117.1 CE). Por ello hay que reconocer que la interpretación que se efectúa en la sentencia recurrida, se opone a lo que establece el art. 96.1 CC.

»Efectivamente, esta norma no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en ella no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores, que deberá a su vez ser controlado por el juez. Una interpretación correctora de esta norma, permitiendo la atribución por tiempo limitado de la vivienda habitual, implicaría siempre la vulneración de los derechos de los hijos menores, que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de protección del menor.

»Esta era ya la doctrina de esta Sala en sentencias de 9 mayo 2007, 22

octubre y 3 diciembre 2008, entre otras, en las que se mantiene el uso de la vivienda, a pesar de la división y se impone incluso a los terceros adjudicatarios.

»Esta doctrina se ha formulado ya en la sentencia de 1 de abril de 2011, que aunque referida a la atribución del uso al hijo de una pareja no casada, es plenamente aplicable a este supuesto. Debe reiterarse, por tanto, la doctrina declarada en dicha sentencia, que es aplicable a los casos de separación/divorcio de parejas casadas. Dicha doctrina, que se repite, establece que la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el Art. 96 CC».

3.3 Excepciones a la atribución del uso de la vivienda al progenitor al que corresponda la custodia de hijos menores

La STS 5 noviembre 2012, RC n.º 2010/2011, estudia las excepciones a la regla de atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge custodio:

«El interés sin duda prevalente de la menor demanda una vivienda adecuada a sus necesidades y que, conforme a la regla dispuesta en el artículo 96 del CC, se identifica con la que fue vivienda familiar hasta la ruptura del matrimonio. Ocurre que, en principio, la situación del grupo familiar no es la misma antes que después de la separación o divorcio de los progenitores, especialmente para las economías más débiles que se dividen y, particularmente, cuando uno de ellos debe abandonar el domicilio. Por ello el artículo 96.1 del CC atribuye el derecho de uso a la hija menor, incluido en el de alimentos que forma el contenido de la patria potestad, según dispone el artículo 154.2.1ª del CC. El artículo 96.1, dice la sentencia del TS de 29 de marzo de 2011, presupone que este específico contenido de la potestad puede ser de difícil ejecución cuando se produce la separación de los progenitores y por ello y para evitar controversias entre ellos, la atribuye a los hijos y a quien ostenta su guarda y custodia, precisamente como titular de la obligación que le impone el artículo 154.2.1.

»Ahora bien, hay dos factores que eliminan el rigor de la norma cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges: uno, el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida, entendiendo que una cosa es el uso que se hace de la misma vigente la relación matrimonial y otra distinta que ese uso permita calificarla de familiar si no sirve a los fines del

matrimonio porque los cónyuges no cumplen con el derecho y deber propio de la relación. Otro, que el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios; solución que requiere que la vivienda alternativa sea idónea para satisfacer el interés prevalente del menor, como así aparece recogido en el artículo. 233-20 CCCat, que establece que en el caso en que las otras residencias sean idóneas para las necesidades del progenitor custodio y los hijos, el juez puede sustituir la atribución de la vivienda familiar por la de otra residencia más adecuada (en cierta forma, en el art. 81.1 CDF aragonés) (STS 10 de octubre 2011).

»Ocurre así en el caso presente en que la madre ha adquirido una nueva vivienda en la que puede habitar la hija menor, sin que esta quede desprotegida de sus derechos pues, de acuerdo con lo que resulta probado en el procedimiento, "cubre sus necesidades de alojamiento en condiciones de dignidad y decoro en el inmueble de la madre", y no solo cubre estas necesidades sino que como consecuencia del cambio, además de que el padre recupera la vivienda y le permite disfrutar de un status similar al de su hija y su ex esposa, mejora con ello su situación económica permitiéndole hacer frente a una superior prestación alimenticia a favor de su hija al desaparecer la carga que representaba el pago de la renta de alquiler.

»La atribución del uso al menor y al progenitor, precisa la STS de 29 de marzo de 2011, "se produce para salvaguardar los derechos de este, pero no es una expropiación del propietario y decidir en el sentido propuesto por la recurrente sería tanto como consagrar un auténtico abuso de derecho, que no queda amparado ni en el artículo 96, ni en el art. 7 CC"».

3.4 Atribución del uso de la vivienda en relación con los hijos mayores

La STS 30 marzo 2012, RC n.º 1322/2010, declara que la protección del interés del menor en el uso de la vivienda familiar no se extiende a los mayores de edad, de tal suerte que cuando los hijos son mayores la atribución del uso de la vivienda debe hacerse con arreglo a las normas generales del CC sobre atribución al cónyuge no titular si le corresponde el interés más necesitado de protección:

«La STS 624/2011, de 5 septiembre, del Pleno de esta Sala, distingue los dos párrafos del Art. 96 CC en relación a la atribución de la vivienda que constituye el domicilio familiar cuando los hijos sean mayores de edad. Dice que en el primer párrafo se atribuye el uso de la vivienda a los hijos "como concreción del principio favor filii", pero que cuando sean mayores

de edad, rigen otras reglas. Así se dice: "Como primer argumento a favor del criterio contrario a extender la protección del menor que depara el Art. 96.1º CC más allá de la fecha en que alcance la mayoría de edad se encuentra la propia diferencia de tratamiento legal que reciben unos y otros hijos. Así, mientras la protección y asistencia debida a los hijos menores es incondicional y deriva directamente del mandato constitucional, no ocurre igual en el caso de los mayores, a salvo de una Ley que así lo establezca. Este distinto tratamiento legal ha llevado a un sector de la doctrina menor a declarar extinguido el derecho de uso de la vivienda, adjudicado al hijo menor en atención a esa minoría de edad, una vez alcanzada la mayoría, entendiendo que el Art. 96 CC no depara la misma protección a los mayores.

»Como segundo argumento contrario a extender la protección del menor que depara el Art. 96.1º CC más allá de la fecha en que alcance la mayoría debe añadirse que tampoco cabe vincular el derecho de uso de la vivienda familiar con la prestación alimenticia prevista en el Art. 93.2 CC, respecto de los hijos mayores que convivan en el domicilio familiar y carezcan de ingresos propios. A diferencia de lo que ocurre con los hijos menores, la prestación alimenticia a favor de los mayores contemplada en el citado precepto, la cual comprende el derecho de habitación, ha de fijarse (por expresa remisión legal) conforme a lo dispuesto en los Arts. 142 y siguientes del CC que regulan los alimentos entre parientes, y admite su satisfacción de dos maneras distintas, bien incluyendo a la hora de cuantificarla la cantidad indispensable para habitación o bien, recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos.

»Que la prestación alimenticia y de habitación a favor del hijo mayor aparezca desvinculada del derecho a usar la vivienda familiar mientras sea menor de edad, se traduce en que, una vez alcanzada la mayoría de edad, la subsistencia de la necesidad de habitación del hijo no resulte factor determinante para adjudicarle el uso de aquella, puesto que dicha necesidad del mayor de edad habrá de ser satisfecha a la luz de los Arts. 142 y siguientes del CC, [...] En definitiva, ningún alimentista mayor de edad, cuyo derecho se regule conforme a lo dispuesto en los Arts. 142 y siguientes del Código Civil, tiene derecho a obtener parte de los alimentos que precise mediante la atribución del uso de la vivienda familiar con exclusión del progenitor con el que no haya elegido convivir. En dicha tesitura, la atribución del uso de la vivienda familiar ha de hacerse al margen de lo dicho sobre los alimentos que reciba el hijo o los hijos mayores, y por tanto, única y exclusivamente a tenor, no del párrafo 1º sino del párrafo 3º del artículo 96 CC, según el cual "No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponde al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las

circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección".

»Aplicando la anterior doctrina, debe declararse que las hijas del matrimonio [...] no ostentan la titularidad del derecho de uso respecto a la vivienda que fue domicilio habitual, sobre la base de los siguientes argumentos:

»1º La vivienda se ha atribuido a las hijas mayores de edad sin limitación de plazo, forzando el art. 96.3 en una especie de interpretación analógica con el 96.1 CC.

»2º Si bien la vivienda que constituyó el domicilio conyugal podría haberse atribuido a la Sra. [...], las razones deberían haber estado fundadas en su propia necesidad e interés, debidamente probado, no en el de las hijas mayores que el art. 96 CC no tutela.

»3º No constituye un interés digno de protección de acuerdo con el Art. 96.3 CC, la convivencia de la Sra. [...] con sus hijas mayores, ya que como se ha dicho antes, éstas no tienen derecho a ocupar la vivienda que fue domicilio habitual durante el matrimonio de sus padres.

»4º En el supuesto de que las hijas necesitaran alimentos, incluyendo la vivienda, el obligado a prestarlos puede efectuar la elección que le ofrece el Art. 149 CC y decidir proporcionarlos "manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos"».

3.5 Atribución del uso de la vivienda en relación con los hijos incapacitados

La STS 30 mayo 2012, RC n.º 1132/2011, declara que los hijos incapacitados deben ser equiparados a los menores a los efectos de disponer el uso de la vivienda en favor del cónyuge encargado de su custodia:

«El art. 96.1 CC establece que el uso de la vivienda se atribuye a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Esta Sala ha interpretado esta disposición en el sentido que protege el interés de los menores, que resulta ser el más necesitado de protección en el procedimiento matrimonial (SSTS 659/2011, de 10 octubre; 451/2011, de 21 junio; 236/2011, de 14 abril y 861/2011, de 18 enero, entre otras).

»Los hijos incapacitados deben ser equiparados a los menores en este aspecto, porque su interés también resulta el más necesitado de protección,

por lo que están incluidos en el art. 96.1 CC, que no distingue entre menores e incapacitados. A favor de esta interpretación se encuentra la necesidad de protección acordada en la Convención Internacional de los Derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre 2006, ratificada por Instrumento de 23 de noviembre 2007, y en la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

»De acuerdo con lo anterior, y al haber sido rehabilitada la patria potestad de la madre por haberse modificado judicialmente la capacidad del hijo, corresponde mantener el uso de la vivienda al hijo incapacitado y a la madre como progenitora que ostenta su guarda y custodia en virtud de la sentencia de incapacitación, de 3 diciembre 2010».

3.6 Decisión de oficio sobre la atribución del uso de la vivienda

La STS 21 mayor 2012, RC n.º 1067/2011, declara que la atribución del uso de la vivienda familiar al progenitor custodio puede acordarla el juez de oficio aunque no se haya solicitado en la demanda:

«El Art. 91 CC establece que "en las sentencias de nulidad, separación o divorcio, [...], el Juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges [...] determinará conforme a lo establecido en los artículos siguientes las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar [...](énfasis añadido)". En aplicación de esta norma, el Art. 774. 4 LEC repite que el juez determinará en su propia sentencia, en defecto de acuerdo de los cónyuges, las medidas relativas a la vivienda familiar.

»Lo anterior determina que el principio de rogación se aplica de forma relativa en estos procedimientos y ello solo cuando existan menores de edad, cuyo interés es el más digno de protección. La facultad prevista en el Art. 91 CC la tiene el juez cuando no se haya pedido ni adoptado ninguna medida, de modo que el Art. 752.2 y 3 LEC establece que la conformidad de las partes sobre los hechos no vinculará al tribunal, ni éste podrá decidir la cuestión litigiosa basándose en la conformidad de las partes o en el silencio o respuestas evasivas sobre los hechos alegados por la parte contraria. Esto se aplicará también en la segunda instancia.

»En consecuencia, no puede alegarse la incongruencia cuando las partes no hayan formulado una petición que afecta al interés del menor, que deberá ser decidida por el juez, en virtud de la naturaleza de ius cogens que tiene una parte de las normas sobre procedimientos matrimoniales, tal como

puso de relieve en su día la STC 120/1984».

3.7 División del inmueble familiar

La STS 30 abril 2012, recurso casación 84/2011, declara que cabe la división material de un inmueble en el procedimiento matrimonial, cuando ello sea lo más adecuado para el cumplimiento del art. 96 CC:

«La cuestión se centra en el debate acerca de la división de un inmueble de tres plantas, con el fin de destinar una parte del mismo a la habitación de su propietario exclusivo, el marido, y la otra parte, al mantenimiento del domicilio familiar.

»Esta Sala ha reiterado que la disposición del Art. 96 CC en relación a la atribución del uso del domicilio a los hijos comunes y al cónyuge que ostente su guarda y custodia, está establecida para proteger el interés de los menores, no en interés de ninguno de los cónyuges mientras los niños sean menores de edad (SSTS 451/2011, de 21 junio; 236/2011, de 14 abril y 861/2009, de 18 enero, entre otras). De este modo, la división de un inmueble a los efectos que se pretenden en el presente litigio, tiene como único límite esta protección.

»Sin embargo, el Art. 96 CC no resulta suficiente, en el plano objetivo, para resolver el conflicto planteado, sino que a través de la interpretación adecuada de las normas de acuerdo con la realidad del tiempo en que deben ser aplicadas, debe decidirse si existen intereses contrapuestos. Señala el Ministerio Fiscal con acierto que las sentencias de contraste citadas no acuerdan la división de la vivienda sin más, sino que tienen en cuenta las circunstancias a las que se ha aludido antes y que se dan en este caso, lo que no ha sido tenido en cuenta en la sentencia recurrida.

»Un nuevo argumento lo proporciona el hecho de que el inmueble donde se halla ubicada la vivienda familiar es propiedad exclusiva del marido y que la propuesta división no es tal, sino una redistribución de espacios en el inmueble que no altera su régimen, pero permite obtener una funcionalidad adecuada para satisfacer los intereses presentes en este caso, ya que al ser posible esta nueva distribución, se protege el interés de los hijos menores y el del propio marido, ya que no puede privarse del uso y disfrute de la propiedad a quien es su titular, sin vulnerar sus derechos reconocidos tanto en el Art. 33 CE, que reconoce el derecho de propiedad privada a nivel constitucional, como en el art. 47 CE, que consagra el derecho de los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada.

»Consecuencia de lo anterior, se formula la siguiente doctrina jurisprudencial: cabe la división material de un inmueble en el procedimiento matrimonial, cuando ello sea lo más adecuado para el cumplimiento del art. 96 CC, es decir, la protección del interés del menor y siempre que la división es posible y útil por reunir las viviendas resultantes las condiciones de habitabilidad».

3.8 Satisfacción del interés del menor por otros medios

La STS 29 marzo 2011, RC n.º 141/2008, admite que el interés del menor en el uso de la vivienda se satisface cuando el progenitor custodio tiene otra vivienda donde convive con su nueva pareja y el hijo común:

«El único motivo del recurso formulado por interés casacional, pretende que se declare una doctrina contradictoria con las reglas que rigen esta materia en el art. 96 CC. Dicha norma tiene como finalidad la protección del interés del menor, que, debe recordarse, establece que a falta de acuerdo entre los progenitores, el uso "corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden". Esta norma está en relación con la condición de menores de los hijos a los que se atribuye el uso de la vivienda y requieren la actuación protectora de la patria potestad.

»Por lo tanto, el art. 96.1 CC atribuye el derecho al uso al hijo menor, incluido en el de alimentos que forma el contenido de la patria potestad, según dispone el art. 154, 2. 1º CC. El art. 96.1 CC presupone que este específico contenido de la potestad puede ser de difícil ejecución cuando se produce la separación de los progenitores y por ello y para evitar controversias entre ellos, normalmente propietarios de la vivienda familiar, la atribuye a los hijos y a quien ostenta su guarda y custodia precisamente como titular de la obligación que le impone el art. 154, 2.1 CC.

»Dicho lo anterior, cuando el hijo no precisa de la vivienda familiar, por encontrarse satisfechas sus necesidades de habitación a través de otros medios, como ocurre en el caso presente, en que la madre ha adquirido una nueva vivienda que ostenta en copropiedad con la nueva pareja con la que convive, no puede pretenderse una especie de reserva de la que fue vivienda familiar durante el matrimonio para poder usarla en el hipotético caso en que no fuese posible el uso de la vivienda en la que ahora el hijo convive con la titular de su guarda y custodia. Como se ha dicho antes, la atribución del uso del que fue hasta el momento de la separación el domicilio familiar constituye una forma de contribuir al deber de alimentos de los hijos, aspecto que en el presente caso, se encuentra perfectamente

cubierto por la aportación de la madre que no debe olvidarse, tiene también el deber de prestarlos a su hijo menor. La atribución del uso al menor y al progenitor se produce para salvaguardar los derechos de éste, pero no es una expropiación del propietario y decidir en el sentido propuesto por la recurrente sería tanto como consagrar un auténtico abuso del derecho, que no queda amparado ni en el art. 96, ni en el art. 7 CC.

