

EDJ 2010/134148

AP Alicante, sec. 9ª, S 18-5-2010, nº 267/2010, rec. 919/2009

Pte: Valero Diez, José Manuel

Resumen

Estima la AP parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la demandada -desestima el del actor- contra la resolución de instancia, que estimó en parte la demanda principal y reconvenzional, y declaró la disolución por divorcio del matrimonio de los litigantes, así como las demás consecuencias inherentes al mismo; revoca la Sala el pronunciamiento de la instancia. Entre las diversas cuestiones planteadas, considera la Sala procedente la elevación de la cuantía fijada en concepto de pensión alimenticia, al no resultar la cuantía fijada proporcional a las necesidades de los menores y dados los ingresos de los progenitores.

NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 1/1996 de 10 enero 1996. Asistencia Jurídica Gratuita
art.3.3

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	3
FUNDAMENTOS DE DERECHO	4
FALLO	8

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

DERECHO DE PROPIEDAD

COPROPIEDAD

Conservación, cargas y gastos

HIPOTECA

CLASES

Inmobiliaria

JURISPRUDENCIA

DEL TRIBUNAL SUPREMO

MENOR DE LAS AUDIENCIAS

MATRIMONIO

EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Pensión compensatoria

Concepto

Concesión

Límite temporal

Cuantía

Pensiones alimenticias a los hijos

Determinación de la cuantía

Obligación de ambos cónyuges

Proporcional a ingresos y necesidades

Modificación

Otras cuestiones

Régimen de visitas

Favor "filii"

Pernocta

REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

NORMAS GENERALES

Litis expensas

SENTENCIA

INCONGRUENCIA

Concepto y alcance

Sentencia congruente

Extra petitum

No se concedió lo no pedido

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Esposa divorciada,Esposo divorciado; Desfavorable a: Esposa divorciada,Esposo divorciado

Procedimiento:Apelación, Divorcio

Legislación

Aplica art.3.3 de Ley 1/1996 de 10 enero 1996. Asistencia Jurídica Gratuita

Cita LO 1/2009 de 3 noviembre 2009. Complementaria de Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, se modifica LO 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial

Cita Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita RD 2103/1996 de 20 septiembre 1996. Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita

Cita art.2 de LO 1/1996 de 15 enero 1996. Protección Jurídica Menor, Modificación Parcial del CC y LEC.

Cita Ley 1/1996 de 10 enero 1996. Asistencia Jurídica Gratuita

Cita dad.15 de LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial

Cita art.97, art.106, art.148, art.152.3, art.1318 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Jurisprudencia

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensión compensatoria - Concepto, MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensión compensatoria - Cuantía, MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensión compensatoria - Límite temporal, MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensión compensatoria - Concesión STS Sala 1ª de 19 enero 2010 (J2010/9923)

Cita en el mismo sentido sobre REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES - NORMAS GENERALES - Litis expensas SAP Alicante de 19 junio 2009 (J2009/151560)

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensión compensatoria - Concepto, MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensión compensatoria - Cuantía, MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensión compensatoria - Límite temporal, MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensión compensatoria - Concesión STS Sala 1ª de 21 noviembre 2008 (J2008/222282)

Cita en el mismo sentido sobre REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES - NORMAS GENERALES - Litis expensas SAP Sevilla de 15 febrero 2008 (J2008/214378)

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensiones alimenticias a los hijos - Determinación de la cuantía, MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensiones alimenticias a los hijos - Obligación de ambos cónyuges, MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensiones alimenticias a los hijos - Proporcional a ingresos y necesidades STS Sala 1ª de 3 octubre 2008 (J2008/185056)

Cita en el mismo sentido sobre REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES - NORMAS GENERALES - Litis expensas SAP La Coruña de 21 mayo 2008 (J2008/148453)

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensiones alimenticias a los hijos - Determinación de la cuantía, MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensiones alimenticias a los hijos - Obligación de ambos cónyuges, MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensiones alimenticias a los hijos - Proporcional a ingresos y necesidades SAP Alicante de 3 octubre 2007 (J2007/345836)

Cita en el mismo sentido sobre REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES - NORMAS GENERALES - Litis expensas SAP Cádiz de 16 noviembre 2007 (J2007/285649)

