

## EFECTOS DE LA SENTENCIA DE DIVORCIO PARA EL ABONO DE LA PENSIÓN POR ALIMENTOS

(Comentario a la STS de 27 de enero de 2014)<sup>1</sup>

**Carlos Beltrá Cabello**

*Subdirector General de Gestión de Personal y Relaciones con la  
Administración de Justicia de la Comunidad de Madrid.  
Secretario Judicial*

---

### EXTRACTO

No puede denegarse la custodia compartida de menores solo con base en la mala relación de los cónyuges y en la inexistencia de informe favorable del fiscal. Respecto a los efectos de la sentencia en relación con el derecho de alimentos de los hijos, el momento a tener en cuenta para el abono de la pensión por alimentos fijada por la sentencia será desde la presentación de la demanda, y no desde la fecha de la sentencia recaída.

**Palabras claves:** divorcio, custodia compartida de menores y derecho de alimentos.

---

*Fecha de entrada: 17-02-2014 / Fecha de aceptación: 17-02-2014*

## EFFECTS OF DIVORCE JUDGMENT FOR PAYMENT OF RIGHT TO FOOD

(Commentary on the Supreme Court of 27 January 2014)

---

### ABSTRACT

There can not be refused the minors' shared custody only on the basis of the bad relation of the spouses and the nonexistence of favorable report of the District attorney. With regard to the effects of the judgment in relation to the food right of the children, the moment to bearing in mind for the credit of the pension for food fixed by the judgment, will be from the presentation of the demand, and not from the date of the relapsed judgment.

**Keywords:** divorce, minors' shared custody and food law.

---

---

<sup>1</sup> Véase el texto de esta sentencia en <http://civil-mercantil.com/>.

La presente sentencia sirve como base no solo para tomar en cuestión si en la interposición del recurso extraordinario se pueden presentar nuevas pruebas, sino también para, y a la luz de otras resoluciones, examinar diferentes aspectos como pueda ser la custodia compartida o la prestación de los alimentos a los hijos como consecuencia de una ruptura matrimonial y el momento en el que estos deben devengarse.

En cuanto a la materia de prueba, una cosa es que en el juicio matrimonial se puedan tomar en consideración hechos posteriores a la presentación de la demanda o que se flexibilice la prueba para permitir que dichos procesos se decidan con arreglo a los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento en que hubieren sido alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento, y otra distinta que el juez no pueda controlar estos nuevos hechos y pruebas, especialmente referidos a la tutela de los derechos de los hijos menores, en cuanto puedan resultar afectados por los mismos, para impedir su incorporación al proceso, mediante una motivación constitucionalmente admisible que tome en consideración si la falta de actividad probatoria se traduce en una efectiva indefensión de la recurrente, por ser la prueba propuesta y denegada decisiva en términos de defensa, y si, en definitiva, afecta a los intereses que especialmente se tutelan en este proceso.

El artículo 24.2 de la Constitución española (CE) ha constitucionalizado el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes como un derecho fundamental, ejercitable en cualquier tipo de proceso, con la consecuencia de que en ningún caso podrá considerarse menoscabado este derecho cuando la inadmisión de una prueba se ha producido debidamente en aplicación estricta de normas legales cuya legitimidad constitucional no puede ponerse en duda.

Continuando con la cuestión de la «nueva» prueba llegamos a los efectos de la sentencia. En relación con el derecho de alimentos, la jurisprudencia de esta Sala ha declarado repetidamente que el juicio de proporcionalidad del artículo 146 del Código Civil (CC) «corresponde a los tribunales que resuelven las instancias y no debe entrar en él el Tribunal Supremo a no ser que se haya vulnerado claramente el mismo o no se haya razonado lógicamente con arreglo a la regla del artículo 146», de modo que la fijación de la entidad económica de la pensión «entra de lleno en el espacio de los pronunciamientos discrecionales, facultativos o de equidad, que constituye materia reservada al Tribunal de instancia, y por consiguiente, no puede ser objeto del recurso de casación».

El momento a tener en cuenta para el abono de la pensión por alimentos fijada por la sentencia gira en torno a dos posibilidades: o bien se considera abonable desde la presentación de la demanda, o bien desde la fecha de la sentencia recaída.

Debe aplicarse a la reclamación de alimentos por hijos menores de edad, situaciones de crisis de matrimonio o de la pareja no casada, la regla contenida del artículo 148.1 del CC, de modo que, en caso de reclamación judicial, dichos alimentos deben prestarse por el progenitor deudor desde el momento de la interposición de la demanda.

Ya la jurisprudencia, con ocasión de una pensión de alimentos fijada en un proceso de declaración de filiación no matrimonial, abordó en toda su extensión los fundamentos de aplicabilidad del artículo 148, párrafo primero, del CC señalando la razón de compatibilidad, como norma general, que resulta de la obligación de alimentos entre parientes. Puntualizándose dicha razón de compatibilidad, derivada de la caracterización de estas acciones, en relación con la reclamación de alimentos por hijos menores de edad en situaciones de crisis del matrimonio o de la pareja no casada, todo ello concordante con la argumentación sostenida por el Ministerio Fiscal.