»Es por ello que no debe declararse la concurrencia del interés casacional. Es cierto que las sentencias aportadas por la recurrente sientan la doctrina a la que según ella se opone la sentencia recurrida, pero se trata de casos absolutamente distintos al que constituye el supuesto del recurso».

3.9 Atribución del uso de locales distintos de la vivienda familiar

La STS 9 mayo 2012, RC n.º 1781/2010, establece la doctrina de que en los procedimientos matrimoniales seguidos sin consenso de los cónyuges, no pueden atribuirse viviendas o locales distintos de aquel que constituye la vivienda familiar:

«Desde la entrada en vigor de la Ley 30/1981, de 7 julio, que introdujo el divorcio como forma de disolución del matrimonio y sus efectos, se ha discutido acerca de la posibilidad de atribuir las denominadas segundas residencias en el curso del procedimiento matrimonial. El art. 91 CC solo permite al Juez, en defecto de acuerdo, o de no aprobación del acuerdo presentado, atribuir el uso de la vivienda familiar, siguiendo los criterios que establece el art. 96 CC. El art 774.4 LEC repite la misma regla. De donde debemos deducir que el uso de los segundos domicilios u otro tipo de locales que no constituyan vivienda familiar, no puede ser efectuado por el juez en el procedimiento matrimonial seguido con oposición de las partes o, lo que es lo mismo, sin acuerdo. Tampoco el art. 233-20.6 del Código civil de Cataluña permite esta atribución, sino que solo prevé esta posibilidad en el caso que la segunda vivienda sea más apta para satisfacer la necesidad de los hijos y del progenitor custodio.

»Existen varias razones para llegar a esta conclusión, dejando aparte la interpretación literal del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento, a la que se ha aludido:

»1ª La atribución de otras residencias de la familia o de otros locales debe efectuarse de acuerdo con las reglas del régimen económico matrimonial que rijan las relaciones entre cónyuges.

»2ª La sentencia que decreta el divorcio o la separación, declara la

disolución del régimen. Puede declarar también su liquidación, pero para ello debe seguirse el procedimiento del art. 806 y ss LEC, en defecto de acuerdo previo.

»3ª Cuando los cónyuges se rijan por un régimen de separación de bienes, como ocurre en este caso, no se producen problemas de atribución de bienes, porque los patrimonios están claramente fijados. Por ello, el juez de familia no tiene competencia para atribuir el uso de bienes distintos de aquellos que constituyen la vivienda familiar. Un argumento a favor de esta conclusión la proporciona el art. 103, 4ª CC, que permite en medidas provisionales que pueden convertirse en definitivas, señalar qué bienes gananciales hayan de entregarse a cada cónyuge para su administración y disposición, previo inventario y con la obligación de rendir cuentas. Esta regla no es aplicable al régimen de separación de bienes.

»Por otra parte, esta sentencia no contradice la 78/2012, de 27 febrero que atribuyó al marido el uso del domicilio familiar, debido a que ejercía allí su profesión de abogado, porque en el presente caso se trata de la decisión sobre el uso de un local que no es vivienda familiar y que, por esta condición, no puede ser atribuido en el procedimiento matrimonial.

»En consecuencia, debe formularse la siguiente doctrina, a los efectos de unificar la de las Audiencias provinciales en esta materia: en los procedimientos matrimoniales seguidos sin consenso de los cónyuges, no pueden atribuirse viviendas o locales distintos de aquel que constituye la vivienda familiar».

4. Cargas del matrimonio

4.1 Hipoteca contratada por ambos cónyuges para la adquisición de la vivienda familiar

La STS 28 marzo 2011, RC n.º 2177/2007, sienta la doctrina de que el pago de las cuotas correspondientes a la hipoteca contratada por ambos cónyuges para la adquisición de la propiedad del inmueble destinado a vivienda familiar constituye una deuda de la sociedad de gananciales y como tal, queda incluida en el artículo 1362.2.º CC y no constituye carga del matrimonio a los efectos de lo dispuesto en los artículos 90 y 91 CC:

«Los arts. 90 y 91 CC imponen a los cónyuges en los casos de cese de la convivencia por divorcio o separación la obligación de contribuir a las

cargas del matrimonio, concepto abierto que por ello mismo ha sido objeto de diversas interpretaciones por la jurisprudencia. A esta dificultad se une la cuestión relacionada con la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos y al progenitor que con ellos se quede, la inclusión de la habitación entre los conceptos que engloban los alimentos (Art.142.1 CC) y el régimen de bienes que rige la economía del matrimonio, de acuerdo con cuya reglamentación se ha adquirido el inmueble que constituye la vivienda familiar.

»En este conjunto de temas, se debe primar el factor de protección a los hijos, al que responde la regla de la atribución del uso de la vivienda y que ha producido como resultado, no deseable en general, dejar de lado las reglas del régimen de bienes que rigen la forma de su adquisición constante matrimonio para fijar la atención en los demás problemas.

»De acuerdo con este planteamiento, que responde a las actuales tendencias en derecho de familia, se debe distinguir entre lo que se considera carga del matrimonio, según los Arts. 90, D) y 91 CC y la obligación de pago del préstamo hipotecario, que corresponde a la sociedad de gananciales y va ligado a la adquisición de la propiedad del bien.

»1º La primera pregunta contenida en este recurso a que debe responder esta sentencia corresponde a si constituye o no carga familiar el préstamo hipotecario destinado a la adquisición de la vivienda familiar. La respuesta de esta Sala es negativa y así nos hemos ya pronunciado en la sentencia de 5 noviembre 2008, donde se dice que: "a) La hipoteca que grava el piso que constituye la vivienda familiar no debe ser considerada como carga del matrimonio, en el sentido que a esta expresión se reconoce en el Art. 90 D CC, porque se trata de una deuda de la sociedad de gananciales y por lo tanto, incluida en el Art. 1362, 2ª CC. Por tanto, mientras subsista la sociedad, la hipoteca debe ser pagada por mitad por los propietarios del piso que grava, los cónyuges, y debe en consecuencia, excluirse de las reclamaciones formuladas por el reclamante".

»Por tanto, el pago de las cuotas hipotecarias afecta al aspecto patrimonial de las relaciones entre cónyuges, porque si el bien destinado a vivienda se ha adquirido vigente la sociedad de gananciales, debe aplicarse lo establecido en el art. 1347.3 CC, que declara la ganancialidad de los "bienes adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos", por lo que será de cargo de la sociedad, según dispone el Art. 1362, 2 CC, "la adquisición, tenencia y disfrute de los bienes comunes". Se trata de una deuda de la sociedad de gananciales, porque se ha contraído por ambos cónyuges en su beneficio, ya que el bien adquirido y financiado con la

hipoteca tendrá la naturaleza de bien ganancial y corresponderá a ambos cónyuges por mitad.

»2º Deben distinguirse dos tipos de gastos que pueden afectar a la vivienda familiar: i) los relacionados con la conservación y mantenimiento del inmueble destinado a vivienda familiar, que sí tienen la categoría de gastos familiares aun después de la disolución del matrimonio, y ii) el pago de las cuotas del préstamo que ha permitido que ambos cónyuges hayan accedido a la propiedad por mitad del local destinado a vivienda en tanto que bien ganancial. Esto último está relacionado con la adquisición de la propiedad del bien y debe ser relacionado y resuelto de acuerdo con el régimen de bienes correspondiente a cada matrimonio. En este sentido debe entenderse reproducido aquí lo dicho en la ya citada sentencia de 5 noviembre 2008. En todo caso, se tratará de un problema de liquidación de la sociedad de gananciales, que debe resolverse entre los cónyuges en el momento de la disolución y consiguiente liquidación del régimen. En la sociedad de gananciales existe una deuda frente al acreedor hipotecario y eso debe resolverse con los criterios del régimen matrimonial correspondiente.

»3º Esta solución ha sido también adoptada por el art 231-5 del Código civil de Cataluña, que modifica el Art. 4 CF alegado por el Ministerio Fiscal en su escrito de oposición al recurso. Dicho artículo, ha eliminado la consideración como cargas familiares del pago de las cuotas destinadas a la adquisición de los bienes destinados a vivienda. Además, el Art. 233-23 del mismo cuerpo legal, declara, en su párrafo primero, que en el caso en que se haya atribuido el uso o disfrute de la vivienda a uno de los cónyuges, "las obligaciones contraídas por razón de su adquisición[...] deberán satisfacerse de acuerdo con lo que disponga el título constitutivo", mientras que los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación, serán a cargo del cónyuge beneficiario del uso. Estas soluciones coinciden con las adoptadas en la jurisprudencia de esta Sala en la sentencia anteriormente citada.

»En consecuencia de los anteriores razonamientos, la Sala formula la siguiente doctrina: el pago de las cuotas correspondientes a la hipoteca contratada por ambos cónyuges para la adquisición de la propiedad del inmueble destinado a vivienda familiar constituye una deuda de la sociedad de gananciales y como tal, queda incluida en el art. 1362, 2º CC y no constituye carga del matrimonio a los efectos de lo dispuesto en los arts. 90 y 91 CC.»

5. Pensiones alimenticias

5.1 Alimentos solicitados con carácter provisional

La STS 30 de octubre de 2012, RC n.º 2352/2011, se pronuncia en el sentido de que la sentencia sobre divorcio debe pronunciarse acerca de los alimentos solicitados con carácter provisional, con independencia de los solicitados con carácter definitivo, toda vez que en el caso de denegarse aquellos deben abonarse por el tiempo transcurrido desde el momento de la interposición de la demanda, por aplicación de las reglas generales sobre alimentos:

«El primer motivo del recurso denuncia este pronunciamiento del auto, que había sido incluido con motivo del recurso de apelación. Se cita el artículo 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil porque la sentencia no ha resuelto todas las pretensiones deducidas en el pleito. La denuncia se refiere a que no entró a valorar si tenía o no derecho la esposa a percibir alimentos de su esposo con carácter de medida provisional, posiblemente porque confundió los alimentos entre cónyuges tras el divorcio, que no se reclamaban, y la prestación alimenticia propia de las medidas que regulan la vida familiar hasta la separación o el divorcio, y así es, en efecto.

»El derecho a percibir alimentos y a que se repartan las cargas del matrimonio son medidas que pueden acordarse con carácter previo a la separación o el divorcio. Son medidas diferentes de las que se adoptan con carácter definitivo puesto que, en lo económico, no se incluye entre las mismas la pensión compensatoria a favor de uno y otro cónyuge en los supuestos previstos en el artículo 97 del Código Civil, ni tampoco resultan necesarias si hasta el momento de la ruptura se están cumpliendo por ambos cónyuges los derechos y las obligaciones propias del matrimonio. El derecho a percibir la pensión compensatoria nace de la sentencia que es constitutiva del derecho a percibirla y a la misma no pueden aplicarse los efectos previstos en el artículo 148 del CC, referida a los alimentos, según el cual estos "no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda". Así se expresa la doctrina constante de esta Sala (SSTS 14 de junio, 21 de julio y 26 octubre 2011).

»La cuestión de si existe una diferencia total y absoluta entre los alimentos debidos en casos de procedimientos por causa de la crisis familiar y los debidos de acuerdo con los artículos 142 y ss CC, está resuelto por esta Sala en la sentencia de 14 de junio de 2011, referida a alimentos a los hijos menores, con cita de la de 5 de octubre de 1995, en la que se dice que "no es sostenible absolutamente que la totalidad de lo dispuesto en el Título VI

del Libro I del Código civil, sobre alimentos entre parientes, no es aplicable a los debidos a los hijos menores como un deber comprendido en la patria potestad", doctrina repetida en la STS 917/2008, de 3 octubre, que declara aplicable el artículo. 148.1 CC.

»El lo que aquí interesa supone que si bien resulta intrascendente que respecto a los hijos se hubiera pronunciado el auto de medidas, pues los efectos de los alimentos que se conceden definitivamente en la sentencia de divorcio se retrotraen al momento de la interposición de la demanda, que en este caso es común la de medidas y divorcio, no sucede lo mismo con los alimentos de la esposa que la sentencia dejó sin resolver y a la que, de resultar procedentes, se le ha privado de los mismos desde la interposición de la demanda hasta la fecha de la sentencia de divorcio en que desaparecen.

»La admisión de este motivo determina la devolución de las actuaciones a la Audiencia Provincial para que se pronuncie sobre este particular».

5.2 Alimentos pactados en el convenio regulador

La STS 4 noviembre 2011, RC n.º 1722/2008, declara que el convenio de separación y el de divorcio pueden contener pactos voluntarios estableciendo alimentos entre los excónyuges; y que el pacto sobre alimentos tiene naturaleza contractual y, a no ser que se limite de forma expresa a la separación, mantiene su eficacia a pesar del divorcio posterior:

«El convenio regulador es un negocio jurídico de derecho de familia que se otorga con ocasión de la crisis matrimonial y que puede presentar un contenido atípico. La autonomía de la voluntad de los cónyuges fue ya reconocida en la sentencia de 22 de abril de 1997, que puso de relieve que en las situaciones de crisis matrimoniales pueden coincidir tres tipos de acuerdos: "en primer lugar, el convenio, en principio y en abstracto, es un negocio jurídico de derecho de familia; en segundo lugar, el convenio regulador aprobado judicialmente queda integrado en la resolución judicial, con toda la eficacia procesal que ello conlleva; en tercer lugar, el convenio que no ha llegado a ser aprobado judicialmente, tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico, tanto más si contiene una parte ajena al contenido mínimo que prevé el art. 90 C.c.". Del mismo modo, pueden existir pactos referidos a las consecuencias del matrimonio fuera del propio convenio, ya sea en unas capitulaciones matrimoniales (STS 1053/2007, de 17 octubre), ya sea en documentos complementarios (STS 217/2011, de 31 marzo).

»De aquí se deduce que los cónyuges pueden pactar un contrato de alimentos en el convenio regulador, que tendrá las características del Art. 153 CC, es decir, se tratará de alimentos voluntarios, que pueden ser onerosos, en cuyo caso se regirán por lo dispuesto en el Art. 1791 CC, o gratuitos, como ocurre en este caso. El pacto de alimentos debe incluirse en esta categoría porque los contratantes no tienen ya un derecho legal a reclamárselos al haber cesado su cualidad de cónyuges.

»Nada obsta a que el convenio regulador de separación regule de forma voluntaria los efectos económicos del divorcio, siempre y cuando las circunstancias lo permitan.»

6. Pensiones compensatorias

6.1 Criterios generales

La STS 17 diciembre 2012, RC n.º 1927/2010, expone los criterios generales seguidos por la jurisprudencia para la concesión de la pensión compensatoria:

«El artículo 97 CC exige que la separación o el divorcio produzcan un desequilibrio económico en un cónyuge, en relación con la posición del otro, para que surja el derecho a obtener la pensión compensatoria. En la determinación de si concurre o no el desequilibrio se deben tener en cuenta diversos factores, como ha puesto de relieve la STS 864/2010, de Pleno, de 19 enero. La pensión compensatoria –declara- "pretende evitar que el perjuicio que puede producir la convivencia recaiga exclusivamente sobre uno de los cónyuges y para ello habrá que tenerse en consideración lo que ha ocurrido durante la vida matrimonial y básicamente, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge; el régimen de bienes a que han estado sujetos los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios, e incluso, su situación anterior al matrimonio para poder determinar si éste ha producido un desequilibrio que genere posibilidades de compensación. De este modo, las circunstancias contenidas en el artículo 97.2 CC tienen una doble función:

»a) Actúan como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias.