Cita en el mismo sentido sobre REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES - NORMAS GENERALES - Litis expensas SAP Cáceres de 9 noviembre 2006 (J2006/366114)

Cita en el mismo sentido sobre REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES - NORMAS GENERALES - Litis expensas SAP Barcelona de 3 mayo 2006 (J2006/301292)

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensiones alimenticias a los hijos - Determinación de la cuantía, MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensiones alimenticias a los hijos - Obligación de ambos cónyuges, MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensiones alimenticias a los hijos - Proporcional a ingresos y necesidades SAP Alicante de 14 junio 2006 (J2006/282505)

Cita en el mismo sentido sobre REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES - NORMAS GENERALES - Litis expensas SAP Pontevedra de 23 junio 2006 (J2006/256076)

Cita en el mismo sentido sobre REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES - NORMAS GENERALES - Litis expensas SAP Zaragoza de 21 febrero 2006 (J2006/20251)

Cita en el mismo sentido sobre REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES - NORMAS GENERALES - Litis expensas SAP Cantabria de 1 julio 2005 (J2005/203374)

Cita en el mismo sentido sobre REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES - NORMAS GENERALES - Litis expensas SAP Granada de 25 enero 2005 (J2005/72189)

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Régimen de visitas - Favor "filii" STS Sala 1ª de 16 julio 2004 (J2004/82656)

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Régimen de visitas - Favor "filii" STS Sala 1ª de 12 julio 2004 (J2004/82541)

Cita en el mismo sentido sobre SENTENCIA - INCONGRUENCIA - Concepto y alcance - Sentencia congruente, SENTENCIA - INCONGRUENCIA - Extra petitum - No se concedió lo no pedido STC Sala 2ª de 3 marzo 2003 (J2003/3862)

Cita en el mismo sentido sobre REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES - NORMAS GENERALES - Litis expensas SAP Alicante de 23 marzo 2001 (J2001/10417)

Cita en el mismo sentido sobre REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES - NORMAS GENERALES - Litis expensas SAP Sevilla de 10 noviembre 1999 (J1999/55566)

Cita en el mismo sentido sobre REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES - NORMAS GENERALES - Litis expensas SAP Navarra de 12 febrero 1999 (J1999/25232)

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Régimen de visitas - Favor "filii" STS Sala 1ª de 17 septiembre 1996 (J1996/5147)

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensiones alimenticias a los hijos - Determinación de la cuantía, MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensiones alimenticias a los hijos - Obligación de ambos cónyuges, MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensiones alimenticias a los hijos - Proporcional a ingresos y necesidades STS Sala 1ª de 5 octubre 1993 (J1993/8729)

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensiones alimenticias a los hijos - Determinación de la cuantía, MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensiones alimenticias a los hijos - Obligación de ambos cónyuges, MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensiones alimenticias a los hijos - Proporcional a ingresos y necesidades STS Sala 1ª de 9 octubre 1981 (J1981/1633)

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Elche en los referidos autos, se dictó sentencia con fecha 10/7/09 cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Estimar parcialmente la demanda presentada por la Procuradora Dª Ana C. Palazón Balboa, en nombre y representación de D. Baldomero, contra Dª Purificación, y la demanda reconvenional presentada por la Procuradora Dª Margarita García Vicente, en nombre y representación de Dª Purificación, contra D. Baldomero, por lo que:

1.- Se declara el divorcio del matrimonio formado por ambos, con todos los efectos legales, aprobando las siguientes medidas definitivas:

1.1.- El ejercicio de la patria potestad sobre los menores Aurelia y Eulogio será conjunto, si bien quedan bajo la guarda y custodia de su madre, Dª Purificación .

El ejercicio conjunto de la patria potestad implica la participación de ambos progenitores en cuantas decisiones relevantes afecten a sus hijos, especialmente, en el ámbito educativo, sanitario, religioso y social.

Por ello, ambos deberán intervenir necesariamente en la elección o cambio de centro o modelo educativo; en la autorización de cualquier intervención quirúrgica, tratamiento médico no banal o tratamiento psicológico, tanto si entraña algún gasto como si está cubierto por el sistema público de sanidad o por algún seguro privado; en la decisión sobre la realización o no de un acto religioso o social relevante, así como en el modo de llevarlo a cabo, sin que al respecto tenga prioridad el progenitor con quién se encontrara el menor en el momento de ser realizado; en el cambio de domicilio, siempre que el mismo sea relevante, en el sentido de dificultar o impedir el cumplimiento del régimen de visitas vigente; y en la autorización para la salida del territorio nacional.