La sentencia analizada y otras establecen un juicio razonado de proporcionalidad, en función de una estimación de los ingresos que percibe el recurrente por el tipo de trabajo que desarrolla, que la Sala debe mantener, cuando en el propio recurso, fuera de toda lógica argumental, se insta exclusivamente la reducción de la prestación cuestionando la interpretación de los artículos 92.5, 6 y 7 del CC, y debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren 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; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven.

Se señala que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que, al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea.

No es sostenible la absoluta incompatibilidad de la totalidad de lo dispuesto en el Título VI del Libro I del CC, relativo a los alimentos entre parientes, respecto de los debidos a los hijos menores como un deber comprendido en el contenido de la patria potestad.

Sobre la base de esta razón de compatibilidad, cabe plantearse si lo dispuesto para la obligación de alimentos entre parientes respecto del momento para el abono de dicha pensión, esto es, desde la fecha en que se interponga la demanda, artículo 148, párrafo primero, del CC, como norma general, resulta aplicable a los supuestos de obligación de alimentos a los hijos. De lo anteriormente expuesto se comprende que el fundamento de la posible respuesta descansa en valorar si la efectividad del derecho a la pensión reclamada judicialmente se integra ya en el núcleo conceptual de la naturaleza propia y diferenciada de la obligación de alimentos de los hijos, o en la esfera de su diferenciación básica, o por el contrario participa de la caracterización general de la acción de prestar alimentos.

La opción por esta última consideración, conforme al elemento condicional que subyace en este tipo de obligaciones, es la exigencia de intimación al deudor o de razones prácticas de respuesta a las necesidades presentes y futuras del alimentista; así, para la efectividad de este tipo de obligaciones legales conviene diferenciar entre el tiempo o momento de nacimiento de la obligación, propiamente dicho, y el tiempo o momento de la exigibilidad de dicha obligación, siendo la reclamación judicial el cauce por el que se concreta la prestación debida (cuantía y modo de pago) y su exigibilidad desde la fecha en que se interpuso la demanda.

En el marco de este desarrollo doctrinal, esta Sala ya apreció esta razón de compatibilidad derivada de la caracterización de estas acciones en orden a la aplicación del artículo 148, párrafo primero, a la reclamación de alimentos por hijos menores de edad en situaciones de crisis del matrimonio o de la pareja no casada. Doctrina que, por lo anteriormente señalado, también debe aplicarse como fundamento determinante en la reclamación de alimentos por hijos menores cuya filiación no matrimonial ha resultado declarada.

Siguiendo con la exposición argumental que se llega a la custodia compartida, se prima el interés del menor y este interés, que ni el artículo 92 del Código Civil ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, definen ni determinan, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos como de estos con aquel.

No puede denegarse la custodia compartida solo con base en la mala relación de los cónyuges y en la inexistencia de informe favorable del fiscal, en primer lugar porque **el informe del Ministerio Público no es vinculante** y en segundo lugar porque no se deduce de los hechos probados que la mala relación entre los progenitores perjudique el interés de los menores y además porque conforme a la citada jurisprudencia la guarda y custodia compartida no es una medida excepcional, sino que debe considerarse deseable en interés de los menores, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores.

Incluso se ha declarado inconstitucional y nulo el inciso «favorable» del informe del Ministerio Fiscal contenido en el artículo 92.8 del CC, según redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, de tal forma que corresponde exclusivamente al juez o tribunal verificar si concurren los requisitos legales para aplicar este régimen. Es por tanto al juez al que, en el marco de la controversia existente entre los progenitores, corresponde valorar si debe o no adoptarse tal medida 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, solo a aquel le corresponde la facultad de resolver el conflicto que se le plantea, pues exclusivamente él tiene encomendada constitucionalmente la función jurisdiccional, obligando a los progenitores a ejercerla conjuntamente solo cuando quede demostrado que es beneficiosa para el menor.

En otra de las sentencias analizadas no concurre ninguno de los requisitos que, con reiteración, ha señalado la jurisprudencia, 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; 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 convivían.

Lo dicho no es más que el corolario lógico de que la continuidad del cumplimiento de los deberes de los padres hacia sus hijos, con el consiguiente mantenimiento de la potestad conjunta, resulta sin duda la mejor solución para el menor por cuanto le permite seguir relacionándose del modo más razonable con cada uno de sus progenitores, siempre que ello no sea perjudicial para el hijo, desde la idea de que no se trata de una medida excepcional, sino que, al contrario, debe considerarse la más normal, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a mantener dicha relación.

Así, la jurisprudencia 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.

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.

De aquí que las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afectan, perjudicando, el interés del menor.

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 artículo 7 del CC».

Y para terminar llegamos al punto relativo al uso de la vivienda familiar. 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. 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 este, 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 artículo 96, ni en el artículo 7 del CC .

De esta doctrina se extrae que, cuando el cónyuge custodio posea otra vivienda en propiedad en la que pueda dar alojamiento digno a los menores, la que fue vivienda familiar podrá ser adjudicada al cónyuge no custodio.