»b) Una vez determinada la concurrencia del mismo, actuarán como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión. A la vista de ello, el juez debe estar en disposición de decidir sobre tres cuestiones:

»a) Si se ha producido desequilibrio generador de pensión compensatoria.

»b)Cuál es la cuantía de la pensión una vez determinada su existencia.

»c) Si la pensión debe ser definitiva o temporal".

»Esta doctrina se ha aplicado en las sentencias posteriores 856/2011, de 24 noviembre, 720/2011, de 19 octubre y 719/2012, de 16 de noviembre.

»Todo ello se ha tenido en cuenta

»(i) En primer lugar, valora las condiciones económicas que conoce de ambos cónyuges, no solo las que resultan de los ingresos de cada uno, sino la ausencia de otras obligaciones, como la de alimentar a los hijos ya mayores del matrimonio, el régimen económico matrimonial que se disolvió con anterioridad al divorcio, y el hecho de que desde el año 2004 no necesitara ayuda económica alguna, sin que ningún otro dato complementario, capaz de ser confrontado con los anteriores, ofrezca el motivo.

»(ii) En segundo lugar, ningún desequilibrio económico sufre la esposa a resultas de la ruptura que deba ser resarcido teniendo como tiene "posibilidades económicas propias evidentes para mantener por sus propios medios un nivel de vida no relevantemente diferente al que disfrutaba vigente el matrimonio sin precisar ayuda económica de su esposo".

»(iii) En tercer lugar, la sentencia no debe tener en cuenta necesariamente todos los factores que configuran en el artículo 97 el derecho a percibir una pensión compensatoria, sino los que estima más relevantes.

»(iv) En cuarto lugar, la sentencia no fija su atención en el momento de la ruptura de hecho, sino en el de la interposición de la demanda, cosa distinta es que tenga en cuenta este hecho. Por lo demás, en principio, y salvo circunstancias muy concretas de vinculación económica entre los cónyuges, que aquí no se concretan, no existe desequilibrio económico en las situaciones prolongadas de ruptura conyugal. Se entiende que cada uno de ellos ha dispuesto de medios propios de subsistencia y mal se puede argumentar por quien la solicita que la separación o divorcio es determinante para él de un empobrecimiento en su situación anterior en el matrimonio, situación que en el peor de los casos sería la misma, pero no agravada por la ruptura».

6.2 Pactos sobre pensión compensatoria en el convenio regulador

La STS 20 de abril 2012, RC n.º 2099/2010, proclama la prevalencia del principio de autonomía de la voluntad ejercitada en el convenio regulador en relación con lo acordado sobre el régimen de la pensión compensatoria. En el caso examinado se pactaba expresamente que el cónyuge beneficiario de la expresada pensión podía iniciar otra vida laboral o negocial:

«Independientemente de la denominación que las partes hayan establecido para el derecho pactado en el convenio regulador, cuya cláusula novena es ahora objeto de discusión, debe partirse en la presente argumentación de dos elementos que concurren en este derecho, reiterados en sentencias de esta Sala:

»1.º La pensión compensatoria es un derecho disponible por la parte a quien pueda afectar. Rige el principio de la autonomía de la voluntad tanto en su reclamación, de modo que puede renunciarse, como en su propia configuración.

»2.º Los cónyuges pueden pactar lo que consideren más conveniente sobre la regulación de las relaciones que surgen como consecuencia del divorcio o la separación. La STS 217/2011, de 31 marzo, confirma esta doctrina, recogiendo sentencias de esta Sala que ya habían admitido esta validez, a partir de la trascendental sentencia de 2 abril 1997.

»El convenio es, por tanto, un negocio jurídico de derecho de familia que, de acuerdo con la autonomía de la voluntad de los afectados, puede contener tanto pactos típicos, como atípicos, como es el que ahora nos ocupa, (en un supuesto parecido, STS 758/2011, de 4 noviembre), por lo que debe examinarse si se ha aplicado por parte de la sentencia recurrida el completo acuerdo de las partes.

»De acuerdo con lo dicho hasta aquí, hay que reconocer que el pacto entre D.^a [...] y su marido relativo al pago de una pensión compensatoria no tuvo como función la compensación del desequilibrio económico que pudiera surgir como consecuencia de la separación, sino que tuvo otra función. Esta función se observa cuando las partes establecieron que "Con independencia de lo pactado, la esposa queda en total libertad para trabajar e iniciar otra vida laboral o negocial, sin que ello suponga detrimento en el importe de la pensión a satisfacer por el esposo". Esta parte del pacto no ha sido tenida en cuenta por la sentencia recurrida y constituye una expresión clara de que era voluntad expresa de ambos que la denominada pensión, que se pactaba en el convenio de referencia, debía abonarse a pesar de la actividad laboral o negocial de la acreedora de dicha pensión.

»De ahí se concluye que fuera cual fuera la razón y el origen de este pacto, que no se ha impugnado, la entrada de D.^a [...] en el mercado de trabajo no permite la extinción de la pensión compensatoria pactada con estas condiciones, porque en dicho pacto no se contempla el desequilibrio, sino que se acuerda el pago de una cantidad, abstracción hecha del mismo y de las circunstancias posteriores en el ámbito económico de la esposa».

6.3 Pensión compensatoria y régimen de separación

Según la STS 8 mayo 2012, RC n.º 1427/2009, es posible acordar la pensión compensatoria en el régimen de separación de bienes, siempre que se produzca el desequilibrio exigido en el artículo 97 CC, aunque el régimen de bienes es uno de los factores que deben tenerse en cuenta para fijarla:

«[...] el hecho de que un matrimonio haya regido sus relaciones económicas por un régimen de comunidad o uno de separación no es un factor que origine por sí mismo el derecho a obtener o no pensión compensatoria. Solo lo causará el desequilibrio producido como consecuencia de la separación o el divorcio, si bien entre los parámetros a tener en cuenta para fijar la concurrencia de desequilibrio, debe también incluirse el régimen de bienes.

»Cuando los cónyuges se encuentren en separación de bienes, debe demostrarse que la separación o el divorcio producen el desequilibrio, es decir, implican "un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio" a los efectos de la reclamación de la pensión, del mismo modo como se exige cuando se rigen por un régimen de bienes distinto. De ello cabe deducir que el régimen no es determinante del desequilibrio, sino que constituye uno de los factores a tener en cuenta para fijarlo y por ello cabe la pensión compensatoria tanto en un régimen de comunidad de bienes, como en uno de separación.

»En consecuencia, no cabe formular doctrina, que ya ha sido formulada por la STS 864/2010, de 19 enero, que se aplica en este caso concreto».

La STS 14 julio 2011, RC n.º 1691/2008 establece la doctrina de que el derecho obtener la compensación por haber contribuido a las cargas del matrimonio con trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes (contemplado en el artículo 1438 CC) requiere que, habiéndose pactado este régimen, el cónyuge haya contribuido las cargas del matrimonio con el trabajo realizado para la casa; se excluye, por lo tanto, que sea necesario para obtener la compensación el hecho de que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge:

«La reforma del Código civil que tuvo efecto por ley 11/1981, de 13 mayo, introdujo el art. 1438 CC en la regulación del régimen de separación de bienes, que pueden pactar los cónyuges o que se aplica en aquellos supuestos previstos en el art. 1435 CC. Esta norma contiene en realidad tres reglas coordinadas y que hay que tener en cuenta de forma conjunta en el momento de decidir en este tipo de asuntos:

»1ª Regla: la obligación de ambos cónyuges de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio. La separación de bienes no exime a ninguno de los cónyuges del deber de contribuir.

»2ª Regla: puede contribuirse con el trabajo doméstico. No es necesario, por tanto, que ambos cónyuges aporten dinero u otros bienes para sufragar las cargas del matrimonio, sino que el trabajo para la casa es considerado como una forma de aportación a los gastos comunes, cuando uno de los cónyuges solo tiene posibilidades de contribuir de esta manera y ello para que pueda cumplirse el principio de igualdad del art. 32 CE.

»3ª Regla. El trabajo para la casa no solo es una forma de contribución, sino que constituye también un título para obtener una compensación en el momento de la finalización del régimen. Cómo debe interpretarse esta compensación es el objeto de este recurso en interés casacional.

»Las diferentes aproximaciones en el Derecho civil español

»El régimen de separación de bienes aparece regulado en cinco de los ordenamientos jurídicos españoles y no todos admiten la compensación ni los que la admiten, le atribuyen la misma naturaleza. Así, en Navarra, Aragón y en Baleares no existe ningún tipo de compensación para el cónyuge que haya aportado su trabajo para contribuir a las cargas del matrimonio (ley 103, b) de la Compilación del Derecho Civil de Navarra; Arts. 187 y 189 del Código del Derecho Foral de Aragón y art. 3 de la Compilación del Derecho civil de Baleares). En cambio, el Código civil catalán, en su art. 232-5.1, establece que "En el régimen de separación de bienes, si un cónyuge ha trabajado para la casa sustancialmente más que el otro, tiene derecho a una compensación económica por esta dedicación siempre que en el momento de la extinción del régimen [...] el otro haya obtenido un incremento patrimonial superior de acuerdo con lo que se establece en esta sección". Y una regla parecida es la contenida en el art. 13.2 de la Ley de la Comunidad Autónoma de Valencia 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano, que admite la compensación por el trabajo para la casa, que se considera también forma de contribución al levantamiento de las cargas del matrimonio (art. 12) y cuyos criterios de valoración son los siguientes: "1. Se tendrán en cuenta con carácter orientativo y como mínimo los criterios siguientes de

valoración del trabajo para la casa, sin perjuicio de la ponderación que realice la autoridad judicial correspondiente o del acuerdo al que lleguen los cónyuges: el costo de tales servicios en el mercado laboral, los ingresos que el cónyuge que preste tales servicios haya podido dejar de obtener en el ejercicio de su profesión u oficio como consecuencia de la dedicación al trabajo doméstico en cualquiera de sus manifestaciones enumeradas en el artículo precedente, o los ingresos obtenidos por el cónyuge beneficiario de tales servicios en la medida en que su prestación por el otro cónyuge le ha permitido obtenerlos".

»Finalmente, el art. 1438 CC, que establece que "el trabajo para la casa [...] dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación".

»El contenido de la compensación ex Art. 1438 CC.

»Las diferentes normas examinadas no hacen ninguna referencia a la necesidad de enriquecimiento por parte del cónyuge que debe pagar la compensación por trabajo doméstico, que si bien apareció en el Proyecto de reforma del Código civil en 1981, desapareció en el texto definitivo y que se encontraba también el Código de Familia catalán hasta la ley 10/2010, que aprobó el Libro segundo del Código civil catalán. De aquí que hay que partir de lo que se expone a continuación en relación con los criterios para la interpretación del último inciso del art. 1438 CC.

»Para que uno de los cónyuges tenga derecho a obtener la compensación establecida en el art. 1438 CC será necesario: 1º que los cónyuges hayan pactado un régimen de separación de bienes; 2º que se haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa. Deben excluirse, por tanto, criterios basados en el enriquecimiento o el incremento patrimonial del otro cónyuge que no pueden tenerse en consideración cuando uno de ellos ha cumplido su obligación legal de contribuir con trabajo doméstico.

»La cuantía de la compensación del Art. 1438 CC

»A continuación debe examinarse cuál es la forma de determinar la cuantía de esta compensación. El art. 1438 CC se remite al convenio, o sea que los cónyuges, al pactar este régimen, pueden determinar los parámetros a utilizar para fijar la concreta cantidad debida y la forma de pagarla. Sin embargo, en este caso no se utilizó esta opción y entonces será el juez quien deba fijarla, para lo cual el Código no contiene ningún tipo de orientación.

»La sentencia recaída en primera instancia en este procedimiento señaló

una cantidad a la que había llegado después de aplicar los criterios que se reproducen ahora: "en función del sueldo que cobraría por realizar el trabajo una tercera persona, de modo que se contribuye con lo que se deja de desembolsar o se ahorra por la falta de necesidad de contratar servicio doméstico ante la dedicación de uno de los cónyuges al cuidado del hogar". Esta es una de las opciones posibles y nada obsta a que el juez la utilice para fijar finalmente la cuantía de la compensación, por lo que se admite en esta sentencia.

»Doctrina jurisprudencial.

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

6.4 Temporalidad de la pensión compensatoria

La STS 5 septiembre 2011, Pleno, RC n.º 1755/2008, establece los criterios con arreglo a los cuales debe ponderarse la posibilidad de fijar una duración temporal para la pensión compensatoria:

«Según esta doctrina, 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.

»En la misma línea, las SSTS de 9 de octubre de 2008 [RC n.º 516/2005] y 17 de octubre de 2008 [RC n.º 531/2005], 28 de abril de 2010 [RC n.º 707/2006] y 4 de noviembre de 2010 [RC n.º 514/2007]), afirman que las conclusiones alcanzadas por el tribunal de apelación, 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 aquellas sean 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 apuntados por la jurisprudencia».

La STS 30 de octubre de 2012, RC n.º 2352/2011, resume, en la misma línea, los parámetros con arreglo a los cuales puede establecerse una limitación en la duración de la pensión compensatoria establecida en favor del cónyuge:

«[...] 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 compensar el desequilibrio que le es consustancial. Esta exigencia obliga a tomar en cuenta las específicas circunstancias del caso, particularmente, aquellas, entre las comprendidas entre los factores que enumera el artículo 97 CC, que permiten valorar la idoneidad o aptitud de la persona 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. En el juicio prospectivo el órgano judicial ha de actuar con prudencia y ponderación, con criterios de certidumbre. Las conclusiones alcanzadas por el tribunal de apelación, ya sea en el sentido de fijar un límite temporal a la pensión, ya en el de justificar su carácter vitalicio, habrán de ser respetadas en casación siempre que aquellas sean consecuencia de la ponderada valoración de los factores a los que se refiere de manera no exhaustiva el artículo 97 CC. Solo es posible revisar este juicio en casación 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 apuntados por la jurisprudencia (SSTS 29 de septiembre de 2010 y 24 de octubre de 2012).

»La aplicación de esta doctrina determina la desestimación del motivo. Para la fijación de tal limitación temporal en tres años, la sentencia recurrida ha tenido en cuenta los 24 años que duró el matrimonio durante los cuales la esposa se dedicó al cuidado de la familia, la edad de ambos cónyuges al contraer matrimonio en relación con la edad que cuentan al momento del divorcio, los ingresos del esposo y el trabajo de la esposa durante 14 años, 10 meses y 4 días, haciéndolo tanto antes de contraer matrimonio como después, si bien después de casarse solo ha trabajado 717 días, mientras que antes de casarse lo hizo durante 4656 días. Es decir, la sentencia, en contra de lo que alega la recurrente, ha tenido en cuenta las circunstancias concurrentes en la esposa».

6.5 Pensión compensatoria condicionada

La STS 19 de octubre 2011, RC n.º 1005/2009, no admite el reconocimiento de la pensión compensatoria condicionado a la hipotética pérdida futura del trabajo por parte de la esposa, teniendo en cuenta, que, atendidas las circunstancias del caso, el desequilibrio que hipotéticamente podría producirse no tendría lugar como consecuencia del desequilibrio producido por la ruptura matrimonial, sino que vendría provocado por el despido posterior por el cónyuge empresario:

«La STS 434/2011, de 22 junio resume la doctrina de esta Sala relativa la naturaleza de la pensión compensatoria. El punto principal se refiere al concepto de desequilibrio y el momento en que este debe producirse y así dice que "[...] tal desequilibrio implica un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio; que debe resultar de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura, por lo que no se trata de una pensión de alimentos y "Lo que sí ha de probarse es que se ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que disfrutaba el otro cónyuge". Se añade que "En sintonía con lo anterior, siendo uno de los razonamientos que apoyan su fijación con carácter temporal aquel que destaca, como legítima finalidad de la norma legal, la de colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas, a las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial, resulta razonable entender que el desequilibrio que debe compensarse debe tener su origen en la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas por parte del cónyuge más desfavorecido por la ruptura, a consecuencia de su mayor dedicación al cuidado de la familia".