No obstante, el progenitor que se encuentre en compañía de su hijos podrá adoptar decisiones respecto a los mismos, sin previa consulta al otro progenitor, en los casos en que exista una situación de urgencia o se trate de cuestiones poco trascendentes o rutinarias, que en el normal transcurrir de la vida con un menor pueden producirse.

1.2.- Sin perjuicio de los acuerdos que puedan alcanzar los progenitores en aras al desarrollo de un régimen de visitas amplio y flexible, el régimen de visitas mínimo establecido a favor del progenitor no custodio, D. Baldomero, consistirá, con entrega y recogida en el domicilio familiar (salvo cuando proceda e e centro escolar de los menores);

Durante la semana:

La semana en que el padre libre por su turno de trabajo, podrá llevar a los niños por la mañana al colegio y recogerlos por la tarde en el colegio, restituyéndoles al domicilio familiar a las 20:00 horas (21:00 horas en primavera y verano).

Las semanas que el padre tenga que trabajar, podrá recoger a los niños del colegio los martes y jueves, restituyéndolos al domicilio familiar a las 20:00 horas (21:00 horas en primavera y verano).

El padre deberá realizar con los menores todas las actividades propias del horario en que se desarrolla las visitas (merienda, deberes, actividades extraescolares si las hubiere, etc.), de modo que los mismos puedan acostarse a una hora adecuada para su edad.

Fines de semana alternos:

Desde la salida del colegio el viernes hasta las 20:00 horas (21:00 horas en primavera y verano) del domingo.

Mitad de las vacaciones escolares de Navidad y Semana Santa:

El período vacacional a distribuir entre ambos progenitores se inicia a las 20:00 horas del último día lectivo y finaliza a las 20:00 horas del día anterior al primer día lectivo. La segunda mitad se finalizará a las 20:00 horas de aquel día que posibilite que el número de pernoctas que disfruta cada progenitor sea el mismo. Si no fuese posible porque el número de días no lectivos fuese impar, la primera mitad tendrá una pernocta más. En caso de desacuerdo para determinar la mitad que disfruta cada progenitor, el padre disfrutará de la primera los años pares y de la segunda los años impares, mientras que la madre disfrutará de la segunda los años pares y de la primera mitad los años impares.

4.- Mitad de las vacaciones escolares de verano (desde las 20:00 horas del 30 e junio hasta las 20:00 horas del 31 de agosto):

Se disfrutarán en dos períodos alternos. El primer período comenzará a las 20:00 horas del 30 de junio y finalizará a las 2:00 horas del 15 de julio, el segundo a las 20:00 horas del 31 de agosto. En caso de desacuerdo para determinar el progenitor que disfruta del primer período, será el padre los años pares y la madre los años impares.

5.- Días especiales: Con independencia del progenitor al que le correspondiera el día de acuerdo el régimen de visitas anteriormente expuesto:

El día del Padre, el día de la Madre y el día del cumpleaños de cada progenitor, le corresponderá al progenitor de que se trate, en horario de 11:00 (desde la salida de la guardería/colegio, si es día lectivo) a 20:00 horas.

El día del cumpleaños del menor, el padre estará en compañía del mismo de 11:00 (desde la salida de la guardería/colegio, si es un día lectivo) a 20:00 horas los años pares y la madre los años impares.

1.3.- Se atribuye el uso y disfrute del ajuar y domicilio familiar, sito en Elche, c/ DIRECCION000 núm. NUM000, NUM001, NUM002 a D^a Purificacion .

1.4.- D. Baldomero deberá satisfacer mensualmente, en concepto de pensión de alimentos para sus hijos Aurelia y Eulogio, la cantidad de 658 euros, que deberá ingresar en la cuenta núm. NUM003, por anticipado y dentro de los cinco primeros días de cada mes, actualizándose anualmente dicho importe conforme a las variaciones que experimente el I.P.C. que publica el I.N.E. u organismo que le sustituya en un futuro.