»En el caso objeto del presente litigio se producen las siguientes circunstancias: 1ª De acuerdo con los hechos probados, no se constata que Dª [...] sufra ningún desequilibrio económico como consecuencia de la crisis matrimonial. Esta es la cuestión principal porque, tal como ha repetido esta Sala y se ha reproducido en el anterior Fundamento, la pensión compensatoria requiere que el divorcio produzca un empeoramiento de la situación del cónyuge que la acredita en relación a su situación anterior en el matrimonio. (entre otras, STS 292/2010, de 9 febrero).

»2ª La sentencia recurrida está atribuyendo una especie de pensión compensatoria condicionada al caso de pérdida de un trabajo en un momento posterior al divorcio. Pero si ello ocurriera, dejando aparte las compensaciones laborales a que tendría derecho la Sra. [...], el desequilibrio que hipotéticamente podría producirse no tendría lugar como consecuencia del desequilibrio producido por la ruptura matrimonial, sino que vendría provocado por el despido posterior. El desequilibrio que da lugar a la pensión debe existir en el momento de la separación o del divorcio y los sucesos posteriores no pueden dar lugar al nacimiento de una pensión que no se acreditaba cuando ocurrió la crisis matrimonial.

»3ª Esta Sala es consciente que la hipotética pérdida del trabajo en la empresa del marido puede resultar muy probable debido a la crisis matrimonial. Pero incluso si ello sucediera, no podría considerarse una causa de desequilibrio teniendo en cuenta los hechos que se declaran probados y que se han reproducido en el FJ 1 de esta sentencia».

6.6 Revisión de la pensión compensatoria para atribuirle carácter temporal

La STS 10 enero 2012, RC n.º 802/2009, declara que no ha lugar a revisar un pronunciamiento anterior sobre concesión de la pensión compensatoria con carácter indefinido condicionada a la no-obtención de empleo por la beneficiaria, puesto que encontró adecuada justificación en las circunstancias fácticas valoradas en ese momento, las cuales deben respetarse en casación:

«Ciertamente, la temporalidad de la pensión se contempla, tanto por el legislador como por la doctrina que se cita para justificar el interés casacional, como una opción y no como una obligación, de lo que se sigue que, tanto antes como después de la reforma de 2005, nada impide su fijación con carácter indefinido si esta solución resulta la más adecuada para asegurar la función de restablecer el equilibrio que le es consustancial, pues únicamente cuando esta función no se resiente, puede concederse por

un tiempo concreto. Y en caso de fijarse un plazo, su extensión dependerá de un juicio prospectivo sobre la idoneidad o aptitud del perceptor para superar el desequilibrio que constituye su razón de ser, en un mayor o menor espacio de tiempo, el cual, como se ha dicho, ha de apreciarse en función de las circunstancias existentes al tiempo de la ruptura. En consecuencia, solo cabe fijarla con carácter vitalicio o por un tiempo determinado, de manera que una decisión como la controvertida, que no fija un plazo concreto de percepción sino que tan solo condiciona la subsistencia de la pensión a la obtención de trabajo por la beneficiaria, solo puede entenderse como favorable a su reconocimiento con carácter vitalicio, pues si el juicio prospectivo hubiera llevado a la AP a la conclusión de que la esposa podría obtener trabajo en un plazo determinado, o lo que es igual, a restablecer el desequilibrio generador de su derecho a pensión en un tiempo determinado, lo hubiera señalado expresamente. Si no lo hizo, debe interpretarse que fue debido a que las circunstancias personales de la esposa, en particular su edad y estado de salud, constituían serias dificultades a la hora de incorporarse al mercado laboral, que es un aspecto que, aunque no se descarta, tampoco se prevé como algo que vaya a acontecer con certeza en un tiempo concreto. Puesto que la pensión compensatoria no es un instrumento o mecanismo de previsión anticipada de necesidades futuras, ni es posible al órgano judicial condicionar el reconocimiento de la pensión a una eventualidad futura como la pérdida de empleo, ni la futura obtención del mismo puede valorarse anticipadamente, como condición que permita privar del derecho a la beneficiaria que acceda al mercado laboral. De acontecer esta circunstancia, ha de valorarse como un cambio de las circunstancias determinantes del desequilibrio que motivaron su reconocimiento. Todas estas razones llevan a confirmar la decisión de la AP, pese a no compartirse en su totalidad los razonamientos esgrimidos en la sentencia recurrida, pues, teniendo dos alternativas posibles, si no resolvió restringir temporalmente la percepción, solo cabe entender que acordó su reconocimiento con carácter vitalicio, de forma que la hipotética obtención de empleo por la perceptora habría de valorarse en el momento de que se produzca, al objeto de que el recurrente pueda solicitar la extinción del derecho por cambio de circunstancias, en particular, por la desaparición del desequilibrio que lo motivó».

6.7 Dies a quo

La STS 30 de octubre de 2012, RC n.º 2352/2011, recoge la doctrina de la Sala Primera, en el sentido de que "El derecho a percibir la pensión compensatoria nace de la sentencia que es constitutiva del derecho a percibirla y a la misma no pueden

aplicarse los efectos previstos en el artículo 148 código civil en, referida a los alimentos, según el cual estos 'no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda'. Así se expresa la doctrina constante de esta Sala (SSTS 14 de junio, 21 de julio y 26 octubre 2011)."

6.8 Extinción de la pensión compensatoria por alteración de circunstancias

La STS 24 noviembre 2011, RC n.º 567/2010, contempla como causa de revisión de la pensión compensatoria la concurrencia de circunstancias sobrevenidas consistentes en la adjudicación de bienes de la sociedad de gananciales. La doctrina aplicada supone que esta circunstancia podría determinar también la extinción de la pensión:

«Se plantea entonces un nuevo problema, que es el referido a lo que debe entenderse como alteración sustancial en el art. 100 CC, cuya concurrencia va a permitir la modificación. En el presente recurso y a lo largo de todo el procedimiento, se ha estado discutiendo si la atribución de bienes concretos de la ya existente sociedad de gananciales constituye o no una alteración que permitirá la aplicación del art. 100 CC.

»La recurrente cita a su favor las SSTS 917/2008, de 3 octubre y la 162/2009, de 10 marzo. En la primera, citada asimismo en la sentencia de 1ª instancia, dictada en un procedimiento de reconocimiento de sentencia canónica de nulidad matrimonial en el orden civil, se afirma que lo decisivo no es el paso del tiempo, "sino la superación del desequilibrio económico que justificó la concesión del derecho, lo que no ha ocurrido, debiéndose descartar también que el hecho de que la esposa fuera adjudicataria de bienes como resultado de liquidarse la sociedad de gananciales implique un incremento de su fortuna con relación a la que fue tomada en consideración, reveladora de la posibilidad de superar el desequilibrio que justificó la pensión, pues la liquidación sólo provoca la concreción del haber ganancial, es decir, que la esposa viera concretado en bienes y derechos determinados el haber ganancial que ya le correspondía vigente el matrimonio, siendo así que su fortuna no ha variado ni dicha liquidación afecta a la situación de desequilibrio, cuando ésta tiene que ver con circunstancias como la dedicación a la familia y la pérdida de expectativas laborales o profesionales ajenas a que la esposa se encuentre con bienes o medios suficientes para subsistir a raíz de dicha liquidación" (énfasis añadido). De donde hay que concluir que la doctrina de dicha sentencia no se funda en la simple atribución de los bienes gananciales como consecuencia de la liquidación de la sociedad, sino que el desequilibrio se producía por otras causas, expuestas en el argumento de la

sentencia, causas que no desaparecían con la adjudicación.

»La segunda sentencia citada como infringida es la 162/2009, de 10 marzo. Señala que se ha acreditado totalmente la existencia de desequilibrio y que "ni la adopción de este régimen resulta incompatible con el derecho a pensión, ni la disolución y liquidación del régimen legal de gananciales que venía rigiendo es incompatible con la generación del desequilibrio, en tanto siguió subsistiendo el matrimonio y la convivencia, y la esposa no recibió más que la mitad de lo que legalmente le correspondía, pero no la compensación por el desequilibrio que le produjo la ruptura y que, más allá de que le correspondieran bienes en igual valor que los de su marido, viene determinado por el hecho de haber dedicado 29 años de su vida a la familia y a subvenir con su dedicación a los éxitos económicos y empresariales de su esposo, y por el hecho de que, al separarse, su falta de experiencia y formación profesional, junto a su edad, la sitúan en desventaja frente al marido, al no tener la esposa otro patrimonio que el recibido, pero con dificultad de administrarlo adecuadamente o de incrementarlo con su trabajo, como ha quedado dicho".

»Es decir, no pueden admitirse como vulneradas unas sentencias que fundan el mantenimiento del derecho a la pensión en la existencia de desequilibrio a pesar de la liquidación de la sociedad de gananciales.

»En cambio, la recurrente no cita, pudiendo hacerlo dada la coincidencia temporal, la sentencia de este Tribunal, número 864/2010, de 19 enero, del Pleno de esta Sala y posterior a las citadas como infringidas, en la que se declara la siguiente doctrina jurisprudencial "para determinar la existencia de desequilibrio económico generador de la pensión compensatoria debe tenerse en cuenta básicamente y entre otros parámetros, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge, el régimen de bienes a que ha estado sujeto el patrimonio de los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios (énfasis añadido) y su situación anterior al matrimonio".

»En consecuencia de lo anterior y debiendo aplicar la Sala la doctrina actual que ha sido dictada para unificar doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales, en virtud de lo dispuesto en el art. 477.2,3 LEC, debe declararse que la posterior adjudicación a D^a [...] de bienes gananciales en exclusiva por un valor superior a los 4 millones de euros determina la concurrencia de una alteración sustancial en su fortuna, porque a partir del momento de la adjudicación ostenta la titularidad exclusiva de los bienes adjudicados, lo que le va a permitir una gestión independiente. Por ello es también adecuado que se acuerde una pensión temporal, tal como ha efectuado la sentencia recurrida».

La STS 23 enero 2012, RC n.º 124/2009, contempla como una causa de extinción de la pensión compensatoria la posibilidad real que tenía la beneficiaria de acceder al mercado laboral:

«Por lo que se refiere a su extinción posterior, esta Sala (SSTS de 3 de octubre de 2008, [RC n.º 2727/2004] y 27 de junio de 2011 [RC n.º 599/2009]) consideró, en síntesis, que cualquiera que sea la duración de la pensión "nada obsta a que, habiéndose establecido, pueda ocurrir una alteración sustancial de las circunstancias", lo que deja expedita la vía de los artículos 100 y 101 CC, siempre, lógicamente, que resulte acreditada la concurrencia del supuesto de hecho previsto en dichas normas. Por tanto, constituye doctrina jurisprudencial que el reconocimiento del derecho, incluso de hacerse con un límite temporal, no impide el juego de los artículos 100 y 101 CC "si concurren en el caso enjuiciado los supuestos de hecho previstos en dichas normas -alteración sustancial y sobrevenida de las circunstancias anteriores (artículo 100 CC) o la convivencia del perceptor con una nueva pareja o el cese de las causas que determinaron el reconocimiento del derecho (artículo 101 CC)-".

»Si bien se ha declarado (SSTS de 3 de octubre de 2008 [RC n.º 2727/2004] y de 27 de junio de 2011 [RC n.º 599/2009]) que no es posible poner fin a la pensión reconocida por el mero transcurso del tiempo en su percepción, o por las consecuencias que en el plano económico puedan haber resultado de la liquidación del régimen económico matrimonial (en el primer caso, porque lo relevante no es el dato objetivo del paso del tiempo sino la posibilidad de superar la situación de desequilibrio que justificó la concesión del derecho; en el segundo, porque el hecho de que la esposa fuera adjudicataria de bienes como resultado de liquidarse la sociedad de gananciales no implica un incremento de su fortuna ya que la liquidación sólo provoca la concreción del haber ganancial); constituye doctrina actual que la pasividad, el interés insuficiente demostrado por la esposa con su conducta, en orden a la obtención de un empleo que le permitiera alcanzar una situación de independencia económica, resulta determinante a la hora de apreciar la situación objetiva de superación del desequilibrio o de estar en disposición de hacerlo, dado que no resulta jurídicamente aceptable repercutir en el esposo pagador de la pensión las consecuencias negativas derivadas de la falta de acceso a un empleo por la pasividad de la esposa en su búsqueda y obtención (STS de 15 de junio de 2011 [RC n.º 1387/2009]).

»Aplicación de la doctrina anterior al supuesto enjuiciado.

»La doctrina mencionada determina que deba rechazarse el motivo y confirmarse la decisión de la AP, con fundamento en las siguientes

razones:

»(i) El reconocimiento del derecho a pensión en juicio anterior de separación no constituía óbice para declarar su extinción en el posterior pleito de divorcio, de considerarse acreditado -como así ha ocurrido- el supuesto de hecho normativo a que se refiere el artículo 101 CC (esto es, por desaparición o cese de la causa -el desequilibrio- que lo motivó).

»(ii) La recurrente sustenta su recurso en una contemplación de la pensión compensatoria que resulta ajena a su concepción legal y jurisprudencial, pues su finalidad no es perpetuar, a costa de uno de sus miembros, el nivel económico que venía disfrutando la pareja hasta el momento de la ruptura, sino que su objeto es lograr reequilibrar la situación dispar resultante de aquella, no en el sentido de equiparar plenamente patrimonios que pueden ser desiguales por razones ajenas a la convivencia, sino en el de colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas respecto de las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial. Y para este fin, es razonable entender, como se dijo, que el desequilibrio que debe compensarse debe tener su origen en la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas por parte del cónyuge más desfavorecido por la ruptura, a consecuencia de su mayor dedicación al cuidado de la familia, de manera que carece de interés a tal efecto el desequilibrio cuyo origen no se encuentra en esa mayor dedicación a la familia y a los hijos, inversamente proporcional a la disponibilidad para estudiar y desarrollar una actividad profesional, sino en la diferente aptitud, formación o cualificación profesional de cada uno de los miembros de la pareja al margen de aquella.

»(iii) Consecuencia de lo anterior es que, pese a haberse apreciado una situación inicial de desequilibrio, que generó derecho a pensión, pueda también después apreciarse que el tiempo transcurrido entre la sentencia de separación y la de divorcio ha sido suficiente para que la esposa, dadas las circunstancias, se reincorpore a su puesto de trabajo fijo como enfermera, y con ello subvenir por sí misma a sus necesidades. En este sentido debe recordarse que en casación resulta obligado respetar los hechos probados en la instancia, por corresponder a la AP la fijación del sustrato fáctico en que se asienta el juicio jurídico a cuya revisión se contrae este recurso, sin que le esté permitido a la parte recurrente marginar dichos hechos, ni formular sus propias conclusiones probatorias, o partir de otros diferentes de los declarados probados. Y pese a los argumentos expuestos en sentido contrario, lo cierto es que la sentencia recurrida no aprecia ningún impedimento o incapacidad física o psíquica de la recurrente para trabajar como enfermera (al disponer de puesto fijo como personal estatutario en la

Clínica Puerta de Hierro de Madrid), lo que implica que la superación del desequilibrio estaba a partir de entonces en su mano y no dependía, tan siquiera, del éxito en la búsqueda de empleo.

»El hecho de que el marido haya mantenido el mismo nivel de ingresos pese a sufrir un infarto, además de que solo aparece corroborado por el Juzgado, no determina por sí mismo la subsistencia del desequilibrio que justifica la concesión y el mantenimiento de la pensión compensatoria a favor de la esposa, pues también se ha dicho que solo procede compensar el desequilibrio con origen en la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas a consecuencia de la mayor dedicación al cuidado de la familia del cónyuge perceptor, y no el que, como es el caso, tiene su causa en una superior preparación o cualificación profesional, en una larga experiencia laboral en una profesión como la de cirujano y en la consiguiente mayor remuneración de la actividad profesional realizada por el cónyuge menos desfavorecido. No puede olvidarse que una cosa es que la dedicación de la esposa a la familia le haya privado durante los años de excedencia de los ingresos correspondientes a su empleo y de alcanzar sus expectativas de desarrollo profesional como enfermera, y otra, bien distinta, que sea posible equiparar esa pérdida con los ingresos que ha venido percibiendo y percibe su exmarido por el ejercicio de una actividad profesional como la de cirujano, más cualificada y, por ello, mucho mejor retribuida (la diferencia de ingresos no tiene su origen en el matrimonio pues habría sido la misma si la esposa, en lugar de dedicarse a la familia, hubiera trabajado todo este tiempo, hasta su disolución)».