Ambos progenitores deberán satisfacer la mitad e los gastos extraordinarios que se originen a sus hijos, siendo presupuesto previo para su reclamación por el progenitor que haya satisfecho el gasto en su integridad, que, previamente a su realización, salvo supuestos de urgencia, haya recabado el consentimiento del otro progenitor, en cualquier forma que permita acreditarlo documentalmente, con información al mismo del coste que implica. La falta de oposición expresa, en el plazo de 5 días, será equivalente a un consentimiento tácito.

1.5.- D. Baldomero deberá satisfacer mensualmente, durante 18 mensualidades, en concepto de pensión compensatoria para su esposa, la cantidad de 300 euros, que deberá ingresar en la cuenta núm. NUM003, por anticipado y dentro de los cinco primeros días de cada mes, actualizándose anualmente dicho importe conforme a las variaciones que experimente el I.P.C. que publica el I.N.E. u organismo que le sustituya en un futuro.

1.6.- Se atribuye a D^a Purificacion el uso y disfrute del vehículo matrícula I-....-XV y a D. Baldomero la motocicleta matrícula-MRS .

1.7.- Los pagos de la hipoteca se harán con cargo a la cuenta mancomunada NUM004, que presenta un saldo de 39.000 euros.

1.8.- No se fijan litis expensas para la esposa.

2) Queda disuelto el régimen económico matrimonial existente.

3) No se conceda en costas a ninguna de las partes."

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia, se interpuso recurso de apelación por la parte demandante y demandada en tiempo y forma que fue admitido en ambos efectos, elevándose los autos a este Tribunal, donde quedó formado el Rollo número 919/09, tramitándose el recurso en forma legal. La parte apelante solicitó la revocación de la sentencia de instancia. Para la deliberación y votación se fijó el día 12/5/10 .

TERCERO.- En la tramitación de ambas instancias, en el presente proceso, se han observado las normas y formalidades legales.

Visto, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. José Manuel Valero Diez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurso de D^a Purificación .

En su primer motivo de recurso se impugna por esta apelante el régimen de visitas establecido por la resolución de instancia, ya que considera que derecho vacía de contenido la custodia atribuida a la madre, ya que precisamente con el fin de suplir la falta de pernocta es por lo que se pactó un régimen de visitas excepcionalmente amplio, por lo que introducida esta última no tiene razón de ser a amplio régimen de visitas como el acordado.

Sin embargo, la resolución apelada se ajusta a la doctrina legal que sobre el particular se sostiene, entre otras, por la STS Sala 1^a de 16 julio 2004 EDJ 2004/82656 al decir que "la sentencia recurrida se ha aplicado el principio general establecido en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor EDL 1996/13744 , que establece que en todo caso primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir; lo que permite al Juzgador aplicar, incluso de oficio las características, alcance y modalidades que establece el artículo 97 del Código Civil EDL 1889/1 , en relación al derecho de visitas de los progenitores.". Es similar sentido la STS Sala 1^a de 12 julio 2004 EDJ 2004/82541 al señalar que "Establece el artículo 9.3 de la Convención sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989 (ratificado el 30 de noviembre de 1990, B.O.E. de 31 de diciembre de 1990) que los Estados partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de los dos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos de modo regular, salvo si ello es contrario a su interés superior. Como recuerda la Sentencia de 17 de septiembre de 1996 EDJ 1996/5147 , el interés del menor constituye principio inspirador de todo lo relacionado con él y vincula al Juzgador, a todos los poderes públicos e, incluso, a los padres y ciudadanos, de manera que han de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas a su edad y circunstancias, para ir construyendo progresivamente el control acerca de su situación personal y proyección de futuro, evitando siempre que pueda ser manipulado y buscando, por el contrario, su formación integral y su integración familiar y social."