La STS 27 octubre 2011, RC n.º 1022/2008, declara que el simple transcurso del tiempo no constituye causa de extinción de la pensión compensatoria, salvo que se haya establecido de forma temporal:

«El presente recurso se plantea por considerar que existe doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales respecto a la revisión de la pensión compensatoria por el simple transcurso del tiempo. En definitiva, se discute aquí si la interpretación del Art. 101 CC permitiría incluir esta causa, como realiza la sentencia recurrida.

»El Art. 101 CC permite la revisión de la pensión "por el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona". Ninguno de los dos últimos supuestos concurre aquí, por lo que se debe determinar si el simple transcurso del tiempo sería un supuesto incluido en la primera de las causas previstas en el Art. 101.1 CC.

»Las condiciones que llevaron al nacimiento del derecho a la pensión compensatoria pueden cambiar a lo largo del tiempo. Cuando ello ocurra,

el obligado al pago de la pensión podrá pedir que se modifique esta medida, pero para ello deberá probar que las causas que dieron lugar a su nacimiento han dejado de existir, total o parcialmente. El simple paso del tiempo no constituye una causa de extinción de la pensión, salvo que se haya pactado a plazo o bien se haya impuesto judicialmente de forma temporal.

»En el presente caso, no puede admitirse la extinción de la pensión compensatoria, porque:

»1º. No se había constituido como temporal.

»2º. No se ha probado que concurren causas para la modificación de medidas.

»En consecuencia, esta Sala dicta la siguiente doctrina: el simple transcurso del tiempo no constituye causa de extinción de la pensión compensatoria, salvo que se haya establecido de forma temporal».

6.9 Extinción de la pensión por vida marital

Según la STS 9 febrero 2012, RC n.º 1381/2010, las relaciones sentimentales mantenidas con exclusividad durante un año y medio tienen la suficiente estabilidad para ser consideradas como un supuesto de vida marital que es causa de extinción de la pensión compensatoria:

«Desde la entrada en vigor de la ley de 17 julio 1981, se ha intentado interpretar la disposición contenida en el art. 101.1 CC, que ahora resulta cuestionada en este litigio. En la doctrina se han mantenido dos posturas: la de quienes entienden que el Código civil utiliza la expresión "vivir maritalmente" como equivalente a convivencia matrimonial, y la de quienes entienden que cualquier tipo de convivencia estable de pareja lleva a la extinción de la pensión y que no quedan incluidas las convivencias ocasionales o esporádicas. Esta misma discrepancia se ha reproducido en las sentencias de las Audiencias Provinciales.

»Para darle sentido a dicha regla, deben utilizarse dos cánones interpretativos: el de la finalidad de la norma y el de la realidad social del tiempo en que la norma debe ser aplicada. De acuerdo con el primero, la razón por la que se introdujo esta causa de extinción de la pensión compensatoria fue la de evitar que se ocultaran auténticas situaciones de convivencia con carácter de estabilidad, más o menos prolongadas, no formalizadas como matrimonio, precisamente para impedir la pérdida de la

pensión compensatoria, ya que se preveía inicialmente solo como causa de pérdida el nuevo matrimonio del cónyuge acreedor. El Código civil de Catalunya también incluye esta causa de extinción de la que denomina "prestación compensatoria", en su art. 233-19, 1, b), tal como lo había recogido el art. 86.1,c) CF.

»Utilizando el segundo canon interpretativo, es decir, el relativo a la realidad social del tiempo en que la norma debe aplicarse, debe señalarse asimismo que la calificación de la expresión "vida marital con otra persona" puede hacerse desde dos puntos de vista distintos: uno, desde el subjetivo, que se materializa en el hecho de que los miembros de la nueva pareja asumen un compromiso serio y duradero, basado en la fidelidad, con ausencia de forma; otro, el elemento objetivo, basado en la convivencia estable. En general, se sostiene que se produce esta convivencia cuando los sujetos viven como cónyuges, es decir, *more uxorio*, y ello produce una creencia generalizada sobre el carácter de sus relaciones. Los dos sistemas de aproximación a la naturaleza de lo que el Código denomina "vida marital" son complementarios, no se excluyen y el carácter no indisoluble del matrimonio en la actualidad no permite un acercamiento entre las dos instituciones sobre la base de criterios puramente objetivos distintos de la existencia de forma, porque es matrimonio el que se ha prolongado durante un mes siempre que haya habido forma y es convivencia marital la que ha durado treinta años, pero sin que haya concurrido la forma del matrimonio.

»De acuerdo con lo anterior, debemos entender que la convivencia de D^a [...] con una tercera persona durante un año y medio, que la propia implicada reconoció haberse producido y que la sentencia recurrida tiene por cierta, tuvo el carácter de "vida marital" a los efectos de la extinción de la pensión compensatoria, de acuerdo con lo establecido en el Art. 101 CC. Y ello por las siguientes razones:

»1^a La valoración de la prueba efectuada por la sentencia recurrida admite que se produjo una relación sentimental de un año y medio de duración, que no se había ocultado, siendo conocida por amigos y familiares, siendo pública en actos sociales.

»2^a Aunque al parecer no se produjo una convivencia continuada bajo el mismo techo, se habían producido continuas permanencias y/o visitas de uno en el domicilio del otro, encuentros de manera pública en compañía del Sr. Sanz en su vehículo y en diversos establecimientos hosteleros de la ciudad y sus alrededores.

»3^a Estas relaciones tuvieron las características de permanencia: duraron un año y medio; fueron exclusivas mientras duraron, y dieron a entender en el entorno social de los convivientes que se trataba de relaciones

sentimentales con una cierta estabilidad, tal como se deduce de los hechos declarados probados y asumidos en la sentencia recurrida.

»4ª Los hechos probados permiten aplicar la anterior interpretación de lo que debe entenderse por "vida marital" en el Art. 101 CC.

»5ª La extinción de la pensión por la causa del Art. 101.1 CC no puede considerarse una sanción, sino simplemente el cese de la obligación de mantener una prestación a cargo de una persona que no debe olvidarse, ya no tiene ningún deber de socorro para con su ex cónyuge, y que mantiene la obligación de la pensión únicamente si el divorcio ha producido un desequilibrio».

La STS 28 marzo 2012, RC n.º 1002/2010, reconoce como causa de extinción de la pensión compensatoria una convivencia extendida durante un plazo de dos años.

En la STS 23 noviembre 2011, RC n.º 757/2010, considera que la convivencia marital de la esposa acreedora de la pensión constituye causa de extinción de la misma que puede solicitarse en la demanda de divorcio aunque la situación de convivencia existiese ya en el momento de acordarse la separación y el cónyuge, conociendo el hecho, no se hubiese opuesto al reconocimiento de la pensión en la resolución sobre la separación:

«La segunda de las cuestiones resulta más concreta y lleva a resolver el punto relativo a si el deudor de la pensión que ha consentido que se establezca, conociendo la concurrencia de la causa en el procedimiento de la separación, puede pedir que se extinga en el momento del divorcio. Si aplicáramos la teoría del consentimiento, esta Sala debería llegar a la misma solución que la sentencia dictada en primera instancia, por aplicación de la doctrina de los actos propios, derivada del principio de buena fe. Pero si consideramos, como esta Sala entiende, que el divorcio es una situación nueva en la que deben fijarse los efectos correspondientes, debemos concluir que, como ha efectuado la sentencia recurrida, es posible alegar la causa ya concurrente, por la característica constitutiva del divorcio. Pero esta nueva situación solo será efectiva desde la sentencia de divorcio y, por tanto, no puede ser retroactiva al momento de la demanda.

»En el presente supuesto, no es posible estimar el recurso de casación en el que se pretende que la extinción de la pensión se produzca con efectos retroactivos al momento en que concurrió la causa, es decir, antes de la sentencia de separación, porque:

1º El recurrente la conocía en el momento de la demanda de separación y a pesar de ello, la consintió y no planteó posteriormente un procedimiento de

modificación de medidas, para pedir su extinción durante el periodo durante el que se mantuvo la separación. Por tanto, existió conformidad mientras se mantuvo la separación.

»2º La nueva situación creada por el divorcio permite la extinción de la pensión por concurrencia de una causa probada, pero ello no será efectivo desde el momento de la concurrencia de la causa como pretende el recurrente, sino desde la sentencia que acuerda el divorcio».

6.10 Petición por vía de reconversión

Según la STS 10 septiembre 2012, Pleno, RC n.º 1519/2010 contempla, respecto de la pensión compensatoria el alcance de la excepción contemplada en el artículo 710.2.ª d) LEC, según el cual no es necesaria la reconversión cuando el demandado pretenda la adopción de medidas definitivas que hubieran sido solicitadas en la demanda. Decide que la naturaleza de la pensión compensatoria impone que se considere equivalente al supuesto de solicitud en la demanda el caso en que se haya solicitado su denegación:

«B) La especial naturaleza de la institución matrimonial se traduce, en el plano procesal, en que no rigen los principios dispositivo y de preclusión con igual fuerza que en los procesos declarativos ordinarios, como se infiere, entre otros extremos, del hecho de que el artículo 770.2.ª, párrafo segundo, LEC limita la exigencia de reconversión expresa prevista en el artículo 406.1 LEC a determinados supuestos, entre los que figura el que aquí interesa (letra d)), que concurre "[c]uando el cónyuge demandado pretenda la adopción de medidas definitivas, que no hubieran sido solicitadas en la demanda, y sobre las que el tribunal no deba pronunciarse de oficio".

»C) Cuando se trata de la decisión sobre la procedencia o de otorgar una pensión o prestación compensatoria por desequilibrio económico (artículo 97 CC), cuya petición por el cónyuge demandado está sujeta a reconversión, dado que no puede acordarse de oficio, se plantea si debe estimarse comprendido en la excepción relativa a que la medida hubiera sido solicitada en la demanda (caso en que no es necesaria la reconversión), el supuesto en que la parte demandante solicita expresamente que se deniegue la pensión o prestación, y la parte demandada, sin formular reconversión, solicita en la contestación a la demanda que se conceda dicha medida.

»Esta cuestión ha sido resuelta de modo divergente por diferentes audiencias provinciales, por lo que se halla justificada la intervención de

esta Sala en interés de la ley.

»D) La interpretación favorable a entender que no es necesaria, en el supuesto planteado, la necesidad de reconvencción ha sido mantenida por diversas audiencias provinciales (SAP de Navarra, de 28 de julio de 2006, rollo n.º 315/2005; SAP Sevilla, Sección 2.ª, de 5 de noviembre de 2010, rollo n.º 5964/2010; SAP Cádiz, Sección 5.ª, de 14 de marzo de 2007, rollo n.º 500/2006; SAP Salamanca, Sección 1.ª, 6 de octubre de 2006, rollo n.º 401/2006; SAP Toledo, Sección, de 5 de octubre de 2004; rollo n.º 192/2004; SAP Murcia, Sección 1ª, 5 de marzo de 2004, rollo n.º 355/2003; entre otras), fundándose en diversas razones, que pueden sintetizarse así:

»a) Cuando el demandante, en previsión de una posterior petición al respecto, se opone al reconocimiento de la pensión en su demanda, en realidad formula una acción declarativa dirigida a que se diga que no ha lugar su fijación, contra la que cabe entender formulada la acción contraria (declarativa del derecho negado por el demandante), sin necesidad de acudir a la formalidad de la reconvencción sino simplemente contestando a la demanda, pues dos negaciones seguidas ("no cabe", "no, no cabe"), dan por resultado una afirmación.

»b) Dejando al margen los requisitos que atañen a su contenido -debe tratarse de pretensiones que haga el demandado distintas a las del actor, y que recaigan sobre cuestiones sobre las que el órgano judicial no deba pronunciarse de oficio-, tanto a la luz de la legislación anterior (DA Quinta, regla e) Ley 30/1981, de 7 de Julio), como de la vigente normativa procesal (artículo 770.2 LEC), la reconvencción en los procesos matrimoniales no exige otro requisito formal que su proposición "con la contestación a la demanda". Puesto que la reconvencción cuenta con una regulación específica en los procesos matrimoniales, valorando la singularidad de los mismos, entraría dentro de lo razonable entender que no son de aplicación a dicho procesos las exigencias formales que el artículo 406 LEC impone con carácter general en los procesos ordinarios respecto de la imposibilidad de formular pretensiones reconvenzionales en forma implícita.

»c) Incluso en la hipótesis de entender que la exigencia de reconvencción explícita a que alude el artículo 406 LEC rige también en los procesos matrimoniales, los singulares principios que los inspiran debe llevar al órgano judicial a entender que el incumplimiento de esta formalidad no puede acarrear una consecuencia jurídica tan desproporcionada como tenerla por no formulada, para así dejar sin juzgar las peticiones implícitas. Lo razonable es interpretar esa exigencia en el sentido de que corresponde al juez de familia velar porque los escritos de contestación se ajusten a la

misma, estando entre sus facultades detectar las posibles peticiones de naturaleza reconvencional pero implícitamente deducidas, a fin de que se pueda dar traslado de ellas a la parte demandante y con ello evitar posible indefensiones. Esta interpretación se compadece con la doctrina constitucional sobre cómo han de entenderse los requisitos formales en aras a garantizar la tutela judicial efectiva y respecto de la posibilidad de subsanar los defectos formales. E) Esta Sala comparte sustancialmente estas razones. Por un parte, considera que no existe motivo, a raíz de la promulgación de la LEC 2000, para entender modificado la jurisprudencia del TC, el cual, en un supuesto que guarda una absoluta semejanza con el aquí resuelto, aunque la ley aplicable era la LEC 1881 (STC de 10 de diciembre de 1984), declaró que una inexistente incongruencia no puede impedir el examen de la procedencia o no de una pensión compensatoria a favor de parte demandada si fue la propia parte demandante quien introdujo en el debate del proceso la cuestión atinente a la pensión compensatoria --aunque lo fuera para negar en su escrito de demanda la procedencia de la misma a favor de la demandada, anticipándose a una eventual y previsible petición--, y si además la demandada, por su parte, no se limitó en su escrito de contestación a solicitar su absolución respecto de las pretensiones del demandante, sino que pidió la fijación de una concreta pensión compensatoria a su favor.

»En efecto, esta Sala entiende que cuando la LEC exige reconvención expresa lo hace con el fin de someter a un régimen formal la ampliación o integración del objeto del proceso, de forma suficiente para garantizar la seguridad jurídico-procesal. En el supuesto en que la parte demandante se opone al reconocimiento de la pensión compensatoria, introduciendo el debate sobre su procedencia, debe admitirse que con ello integra en el objeto del proceso la pretensión relativa a la pensión por desequilibrio económico. Así se infiere del hecho de que el otorgamiento de una medida de esta naturaleza, discutida en el seno de un procedimiento familiar, no puede ser entendida de manera rígida como una pretensión de carácter unilateral frente a la que la otra parte se presenta con el carácter de sujeto pasivo, sino como una medida que debe ser ponderada y discutida simultáneamente en su anverso y en su reverso teniendo en cuenta diversas circunstancias atinentes a ambas partes en relación con la institución matrimonial, y ponderando intereses que están por encima de los individuales de uno y otro cónyuge. Esta es la razón por la que cuando la parte demandante solicite que no se fije esa medida, introduciendo de manera clara y expresa su discusión en el debate, debe considerarse que se cumplen los requisitos de formalidad suficientes para considerar ampliado el objeto del proceso no solo a la posibilidad de denegar la medida, sino también, como reverso lógico, a la posibilidad de concederla. Debe interpretarse, pues, que cuando el artículo 710.2.^a d) LEC dispone, como

uno de los supuestos en que se excusa la reconvención en los procesos familiares, aquel en que el cónyuge demandado pretenda la adopción de medidas definitivas, no apreciables de oficio, "que no hubieran sido solicitadas en la demanda", la naturaleza de esta medida impone que se considere equivalente al supuesto de solicitud en la demanda el caso en que se haya solicitado su denegación, pues tiene el mismo efecto contemplado en la LEC de ampliar a su discusión el objeto del proceso.