En consecuencia, el régimen de visitas establecido en la instancia, que libremente puede ser establecido por los tribunales independientemente de lo que las partes acuerden o consientan, a juicio de la Sala, se ajusta a la regla que impone procurar el beneficio del menor, ya que ciertamente se aproxima a la situación que esta Sala, viene considerando como la situación ideal cuando es posible, que es la de custodia compartida. Por otra parte, si bien es cierto que en la semana en que el padre libro se por razón de su trabajo y que por ello puede llevar los niños por la mañana al colegio y recogerlos por la tarde, restituyéndolos al domicilio familiar a las 20 horas, las 21 horas en primavera y verano, y que según el propio cuadro que reseña la apelante se circunscribe a los martes, miércoles y jueves, también lo es, y aparece olvidarlo la recurrente, que esos días los menores pernoctan con ella por lo que también puede disfrutar de su compañía esos tres días y lo mismo sucede con los otros dos días de que dispone el padre en la otra semana. En definitiva, cuanto mayor contacto tengan los menores con ambos progenitores mucho mejor para ellos y como esto es lo que aquí provee la resolución de instancia debe ser confirmada en este particular.

En su segundo motivo de recurso discrepa de la resolución apelada en el particular del importe de la pensión alimenticia atribuida a los menores que considera insuficiente en función de los ingresos del padre.

Como nos recuerda la STS de 9 de octubre de 1981 EDJ 1981/1633 "en general todos los casos en que nazca la deuda alimenticia, se traduce en prestaciones cuyo cálculo viene influido por factores de evidente relatividad a la hora de ponderar las necesidades del alimentista y las posibilidades económicas del obligado, que el artículo 146 manda tomar en cuenta, a precisión que el organismo jurisdiccional habrá de efectuar atendiendo a las alegaciones de las partes y las pruebas aportadas, cuidando de no dejar desatendidas las exigencias impuestas por la solidaridad familiar que el legislador tutela, pero al propio tiempo evitando una protección desmedida con olvido de las propias necesidades del alimentante, determinadas por su personal situación y las peculiares relaciones de su medio, como ya advirtió este Tribunal en sentencia de 21 marzo de 1958; variabilidad de los elementos intervinientes en el cálculo que explican la reiterada doctrina jurisprudencial en el sentido de que la cuantía de los alimentos será la que fije en su prudente arbitrio la Sala de Instancia, a la que corresponde valorar los medios de acreditamiento, cuyo criterio no puede ser revisado en casación de otro modo que demostrando por el cauce del número séptimo del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento que la cantidad establecida desconoce notoriamente las bases de proporcionalidad indicadas en el citado artículo 146 del Código sustantivo(sentencias de 21 de diciembre de 1951 y 21 de marzo de 1958, que reiteran tesis ya mantenida por las de 24 de junio de 1946 y 6 y 20 de diciembre y 6 y 17 de febrero de 1942, entre otras)sin perjuicio de que pueda ser censurada por otro cauce la inobservancia de las reglas legalmente ordenadas para su determinación."

También nos dice la SAP de Alicante 14 de junio 2006 EDJ 2006/282505 que "si bien no cabe duda que la genérica obligación alimentaria presenta muy especiales características cuando son los padres quienes deben de cumplirla respecto a sus hijos menores de edad, ya que en abstracto debe de reputarse como incuestionable y por ello de ineludible cumplimiento salvo casos extremos de absoluta imposibilidad por parte de los padres, supuestos a los que, entre otras alude la STS. de fecha 5 de octubre de 1993 EDJ 1993/8729 , la fijación o determinación de su concreta cuantía, y aun partiendo en todo caso del concepto más amplio de la expresión alimentos a la que se refiere los párrafos uno y dos del art. 142 del C. Civil, depende del doble parámetro al que alude claramente el art. 146 del mismo texto legal, necesidades de quien los ha de recibir y caudal o medios del alimentante. La acreditación de unas y otros es indispensable que se lleve a cabo en el proceso que tenga por objeto determinar la pertinencia de una obligación alimentaria y su cuantía..."

En este caso, la pensión de alimentos fijada para los menores en cuantía de 658 #, tiene su razón de ser en los ingresos que se suponen al padre y por aplicación de las tablas estadísticas de pensiones alimenticias de efectivamente viene siguiendo esta Sección Novena. Sin embargo, de las propias nóminas presentadas con la demanda en relación con las declaraciones de renta de años precedentes y la anómala circunstancia de dejar de prestar servicios extraordinarios más o menos coincidiendo con el divorcio, nos lleva a la conclusión

de que éste progenitor dispone o puede disponer sin dificultad de unas ingresos que rondan como mínimo los 2500 # mensuales, que según las citadas tablas implican una pensión de unos 830# cuando existen dos hijos y sólo un progenitor obtiene ingresos, pero teniendo en cuenta que también debe pagar una pensión compensatoria y un alquiler -las cuotas se abonan con cargo a la cuenta de la CAM- debe elevarse la cuantía de la pensión de alimentos de los menores a la suma de 750#, con la actualización, tiempo y forma de pago acordados en la instancia, ya que solo se modifica la cuantía de la pensión. .