»F) En aplicación de esta doctrina, procede estimar la infracción en que se funda el recurso, puesto que, más allá de que la sentencia recurrida expusiera las razones que entendía que justificaban su decisión, debe apreciarse incongruencia en la falta de resolución sobre una pretensión, referente al reconocimiento de una pensión compensatoria a favor de la esposa y a cargo del marido, que cabe entender que había sido introducida en el proceso por las partes con arreglo a una razonable interpretación de la ley. Como se ha dicho, debe valorarse la actuación del propio demandante, que, anticipándose a las alegaciones de la esposa, y en previsión de la petición formal que esta pudiera hacer al respecto en el trámite procesal oportuno, tomó la decisión de incluirla en su demanda, aunque fuera para sostener que su fijación era improcedente, -petición en sentido negativo que apoyó en razones y pruebas que consideraba pertinentes para sustentarla-. A su vez debe tenerse en cuenta la conducta procesal de la esposa, que no se limitó a defenderse de manera genérica de las pretensiones formuladas en su contra, sino que interesó expresamente el reconocimiento de la pensión en la contestación a la demanda.

»En esta tesitura, en aras de la doctrina que se ha formulado, no deben aceptarse los argumentos empleados por ambos órganos judiciales para eludir pronunciarse sobre la pensión compensatoria, referentes a la necesidad de reconvención expresa y a la imposibilidad de suplir de oficio la inactividad de las partes. Nos encontramos ante un supuesto en que se introdujo en el proceso, de manera conforme a la ley, la controversia que mantenían los litigantes respecto de la pensión compensatoria, y esta circunstancia no permite apreciar la existencia del incumplimiento de un requisito formal ni apreciar indefensión».

7. La STC sobre custodia compartida

La STC 185/2012, 17 octubre 2012, ha decidido, estimando una cuestión de inconstitucionalidad, declarar inconstitucional y nulo el inciso "favorable" contenido en el art. 92.8 del Código civil, según redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio:

«1. Es objeto de la presente cuestión de inconstitucionalidad el art. 92.8 del Código civil (CC), en la redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código civil y la Ley de enjuiciamiento civil en materia de nulidad, separación y divorcio, que dispone: "Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor."

»Hay que advertir que, como ha quedado expuesto, en los antecedentes, en el Auto de planteamiento se suscita la duda sobre la violación de los derechos constitucionales contenidos en los arts. 24, 39 y 117.3 CE, al exigir el art. 92.8 CC el informe favorable del Ministerio Fiscal para que el juez pueda acordar la guarda y custodia compartida cuando la pide uno solo de los progenitores.

»El Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado han solicitado la desestimación de la cuestión. Se centran, abordando conjuntamente las posibles vulneraciones de los arts. 24 y 117.3 CE, en que el ejercicio de la jurisdicción no puede entenderse como algo absoluto y carente de limitación, siendo posible que el legislador establezca determinadas medidas que pueden acotar la decisión del órgano judicial. Consideran que la Ley ha establecido una serie de cautelas en la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de la guarda compartida, que debe regir con mayor fuerza en aquellos supuestos en los que sólo uno de los progenitores lo solicita con la oposición del otro. Estiman que la intervención del Ministerio Fiscal, como se prevé en el precepto cuestionado, no limita en absoluto la potestad jurisdiccional, ya que el Fiscal actúa con las funciones que tiene encomendadas constitucionalmente de defensa de la legalidad y velando por el interés superior del menor. Tampoco, a su juicio, el precepto lesiona los arts. 14 y 39 CE.

»2. Siguiendo el orden de alegaciones realizadas, la primera, formulada en el Auto de planteamiento de la presente cuestión, se refiere a la posible infracción del art. 117.3 CE en relación con el art. 39 CE. Recordemos que el primero de ellos dispone que "el ejercicio de la potestad jurisdiccional, en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales, determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan". El segundo, por su parte, es el primer principio rector de la política social y económica que debe presidir la actuación de todos los poderes públicos, a cuyo tenor:

»"1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

»2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.

»3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

»4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos."

»Dos reglas se desprenden de los preceptos citados en cuanto al ejercicio de la potestad jurisdiccional por parte de los Juzgados y Tribunales. La primera es la plenitud de su ejercicio, conforme a las normas de competencia y procedimiento. La segunda, la exclusividad, que se traduce en que sólo los Jueces y Tribunales son titulares de la potestad jurisdiccional, por lo que ninguna otra autoridad pública que no forme parte del Poder Judicial está investida constitucionalmente de dicha potestad, sin perjuicio de la jurisdicción del Tribunal de Cuentas y la propia jurisdicción constitucional en los ámbitos que le son propios. Si bien esto es indudable, cabe hacer una consideración más. La función de los Jueces y Magistrados es la de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, aplicando las normas de procedimiento que las leyes establezcan. Y en la cuestión constitucional sometida a este Tribunal, la norma de procedimiento es la que establece que, para que excepcionalmente el Juez pueda acordar la guarda y custodia compartida cuando la solicite sólo uno de los progenitores, debe concurrir un informe favorable del Ministerio Fiscal. Si tal garantía —establecida como requisito sine qua non— no se da, el órgano jurisdiccional no puede libremente adoptarla.

»Establecido lo anterior, habrá que recordar que tan reiterada es la doctrina de este Tribunal en virtud de la cual el ejercicio de la potestad de juzgar se ha de ejercer con absoluta independencia, lo que "vale decir con plena libertad de criterio, solamente sometidos al imperio de la ley y el Derecho, sin interferencia alguna" (STC 116/1997, de 23 junio, FJ 1), como igualmente lo es la de que todos los poderes públicos —incluido el judicial— deben velar por el superior interés y beneficio de los menores de edad. Así, hemos afirmado que, cuando se analizan los procesos judiciales de familia, como es el caso, no cabe calificarlos como "un simple conflicto entre pretensiones privadas que ha de ser decidido jurisdiccionalmente dentro de los límites objetivos y subjetivos propuestos por los litigantes,

como si de un conflicto más de Derecho privado se tratara" (STC 4/2001, de 15 enero, FJ 4).

»En este sentido, la Sala que presenta la cuestión estima, en primer término, que su exclusiva potestad jurisdiccional aparece menoscabada o limitada, tal como se halla configurada por el art. 117.3 CE. Tal invasión se produciría porque la regulación cuestionada ha sustituido lo que es la genuina función jurisdiccional de aplicación del Derecho positivo al caso concreto, por la decisión legislativa de que sea el Ministerio Fiscal quien estime la improcedencia de que sea impuesta judicialmente la custodia compartida cuando sólo la solicite un progenitor, al margen del examen de cada situación personal por quienes están llamados a efectuar la ponderación y estimación correspondiente según lo alegado y probado.

»El órgano proponente basa su argumentación en dos razones. La primera es que el automatismo de la denegación de la guarda compartida a causa de un dictamen emitido por el Ministerio Fiscal es incompatible con la plenitud y exclusividad de que gozan los Jueces y Tribunales en el ejercicio de su potestad jurisdiccional, conforme establece el art. 117.3 CE. La segunda, que no existe ninguna otra norma civil, sea estatal, sea autonómica, de Derecho de familia o protectora de los intereses de los menores e incapaces que haya establecido el informe vinculante del Ministerio público que limite el poder de decisión de los Jueces y Tribunales.

»Pues bien, que la norma haya establecido como requisito procedimental que el Ministerio Fiscal dictamine favorablemente sobre la idoneidad de la imposición judicial de una custodia conjunta a pesar de la oposición de una de las partes, nos sitúa en el ámbito de los denominados informes vinculantes. Hay que subrayar que, por lo general, y en relación con los dictámenes emitidos por un órgano diferente al que tiene la competencia atribuida para decidir, el legislador no ha atribuido a los mismos el carácter vinculante en ninguno de los ámbitos judiciales en que interviene el Ministerio Fiscal; es decir, no les otorga un valor prevalente a la convicción judicial, ni ha supeditado el pronunciamiento del Juez a la conclusión alcanzada por el Ministerio público. Y todo ello, a pesar de que no cabe duda del valor de dichos informes, junto al resto del conjunto probatorio para contribuir a la toma de decisión del juez. En el caso de la norma enjuiciada, sin embargo, son dos —Juez y Fiscal— los órganos a los que el legislador ha confiado la función de velar para que excepcionalmente se obligue a los progenitores a compartir la guarda de sus hijos en contra de la voluntad de uno de los progenitores. Ha de analizarse, por tanto, no sólo si estamos en presencia de una limitación de la potestad jurisdiccional provocada por la vinculación del Juez al informe

del Ministerio Fiscal, sino, en el caso de que efectivamente lo sea —como opina el órgano que presenta la cuestión—, si es o no razonable en términos constitucionales.

»3. Para solventar el interrogante formulado debe recordarse que el precepto cuestionado se enmarca dentro de la regulación de un procedimiento específico en el que, a pesar de su naturaleza civil, el principio dispositivo se limita no solamente porque están en juego los derechos e intereses de las partes, sino porque el resultado del litigio afecta directamente a un tercero que no es parte procesal (el hijo menor de edad) y al que el ordenamiento jurídico otorga una especial protección dadas sus circunstancias personales. Precisamente al estar en juego los derechos de los menores de edad, el legislador ha previsto la preceptiva intervención del Ministerio Fiscal en el proceso que, en la mayor parte de las ocasiones, actúa como garante de los derechos de los menores y bajo los principios de imparcialidad y de defensa de la legalidad [arts. 749 y 779 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC)].

»4. Conviene poner de manifiesto, antes de entrar de lleno en el análisis de la constitucionalidad del art. 92.8 del Código civil, una idea íntimamente ligada a la anterior que se refiere a la existencia de un interés público evidente en la protección de la familia. Recordemos que el art. 39 CE establece el deber de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, así como la protección integral de los hijos.

»La discrecional actuación del Juez a favor de la protección de los hijos, destacada ya por la legislación precedente, cobra todavía mayor relevancia en el texto legislativo actual. Cuando está en juego el interés de los menores, sus derechos exceden del ámbito estrictamente privado y pasan a tener una consideración más cercana a los elementos de *ius cogens* que la STC 120/1984, de 10 de diciembre (FJ 2), reconoce que concurren en los procedimientos judiciales relativos a la familia, a partir de que el art. 39.2 CE sanciona una protección integral de los hijos por parte de los poderes públicos.

»Como hemos tenido ocasión de señalar en materia de relaciones paterno-filiales (entre las que se encuentran las relativas al régimen de guarda y custodia de los menores), el criterio que ha de presidir la decisión judicial, a la vista de las circunstancias concretas de cada caso, debe ser necesariamente el interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango, no resulta desdeñable por ello (SSTC 141/2000, de 29 mayo, FJ 5; 124/2002, de 20 mayo, FJ 4; 144/2003, de 14 julio, FJ 2; 71/2004, de 19 abril, FJ 8; 11/2008, de 21

enero, FJ 7). El interés superior del niño opera, precisamente, como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a valorar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora de su guarda y custodia. Cuando el ejercicio de alguno de los derechos inherentes a los progenitores afecta al desenvolvimiento de sus relaciones filiales, y puede repercutir de un modo negativo en el desarrollo de la personalidad del hijo menor, el interés de los progenitores no resulta nunca preferente. Y de conformidad con este principio, el art. 92 CC regula las relaciones paterno-filiales en situación de conflictividad matrimonial, con base en dos principios: a) el mantenimiento de las obligaciones de los padres para con sus hijos y b) el beneficio e interés de los hijos, de forma que la decisión del Juez sobre su guarda debe tomarse tras valorar las circunstancias que concurren en los progenitores, buscando siempre lo que estime mejor para aquéllos.

»Para el adecuado análisis del contenido del art. 92.8 CC debemos considerar que ni la Constitución Española, ni el Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal determinan la naturaleza de la intervención del Fiscal ante la jurisdicción civil, ya que el art. 124 CE atribuye al Ministerio público la función de "promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio, o a petición de los interesados, y, la de procurar ante los Tribunales la satisfacción del interés social". Y los arts. 3.6 y 3.7 del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal añaden que le corresponde "tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la ley" y "asumir o, en su caso, promover la representación y defensa en juicio y fuera de él, de quienes por carecer de capacidad de obrar o de representación legal no puedan actuar por sí mismos". Por su parte, la Ley de enjuiciamiento civil advierte ya en el art. 749 sobre la preceptiva intervención del Ministerio Fiscal, siempre que en el proceso de disolución del matrimonio existan menores, ya se inste la separación o el divorcio de común acuerdo (art. 777.5 y 8), ya por la sola voluntad de uno de los cónyuges (arts. 770 a 775).

»Del tenor de estas normas se desprende la especial vinculación del Ministerio Fiscal con los procesos de familia y con los intereses de los menores que en ellos se sustancian y la necesidad de su intervención cuando se estén ventilando cuestiones fundamentales para su desarrollo integral, pues si su actuación debe estar dirigida a la defensa de la legalidad y del interés público, también debe garantizar la protección integral de los hijos, que consagran estos textos legales. Su actuación está en estos procesos orientada por los principios de imparcialidad, defensa de la legalidad e interés público o social, lo que se manifiesta en la posición que

ocupa, en defensa siempre y exclusivamente del interés de los menores. Y si la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos civiles de familia resulta siempre obligada, es precisamente por su posición de garante ex lege del interés del menor, ya actúe unas veces como parte formal y otras como dictaminador o asesor (*amicus curiae*).

»Del análisis de las normas introducidas por la reforma del año 2005 referentes al papel que cumple el Ministerio Fiscal en la concesión judicial de la guarda y custodia, se deduce su importancia a través del informe que emite, pues, siendo uno de los intervinientes en el proceso, los intereses que defiende son totalmente objetivos y sólo van encaminados a proteger al menor. La Fiscalía debe, pues, velar por los derechos de los hijos y, a tal fin, durante el procedimiento puede solicitar las pruebas que tenga por conveniente, asistir a las exploraciones de los menores y, en definitiva, realizar cuantas actuaciones le conduzcan a un conocimiento directo de la situación a fin de ponderar objetivamente las circunstancias concurrentes en cada caso (por ejemplo, relación usual entre padres e hijos, distancia de los domicilios, períodos de alternancia, etc.) y emitir un dictamen fundado sobre la idoneidad de la guarda compartida solicitada. No puede caber duda, por tanto, que el papel del Ministerio Fiscal, en este sentido, consiste en una valoración de las circunstancias concretas —de control del interés general— sobre la conveniencia para el menor de determinadas formas de guarda. El juez, en este caso, está facultado ya sea para acordar la medida consensuada, ya para denegarla incluso en el caso de que el Ministerio público haya dictaminado favorablemente, porque finalmente, a la vista del conjunto probatorio practicado, ha valorado que puede resultar lesiva.

»5. Situado en el contexto expuesto, no se puede dudar de que el número 8 del art. 92 del Código civil es una norma de carácter excepcional, como expresamente lo advierte el precepto, porque la custodia compartida descansa en el principio general de existencia de acuerdo entre los progenitores (número 5 de ese mismo art. 92), de modo que cuando no exista dicho consenso únicamente podrá imponerse si concurren los presupuestos normativos. Es decir, que hayan quedado acreditados los siguientes extremos: la petición de un progenitor, el informe favorable del Ministerio Fiscal y el beneficio del menor. El legislador del año 2005, lejos de establecer en estos casos una norma prohibitiva, ha autorizado al Juez para que, a pesar de la oposición de uno de los progenitores (y, por tanto, con quiebra del principio general de pacto que inspira la reforma), pueda imponer la custodia compartida, pero sometida al cumplimiento de aquellos requisitos. El primero de ellos —como se ha dicho— es que medie solicitud de uno de los padres, por lo que no puede imponerse nunca de oficio. En segundo lugar, que el Ministerio público informe favorablemente respecto de la adecuación de la medida solicitada para la

correcta protección del interés superior del menor, es decir, respecto de la bondad de una posible imposición judicial de la guarda conjunta con oposición de un progenitor. El tercero, y no es una obviedad subrayarlo, es el interés del menor (*favor filii*) que debe regir cualquier actuación de los poderes públicos dirigida a la adopción de cuantas medidas conduzcan al bienestar y protección integral de los hijos.