En cuanto a la fecha defectos de la elevación acordada la reciente STS de 3 de octubre de 2008 EDJ 2008/185056 , resuelve precisamente este tipo de controversias diciendo que " la obligación de abonar alimentos a los hijos es aplicable el artículo 148 del Código Civil EDL 1889/1 , que establece: "la obligación de dar alimentos será exigible desde que los necesitare para subsistir la persona que tenga derecho a percibirlos, pero no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda.

Pero lo que realmente plantea dudas es la aplicación de tal precepto a las sucesivas resoluciones que pueden modificar los pronunciamientos anteriores una vez fijada la pensión de alimentos, bien por la estimación de un recurso o por una modificación posterior, como ocurre en este supuesto, que varía el progenitor obligado al pago. Sobre tal cuestión sería de aplicación lo dispuesto en el artículo 106 del Código Civil EDL 1889/1 que establece: "los efectos y medidas previstas en este capítulo terminan en todo caso cuando sean sustituidos por los de la sentencia o se ponga fin al procedimiento de otro modo", y en el artículo 774.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 : "los recursos que conforme a la Ley se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieran adoptado en ésta", por lo que cada resolución desplegará su eficacia desde la fecha en que se dicte y será sólo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha desde la interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación, y las restantes resoluciones serán eficaces desde que se dicta, momento en que sustituyen a las dictadas anteriormente, criterio seguido por la sentencia recurrida en el fundamento de derecho segundo.". Se estima parcialmente en este particular el recurso.

El siguiente motivo de apelación se dirige a impugnar la pensión compensatoria concedida en la instancia por considerarla insuficiente.

Respecto de la pensión compensatoria diremos que siendo más que evidente la existencia del desequilibrio económico que para la demandante produjo la ruptura familiar, cual indica la resolución de instancia y aceptamos por remisión en esta alzada, la cuestión debe circunscribirse a la cuantía de la pensión y a la eventual limitación temporal de la misma.

A estos efectos nos dice la SAP de Alicante, Sección 7ª, desplazada en Elche, de fecha 3 de octubre de 2007 EDJ 2007/345836 que "la pervivencia de la citada pensión ha de tener como límite el de la restauración del equilibrio económico, a través de la consolidación de una situación autónoma, es por ello, por lo que siguiendo las pautas marcadas por el derecho genérico a la prestación de alimentos, esta pensión ha de tener su principio y su fin, y este vendrá dado por el hecho de que quien ostente tal derecho venga a mejor fortuna, pero este límite tiene su lógico condicionamiento en el artículo 152.3 del Código Civil EDL 1889/1 , y que analógicamente puede ser aplicado a estos supuestos, de ahí que, y en evitación de la pervivencia de las situaciones provisionales, surja la conveniencia de establecer unos plazos de adecuación a las condiciones de la nueva situación, fijándose para ello un límite temporal durante el cual una persona que se encuentre dentro de los parámetros de normalidad pueda afrontar su nuevo estado, desvinculándose de situaciones anteriores.

Ahora bien, lo que el legislador no ha querido establecer es una pensión económica vitalicia basada exclusivamente en el hecho del previo matrimonio, sino que la condiciona a la situación de desequilibrio real entre las partes, cuya realidad se hace depender, entre otros datos, de circunstancias tanto presentes como futuras, por lo que nada obsta a que el Juez o el Tribunal tengan en cuenta, situaciones que puedan llegar a producirse en el futuro, normalmente previsibles, tales como el aumento de las posibilidades de actividad laboral por el mero hecho de la inmersión de la beneficiaria de la pensión en el mundo del trabajo...".