»Con la introducción de estos requisitos se establecen concretas garantías, que aseguran que el único fundamento de la ruptura del principio de la autonomía de la voluntad de los progenitores, es el de la prevalencia del interés del menor. Y siendo ello así, parece razonable que la exigencia de un informe del Ministerio Fiscal adquiriera una verdadera dimensión protectora de los intereses de los menores dada su condición de defensor legal de los mismos (arts. 124 CE y 3.7 del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal). Ahora bien, adviértase que la efectividad de dicho dictamen se sitúa en un momento anterior al ejercicio de la potestad jurisdiccional y sólo dándose las garantías establecidas en la norma, el Juez mantiene sus opciones de decisión. Quiere ello decir que únicamente en el caso de que el dictamen de la Fiscalía sea favorable, podrá acordar la guarda compartida porque es a lo que le faculta el precepto. *Sensu contrario*, tal como está redactada la norma, si no concurre tal dictamen, el órgano judicial no está legitimado para acordarla o establecerla.

»Y es en este último supuesto donde quiebra, en términos constitucionales, la razonabilidad de la norma enjuiciada (arts. 24, 39 y 117 CE). Precisamente porque una custodia compartida impuesta judicialmente debe ser excepcional conforme a la normativa vigente o, lo que es igual, porque debe obligarse a los progenitores a ejercerla conjuntamente sólo cuando quede demostrado que es beneficiosa para el menor, de modo que dicha decisión no puede quedar sometida al parecer único del Ministerio Fiscal, impidiéndose al órgano judicial valorar sopesadamente el resto de la prueba practicada.

»Con todo lo dicho hasta aquí, no es difícil deducir que, en aquellos casos en los que el Ministerio público emita informe desfavorable, no puede impedir una decisión diversa del Juez, pues ello limita injustificadamente la potestad jurisdiccional que el art. 117.3 CE otorga con carácter exclusivo al Poder Judicial.

»Ningún argumento o motivo de peso existe que justifique, en consecuencia, la inserción por el legislador de este límite a la función jurisdiccional al haber otorgado un poder de veto al Ministerio Fiscal. A ello cabe añadir que la imposición de ese dictamen obstativo, entra igualmente en contradicción con la regulación procesal y civil de las

facultades del juez para la adopción de cuantas medidas considere beneficiosas para el menor. Así, y sólo a título de ejemplo, pueden ser citadas las normas contenidas en el art. 158 CC, que faculta al juez, de oficio, a instancia de parte o del Ministerio Fiscal, para adoptar las disposiciones que considere necesarias para apartar al menor de un peligro o de evidentes perjuicios. En el mismo sentido, el art. 752 LEC, donde se le desvincula del acuerdo de las partes para fijar las medidas necesarias, como igualmente lo está por el convenio regulador ex art. 777.7 LEC, o cuando se declara en el art. 774.5 LEC la eficacia no suspensiva de las sentencias dictadas en procesos de separación o divorcio.

»6. Tampoco el mandato del art. 39 CE otorga razonabilidad y proporcionalidad a la norma cuestionada, pues aun siendo cierto que todos los poderes públicos —Jueces y Ministerio Fiscal— deben asegurar la protección integral de los hijos, tal como se ha razonado en el fundamento de derecho anterior, existe una invasión del Ministerio Fiscal en las competencias jurisdiccionales. La Fiscalía no limita su intervención a llevar a cabo una valoración de los presupuestos normativos, en un estadio precedente y con una funcionalidad distinta de la desarrollada por el titular del órgano jurisdiccional, sino que tiene la facultad de vetar la decisión discrepante del Juez, bastándole para ello con no informar, hacerlo neutralmente o desfavorablemente. Es cierto que no puede obviarse que el Ministerio público, en virtud del propio texto constitucional (art. 124 CE), actúa sometido a los principios de legalidad e imparcialidad para promover la acción de la justicia y, en especial, que tiene la misión de velar por la defensa de los derechos de los menores (art. 3.7 del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal), de manera que su dictamen previsto en el art. 92.8 del Código civil encaja con naturalidad y razonabilidad en la posición constitucional y en las funciones propias del Ministerio Fiscal. Sin embargo, ello no puede llevar a afirmar que el órgano jurisdiccional no está facultado para imponer el régimen de custodia que estime más adecuado, porque hacerlo sería tanto como vaciar de contenido la norma excepcional y dejar al arbitrio del Ministerio público la elección del mismo. El interés prevalente de los hijos menores, así como la inexistencia de un acuerdo entre los progenitores son motivos con suficiente peso constitucional como para afirmar que el informe del Ministerio Fiscal, sea o no favorable, no puede limitar la plena potestad jurisdiccional; todavía con mayor motivo, cuando el propio legislador no lo limita cuando hay acuerdo entre los progenitores (art. 92.5 CC).

»En conclusión, ha de afirmarse que la previsión normativa que exige el informe favorable del Ministerio Fiscal ex art. 92.8 CC debe ser declarada contraria a lo dispuesto en el art. 117.3 CE, pues corresponde exclusivamente al Juez o Tribunal verificar si concurren los requisitos

legales para aplicar el régimen excepcional y, en el caso de que así sea, valorar si, en el marco de la controversia existente entre los progenitores, debe o no adoptarse tal medida.

»7. A la misma conclusión se llega examinando la alegación recogida en el Auto de planteamiento relativa a la supuesta colisión de la disposición impugnada con el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, por condicionarse —a juicio de la Sala— el derecho de la parte a obtener un pronunciamiento sobre el fondo al requisito de que el Fiscal informe favorablemente sobre su pretensión.

»La denegación del ejercicio de la guarda compartida debida a la vinculación del Juez al dictamen del Fiscal, conforme al procedimiento establecido en la Ley 15/2005, de 8 de julio, supone la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, pues aunque la actuación del Ministerio público está prevista para asegurar el bienestar de los hijos menores, el hecho de que el pronunciamiento judicial se haga depender de tal dictamen, menoscaba de facto el derecho a obtener una resolución sobre el fondo. La tacha de inconstitucionalidad planteada ha relacionado adecuadamente el derecho a obtener una resolución judicial motivada, puesto que, en la práctica, y aunque se obtenga una Sentencia, el pronunciamiento sobre el fondo queda irremediablemente vinculado al dictamen del Fiscal. Al igual que el acuerdo entre los progenitores (art. 92.5 CC) conlleva una Sentencia judicial sobre el fondo, en el supuesto del art. 92.8 CC, aunque también se obtiene una resolución judicial sobre el fondo, lo cierto es que ya viene predeterminada por la decisión del Ministerio público y, como ya se ha dicho, la función de administrar justicia reside con carácter exclusivo en los Jueces y Tribunales y no en el Ministerio público (art. 117.3 CE).

»En este mismo sentido, cabe realizar una nueva consideración. No es lo mismo que sea el Ministerio Fiscal quien posea la facultad de decisión en régimen de guarda y custodia, cuando no hay acuerdo entre los progenitores, a que la tenga el Juez, pues la diferencia entre ambas actuaciones radica, entre otras, en que la de este último puede ser revisada, modificada o revocada a través de los recursos oportunos y, sin embargo, el dictamen desfavorable del Ministerio Fiscal es irrecurrible. Ello provoca no sólo que las Audiencias Provinciales y el Tribunal Supremo tampoco puedan valorar y decidir si el interés del menor requiere esa guarda y custodia compartida, es decir, de nuevo su función jurisdiccional queda impedida por la previa decisión del Ministerio público, sino también que el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) se vea gravemente comprometido. Todo lo dicho hasta aquí lleva, a juicio de este Tribunal Constitucional, a afirmar que no sólo la norma cuestionada conculca la

función jurisdiccional garantizada en el art. 117 CE.

»8. Resta por analizar la posible inconstitucionalidad del art. 92.8 del Código civil por vulneración del derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 CE) y, en particular, el derecho a la igualdad de los niños (art. 10.2 CE en relación con el art. 2 de la Convención de los derechos del niño y art. 39.2 CE), así como el principio de protección de los niños que debe orientar a todos los poderes públicos (art. 39.3 y 4 y art. 53.3 CE).

»Se afirma en el Auto de planteamiento que carece de justificación exigir el informe favorable del Fiscal para que el Juez pueda otorgar la custodia compartida en el caso de que no exista acuerdo entre los padres y, en cambio, no exigir con este carácter el informe del Ministerio público en el supuesto de que los padres estén de acuerdo en compartir la custodia. Considera el órgano judicial cuestionante que la discrepancia entre las partes del proceso no justifica de manera razonable un tratamiento jurídico distinto sobre el carácter vinculante o no para el Juez del dictamen del Ministerio Fiscal. También se sostiene que, pese a la oposición procesal, puede existir una común voluntad, material o de fondo, en que ambos progenitores compartan su tiempo con el hijo común. Por todo ello, considera el Auto que este tratamiento desigual en el régimen de atribución de la guarda conjunta puede lesionar lo dispuesto en los arts. 14 y 39 CE.

»Dado que en los anteriores fundamentos jurídicos hemos declarado el carácter inconstitucional del término "favorable" referido al dictamen del Ministerio Fiscal en el supuesto contemplado en el art. 92.8 CC, y a los efectos que ahora importan de obtener una resolución judicial sobre la guarda y custodia con idénticas garantías para los interesados y con igual libertad y discrecionalidad para el órgano judicial en todos los supuestos, el hecho de que el Ministerio público emita uno u otro informe pierde ya su relevancia en relación con la posible vulneración del art. 14 CE. El motivo de que este Tribunal Constitucional realice tal afirmación no es otro que el de constatar que, en cualquier caso, la alegada vulneración procedería en definitiva, no de la regulación de situaciones distintas, que lo son, sino de la circunstancia de que el órgano judicial vea limitada, dependiendo de cada supuesto, su función jurisdiccional.

»A juicio de este Tribunal Constitucional, el régimen de custodia, sea o no compartida y exista o no acuerdo parental, debe adoptarse siempre, considerando cuál sea la situación más beneficiosa para el niño; y si bien se confiere a los progenitores la facultad de autorregular tal medida y el Ministerio Fiscal tiene el deber de velar por la protección de los menores en este tipo de procesos, sólo al órgano judicial le corresponde la facultad de resolver el conflicto que se le plantea, pues exclusivamente él tiene

encomendada constitucionalmente la función jurisdiccional.

»9. Finalmente, e incidiendo en lo expuesto anteriormente, hemos de afirmar que no procede entrar a examinar si la disposición cuestionada vulnera o no el derecho de los niños a la igualdad ante la ley (arts. 14 y 39.2 CE), puesto que el art. 92.8 del Código civil hace descansar el distinto tratamiento en lo que a su guarda se refiere en la existencia o no de acuerdo entre los progenitores respecto de la adopción de la medida de custodia compartida (art 39.2 y 4 CE) y en la existencia o no de un informe favorable del Ministerio Fiscal.

»Es cierto que en la STC 183/2008, de 22 de diciembre, FJ 3, tuvimos ocasión de poner de manifiesto que "el derecho de los menores que estén en condiciones de formarse un juicio propio a ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo que les afecte, ya sea directamente o por medio de representante o de un órgano apropiado, aparece recogido en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España por Instrumento de 30 de noviembre de 1990 (art. 12) y que en nuestro ordenamiento, el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor reconoce su derecho a ser oído tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en el que esté directamente implicado y del que se deba derivar una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social (art. 9.1 CE; por todas, STC 22/2008, de 31 de enero, FJ 7). Además, cabe citar aquí el art. 24.1 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, publicada en el 'Diario oficial de la Unión Europea' de 14 de diciembre de 2007 e íntegramente reproducida en el art. 2 de la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, en que se establece que '[l]os niños tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tenida en cuenta para los asuntos que les afecten, en función de su edad y madurez'." En armonía con la normativa citada, la regulación del Código civil sobre la guarda compartida, como hemos visto en los fundamentos precedentes, prevé la audiencia del menor en estos procesos (art. 92.6 del Código civil), al disponer que "en todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia", el órgano judicial debe "oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor". Y así, a este Tribunal, no le alberga duda de que la regulación contenida en el art. 92.8 del Código civil y en sus concordantes de la ley procesal en nada impide el derecho de los menores a ser oídos, porque lo serán, aunque su parecer en definitiva quede, como ocurre con el del órgano judicial, postergado por el informe vinculante del Ministerio

público.

»10. En definitiva, como consecuencia de lo argumentado en los fundamentos anteriores, procede estimar la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria y declarar la inconstitucionalidad del inciso "favorable" contenido en el art. 92.8 del Código civil, según redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por ser contrario a los arts. 117.3 y 24 CE.»

La sentencia tiene un voto particular que formula el Magistrado don Manuel Aragón Reyes, al que se adhieren los Magistrados don Pablo Pérez Tremps, doña Adela Asua Batarrita y don Andrés Ollero Tassara:

«En ejercicio de la facultad que me confiere el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y con pleno respeto a la opinión de la mayoría del Pleno, formulo el presente voto particular, al discrepar del fallo y de la fundamentación jurídica de la Sentencia que ha estimado la cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria, en relación con el art. 92.8 del Código civil (CC), declarando inconstitucional y nulo el inciso "favorable" contenido en dicho precepto, según la redacción dada al mismo por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por ser contrario a los arts. 24.1 y 117.3 de la Constitución.

»A mi entender, en virtud de los argumentos que defendí en la deliberación del Pleno y que resumidamente expongo a continuación, la cuestión de inconstitucionalidad debió ser desestimada.

»La Sentencia entiende que la exigencia legal, contenida en el art. 92.8 CC, de informe favorable del Ministerio Fiscal para que el juez pueda acordar la guarda y custodia compartida cuando la pide uno solo de los progenitores, carece de razonabilidad y proporcionalidad, al otorgar un "poder de veto" (sic) al Ministerio Fiscal que limita injustificadamente — se afirma— la potestad jurisdiccional que el art. 117.3 CE reserva con carácter exclusivo a los Jueces y Tribunales integrantes del poder judicial; y también supone la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), pues el hecho de que el pronunciamiento judicial acordando la guarda y custodia compartida en caso de discrepancia de los progenitores se haga depender del dictamen favorable del Ministerio Fiscal "menoscaba de facto el derecho a obtener una resolución sobre el fondo" (sic).

»No puedo compartir tales conclusiones, basadas en un entendimiento erróneo, a mi juicio, tanto de la reserva de jurisdicción garantizada por el art. 117.3 CE, como de la posición institucional del Ministerio Fiscal (art.

124 CE), particularmente en los procesos en los que están en juego los derechos de menores de edad.

»2. Por lo que se refiere al principio de exclusividad jurisdiccional (art. 117.3 CE), íntimamente conectado con el principio de independencia judicial (art. 117.1 CE), conviene recordar que, como ya dijimos en la STC 37/2012, de 19 de marzo, FJ 5, "a diferencia de lo que acontece con los poderes legislativo y ejecutivo, que disponen legítimamente de un amplio margen (siempre dentro del ordenamiento jurídico, como advierte el art. 9.1 CE) para adoptar de manera discrecional decisiones políticas, los Jueces y Tribunales integrantes del poder judicial no pueden ejercer su función jurisdiccional con discrecionalidad política ni según su libre albedrío, sino que han de juzgar sometidos al imperio de la ley, con sujeción al sistema de fuentes establecido.... Bien puede afirmarse por todo ello que, en el ejercicio de su función constitucional, el juez es libre en cuanto que sólo está sujeto al imperio de la ley".

»Por eso, como también afirmamos en la STC 181/2000, de 29 de junio, FJ 19, "del principio de exclusividad de Jueces y Magistrados en el ejercicio de la potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE) no puede inferirse la existencia de una correlativa prohibición impuesta al legislador, por la que se condicione su libertad de configuración para elegir el nivel de densidad normativa con que pretende regular una determinada materia."

»En consecuencia, el legislador democrático está constitucionalmente legitimado para imponer límites al ejercicio de la función jurisdiccional por los Jueces y Tribunales integrantes del poder judicial, sin que el nivel de densidad normativa en la regulación de una determinada materia en nada afecte, en principio, a la exclusividad en el ejercicio de la potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE), salvo que la concreta configuración legal considerada se revele como irrazonable, desproporcionada o arbitraria, tachas que, desde luego, no cabe apreciar, en mi opinión, en el supuesto del cuestionado art. 92.8 CC, como luego diré.

»En efecto, son numerosos los supuestos en los que el legislador introduce reglas que limitan la libertad del juez en el ejercicio de su función constitucional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, sobre algunos de los cuales este Tribunal ha tenido incluso oportunidad de pronunciarse ratificando su legitimidad.

»Así, en la ya citada STC 181/2000, de 29 de junio, FJ 19, descartamos que la mayor o menor densidad de contenidos normativos que, en lo que atañe a la valoración y cuantificación de los daños personales ocasionados por la circulación de vehículos a motor, presenta el sistema legal de baremación introducido por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, se derive restricción

alguna de las facultades pertenecientes a los Jueces y Tribunales para el ejercicio exclusivo de la potestad jurisdiccional ex art. 117.3 CE.

»Y, por referirnos a supuestos en los que la decisión judicial resulta vinculada por las posiciones adoptadas por las partes en el marco del proceso, cabe señalar, a mero título de ejemplo, que hemos declarado que el principio dispositivo en nuestro sistema procesal rige también en la segunda instancia civil y configura las facultades de conocimiento del órgano ad quem, que, en virtud del principio tantum devolutum quantum appellatum, sólo puede entrar a conocer sobre aquellos extremos de la Sentencia de instancia que hayan sido objeto de impugnación por las partes en el recurso de apelación (por todas, SSTC 9/1998, de 13 de enero, FJ 5; 212/2000, de 18 de septiembre, FJ 2; 120/2002, de 20 de mayo, FJ 4; y 250/2004, de 20 de diciembre, FJ 3); o también, en relación con el alcance del deber de congruencia entre la acusación y el fallo en lo que respecta en concreto a la posible pena a imponer como manifestación del principio acusatorio, hemos declarado que el Juez o Tribunal no puede imponer pena que exceda, por su gravedad, naturaleza o cuantía, de la pedida por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de proceso por el que se sustancia la causa, aunque la pena en cuestión no transgreda los márgenes de la legalmente prevista para el tipo penal que resulte de la calificación de los hechos formulada en la acusación y debatida en el proceso (STC 155/2009, de 20 de junio, FFJJ 6 y 7).

»Añádase a lo anterior, sin ánimo de exhaustividad y sin salirnos del ámbito del proceso civil, los diversos supuestos de ejercicio del derecho de disposición de las partes sobre el proceso y sus pretensiones, con efectos vinculantes para el órgano judicial, previstos en los arts. 19 y ss. de la Ley de enjuiciamiento civil (renuncia, desistimiento, allanamiento, transacción), cuya conformidad con lo establecido en el art. 117.3 CE (y en el art. 24.1 CE) no creo que pueda ponerse en duda.

»3. En el caso del cuestionado art. 92.8 CC estamos justamente, en mi opinión, ante un supuesto en el que, por una determinación del legislador que obedece a una justificación razonable y resulta proporcionada a la finalidad que se persigue (asegurar la mejor protección del interés prevalente de los menores), la libertad de decisión del Juez resulta (en alguna medida) legítimamente vinculada por las posiciones adoptadas por las partes en el marco del proceso, concretamente por la postura adoptada por el Ministerio Fiscal, que actúa ope iuris en defensa del interés superior del menor.

»El régimen jurídico sobre la guarda y custodia de los hijos menores de edad ha sido reformado por la mencionada Ley 15/2005, de 8 de julio,

introduciéndose como principal novedad la regulación expresa de la guarda y custodia compartida, que se decretará en caso de que los dos progenitores acuerden el ejercicio compartido de la misma (art. 92.5 CC), quedando el juez vinculado, por tanto, por esta decisión de las partes. Frente a esta regla general el cuestionado art. 92.8 CC, prevé, con carácter excepcional, a falta de mutuo acuerdo de las partes, que la guarda y custodia compartida pueda ser acordada por el juez a instancia del progenitor que la solicita, siempre que exista informe favorable del Ministerio Fiscal y que se fundamente la adopción de la medida en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.

»De lo expuesto se deduce sin dificultad una conclusión irrefutable: el informe favorable del Fiscal sobre la custodia compartida, en caso de discrepancia de los progenitores al respecto, no obliga al juez a acordar dicha medida. El juez, atendiendo al interés superior del menor, podrá decidir si acuerda o no la custodia compartida; no existe, pues, atisbo alguno de vulneración del art. 117.3 CE en este supuesto.

»Por el contrario, si el informe del Ministerio Fiscal no es favorable a la guarda y custodia compartida, el Juez no podrá acordarla, aunque deseara hacerlo. En este caso, el criterio desfavorable del Ministerio Fiscal sí vincula al juez, obviamente, pues le impide acordar la custodia compartida; al igual que resulta vinculado el juez, en sentido contrario, por el acuerdo de las partes sobre la custodia compartida (art. 92.5 CC: "se acordará").

»Pero tampoco en este supuesto (informe desfavorable del Ministerio Fiscal) la norma cuestionada puede considerarse lesiva del art. 117.3 CE (como tampoco lo es la regla general establecida en el art. 92.5 CC).

»Conviene advertir (como por otra parte se recuerda en la propia Sentencia de la que discrepo), que el precepto cuestionado se enmarca dentro de la regulación de un proceso específico en el que, a pesar de su naturaleza civil, se limita el consustancial principio dispositivo de tal jurisdicción porque no solo están en juego los derechos e intereses de las partes sino que el resultado del litigio puede llegar a afectar directamente a un tercero (el hijo menor de edad) que no es parte procesal y al que el ordenamiento jurídico (ya desde el art. 39 CE) le otorga una especial protección dadas sus circunstancias personales. Justamente por estar afectados en este tipo de procesos civiles los derechos concernientes a menores de edad el ordenamiento ha dispuesto la preceptiva participación del Ministerio Fiscal (art. 749.2 de la Ley de enjuiciamiento civil) como garante de los derechos de los menores, con sujeción en su actuación a los principios de imparcialidad y defensa de la legalidad (art. 124.1 y 2 CE), debiendo precisarse que la dependencia jerárquica del Ministerio Fiscal (art. 124.2

CE) no significa pérdida de imparcialidad de los miembros de la Fiscalía en su actuación procesal en defensa de los derechos e intereses que les están encomendados.

»El art. 92.8 CC configura la custodia compartida decretada a instancia de uno de los progenitores, con la oposición del otro, como una situación excepcional, de ahí la cautela del informe favorable del Ministerio Fiscal a la que se somete la toma de esta decisión por el juez, pues, como acertadamente señala el Abogado del Estado en sus alegaciones, la aplicación judicial de una custodia compartida no querida por una de las partes lleva consigo el riesgo de que las disensiones de los progenitores puedan acabar perjudicando a los hijos menores en cuyo beneficio se pretende establecer la medida.

»Dicho de otro modo, la circunstancia de que uno de los progenitores no desee compartir la guarda y custodia de sus hijos menores podría incluso haber sido considerada por el legislador como suficiente para excluir que se pudiera acordar por el Juez en estos casos la custodia compartida. Sin embargo, precisamente porque la finalidad perseguida en estos procesos no es sólo satisfacer las pretensiones de las partes, sino, sobre todo, salvaguardar los derechos de los menores, el legislador, actuando en el ámbito de su legítima libertad de configuración normativa, ha previsto la posibilidad de que el Juez acuerde la custodia compartida pese a la oposición de uno de los progenitores, pero sujetando la toma de esta decisión a la cautela simultánea del criterio favorable del Ministerio Fiscal, institución a la que el ordenamiento ha encargado, entre otras, la función de velar por la defensa de los derechos de los menores (art. 3.7 del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal) y la primacía del interés prevalente de éstos (art. 2 de la Ley Orgánica de protección jurídica del menor), como hemos recordado en la STC 17/2006, de 30 de enero, FJ 5. Lo que evidencia, como pone de relieve el Fiscal General del Estado en sus alegaciones, que en absoluto resulta comprometido el principio de exclusividad jurisdiccional de Jueces y Magistrados en el ejercicio de la potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE) por el hecho de que el legislador añada a la pretensión unilateral de custodia compartida la necesidad de un informe favorable del Ministerio Fiscal, de igual manera que tampoco queda comprometido dicho principio cuando el juez decreta la custodia compartida en el supuesto de que así lo soliciten ambos progenitores de común acuerdo (art. 92.5 CC).

»Huelga, por lo demás, acudir —como se hace en el fundamento jurídico segundo de la Sentencia de la que discrepo— a la técnica de los informes vinculantes, propia del Derecho administrativo, para explicar la intervención del Ministerio Fiscal en el supuesto enjuiciado. Con mayor o

menor acierto en su redacción, que no nos corresponde enjuiciar, la referencia del cuestionado art. 92.8 CC al "informe favorable del Ministerio Fiscal" no tiene más (ni menos) alcance que el de expresar la forma que adopta la toma de postura del Ministerio Fiscal en el proceso, como parte cualificada que asume por imperativo constitucional y legal la defensa de los derechos e intereses del menor, ante una decisión tan grave como es la adopción de la medida de custodia compartida no querida por uno de los progenitores.

»No puedo, en definitiva, compartir la afirmación de la Sentencia de la que discrepo en el sentido de que la exigencia legal de informe favorable del Ministerio Fiscal para acordar la custodia compartida, en caso de discordancia entre los progenitores, limita injustificadamente la potestad jurisdiccional que el art. 117.3 CE otorga con carácter exclusivo a los Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, porque no es cierto que no exista "ningún argumento o motivo de peso" que justifique la imposición por el legislador de ese límite a la función jurisdiccional. Como creo haber expuesto ya con detenimiento, la imposición de la custodia compartida a instancia de una de las partes se configura como una medida excepcional, lo que justifica plenamente la determinación del legislador de someter esta decisión judicial a la garantía adicional de que una institución cualificada como es el Ministerio Fiscal, al que el ordenamiento jurídico encarga la misión de velar por los derechos de los menores en este tipo de procesos (y muy especialmente en el caso de discrepancia entre los progenitores), preste su apoyo a la adopción de tal medida, atendiendo a la mejor protección del interés superior del menor, como establece el art. 92.8 CC. Una opción del legislador que resulta, pues, constitucionalmente irreprochable.

»Por lo mismo, rechazo categóricamente que la exigencia legal de informe favorable del Ministerio Fiscal establecida en el art. 92.8 CC entre en contradicción con la regulación procesal y civil de las facultades del Juez para la adopción de cuantas medidas considere beneficiosas para el menor, como también se afirma en la Sentencia. Ni las leyes son parámetro de control de las leyes, ni los supuestos contemplados en las distintas normas legales que a título de ejemplo cita la Sentencia en apoyo de su aserto (art. 158 CC y arts. 752, 774.5 y 777.7 de la Ley de enjuiciamiento civil) evidencian ningún tipo de contradicción entre dichos supuestos y la regla excepcional prevista en el art. 92.8 CC.

»4. Debo manifestar, asimismo, mi discrepancia con la Sentencia en cuanto considera que el cuestionado art. 92.8 CC no solo infringe la reserva jurisdiccional garantizada por el art. 117.3 sino que también conculca el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, porque aunque se

obtenga una Sentencia, lo cierto es que el pronunciamiento del Juez sobre el fondo queda irremediabilmente predeterminado por el dictamen del Ministerio Fiscal, lo que compromete la exclusividad de la potestad jurisdiccional. A lo que se añade que, al ser irrecurrible el informe favorable del Ministerio Fiscal, las Audiencias Provinciales y el Tribunal Supremo tampoco pueden, en su caso, valorar y decidir si el interés del menor requiere adoptar la guarda y custodia compartida, es decir, de nuevo la función jurisdiccional queda impedida por la previa decisión del Ministerio Fiscal.

»Sin perjuicio de advertir como cuestión previa que considero no sólo innecesario, sino conceptualmente improcedente que, una vez apreciada la inconstitucionalidad del precepto legal cuestionado por infracción del art. 117.3 CE, la Sentencia se adentre a examinar si, además, el art. 92.8 CC incurre en otras tachas añadidas de inconstitucionalidad, debe señalarse que, en cualquier caso, la supuesta colisión del precepto cuestionado con el derecho a la tutela judicial efectiva art. 24.1 CE se reconduce, en realidad, a la pretendida infracción de la reserva de jurisdicción garantizada por el art. 117.3 CE, sin que se justifique, por tanto, una tacha de inconstitucionalidad autónoma dirigida al precepto cuestionado en relación con el derecho reconocido por el art. 24.1 CE.

»Debo, pues, remitirme a lo anteriormente expuesto en cuanto al rechazo de la pretendida infracción del art. 117.3 CE, si bien no me resisto a llamar a la atención sobre la inexactitud en que incurre de nuevo la Sentencia de la que discrepo al afirmar que el pronunciamiento del juez sobre el fondo (se entiende de la decisión de acordar la custodia compartida en el supuesto del art. 92.8 CC) viene irremediabilmente predeterminada por el informe del Ministerio Fiscal. Valga de nuevo recordar que esto no es así necesariamente: en el supuesto del art. 92.8 CC el juez necesita el informe favorable del Ministerio Fiscal para acordar la custodia compartida, pero puede no acordarla aun cuando ese informe sea favorable.

»Por lo demás, me parece obvio que el derecho a la tutela judicial efectiva, en cuanto garantiza el derecho de la partes en el proceso a obtener un pronunciamiento sobre el fondo de su pretensiones, no resulta menoscabado por la exigencia de informe favorable del Ministerio Fiscal para que el Juez pueda acordar la custodia compartida en el supuesto excepcional del art. 92.8 CC (negativa de uno de los progenitores a la custodia compartida). Como es sobradamente sabido, el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) se satisface con la obtención, cuando se cumplan los requisitos procesales correspondientes, de una resolución judicial de fondo que se pronuncie, y lo haga de manera razonable, motivada y fundada en Derecho, sobre las pretensiones deducidas

oportunamente en el proceso (por todas, STC 196/2005, de 18 de junio, FJ 3; 40/2006, de 13 de febrero, FJ 2; y 67/2007, de 27 de marzo, FJ 2), y este pronunciamiento judicial de fondo no resulta impedido por la regulación contenida en el art. 92.8 CC, pues, solicitada la guarda y custodia compartida por uno de los progenitores, el juez podrá acordarla si cuenta con el informe favorable del Ministerio Fiscal y estima que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor, o denegarla (con independencia de cual sea en este caso la postura manifestada por el Ministerio Fiscal).

»5. Por la misma razón antes señalada, estimo improcedente que la Sentencia entre a examinar si el art. 92.8 CC es contrario al derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 CE) y al principio de protección de los menores por los poderes públicos (art. 39 CE), aunque sea para descartar tales vulneraciones. Apreciada —a mi juicio, como ya he dicho, infundadamente— la inconstitucionalidad del precepto legal cuestionado no solo por infracción del art. 117.3 CE, sino también, de manera redundante, por el art. 24.1 CE, huelga pronunciarse a renglón seguido acerca de si, además, la exigencia de informe favorable del Ministerio Fiscal para acordar la guarda y custodia compartida en caso de discrepancia de los progenitores puede contradecir lo dispuesto en los arts. 14 y 39 CE.

»6. En suma, por las razones que han quedado expuestas, considero que la exigencia contenida en el art. 92.8 CC de informe favorable del Ministerio Fiscal para que el juez pueda acordar la guarda y custodia compartida cuando uno de los progenitores se opone a la adopción de esta medida, constituye una opción del legislador que resulta constitucionalmente irreprochable, pues obedece a una justificación razonable y resulta proporcionada a la finalidad pretendida por la norma cuestionada, que no incurre en infracción alguna del principio de exclusividad de Jueces y Magistrados en el ejercicio de la potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE), ni tampoco, claro está, de los arts. 14, 24.1 y 39 CE, lo que debió conducir a la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria.»