Más recientemente la STS de 21 de noviembre de 2008 EDJ 2008/222282 nos dice que "Los factores a tomar en cuenta en orden a la posibilidad de establecer una pensión compensatoria son numerosos, y de imposible enumeración. Entre los más destacados, y, sin ánimo exhaustivo, cabe citar: la edad, duración efectiva de la convivencia conyugal, dedicación al hogar y a los hijos; cuantos de estos precisan atención futura; estado de salud, y su recuperabilidad; trabajo que el acreedor desempeñe o pueda desempeñar por su cualificación profesional; circunstancias del mercado laboral en relación con la profesión del perceptor; facilidad de acceder a un trabajo remunerado -perspectivas reales y efectivas de incorporación al mercado laboral-; posibilidades de reciclaje o volver -reinserción- al anterior trabajo (que se dejó por el matrimonio); preparación y experiencia laboral o profesional; oportunidades que ofrece la sociedad, etc. Es preciso que conste una situación de idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico que haga desaconsejable la prolongación de la pensión. Se trata de apreciar la posibilidad de desenvolverse autónomamente. Y se requiere que sea posible la previsión "ex ante" de las condiciones o circunstancias que delimitan la temporalidad; una previsión, en definitiva, con certidumbre o potencialidad real determinada por altos índices de probabilidad, que es ajena a lo que se ha denominado "futurismo o adivinación". El plazo estará en consonancia con la previsión de superación de desequilibrio, para lo que habrá de actuarse con prudencia y ponderación -como en realidad en todas las apreciaciones a realizar-, sin perjuicio de aplicar, cuando sea oportuno por las circunstancias concurrentes, plazos flexibles o generosos, o adoptar las medidas o cautelas que eviten la total desprotección.

En la línea discursiva expresada se manifiesta la más reciente doctrina científica y jurisprudencia de las AAPP, y ahora este Tribunal, que se pronuncia por primera vez y sienta como doctrina jurisprudencial la posibilidad de establecer una duración limitada para la pensión compensatoria del art. 97 CC EDL 1889/1 , siempre que cumpla la función reequilibradora por concurrir presupuestos conocidos que acrediten una base real para dicha limitación temporal."...No obstante, de esa misma doctrina se desprende también que la temporalidad no es imperativa, y que su admisión exige que con ello no se resienta la función reequilibradora, condición que obliga al órgano judicial, a la hora de optar por fijar un límite temporal, a atender a las específicas circunstancias del caso, particularmente, aquellas que permiten valorar la "idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico", y que, de modo no exhaustivo, se encuentran recogidas en el artículo 97 del Código Civil EDL 1889/1 , sin que la valoración de las mismas, la consideración acerca de tenerlas o no acreditadas, ni

el que se otorgue mayor relevancia a unas sobre otras pueda ser revisada en casación, toda vez que tal decisión es parte de la función de apreciar la prueba que corresponde en exclusiva al tribunal de instancia...".

También la STS de 19 de enero de 2010 EDJ 2010/9923 "La pensión compensatoria 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 EDL 1889/1 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, y 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, y c) si la pensión debe ser definitiva o temporal."

Pues bien, tomando en consideración datos como la relativa a la duración del matrimonio (unos 10 años), la edad de la demandante (37 años), la inexistencia de problemas de salud de la referida apelante que le impidan desarrollar actividades por cuenta ajena, las posibilidades -en términos de potencialidad- de acceso de la misma a un empleo por la constancia de su acceso en un pasado no lejano al mercado laboral, la posibilidad de acceder a cursos de formación que mejoren su capacitación para ese acceso, su dedicación pasada y futura a la familia (es cónyuge custodio de dos menores de 8 y 3 años), hemos de concluir que se estiman concurrentes circunstancias que avalan la posibilidad de la delimitación temporal de la referida pensión acordada en la instancia, puesto que el cónyuge beneficiario está en disposición objetiva de superar la situación de desequilibrio en un plazo razonable, teniendo en cuenta que lo que se pretende no es equilibrar exactamente economías, evitando también de este modo que la pensión compensatoria se trasmute en una pensión vitalicia a edad tan temprana. Igualmente es razonable la cuantía de la pensión compensatoria de 300 # mensuales actualizables, máxime teniendo en cuenta los ingresos que por su trabajo puede perfectamente obtener la contraparte. Se desestima este motivo de recurso.

Finalmente se pretende por esta recurrente la condena a las litis expensas del apelado. Sin embargo, debe también desestimarse este motivo, pues, entre otras sentencias de esta Sala, la de 19 de junio de 2009 EDJ 2009/151560 , dijo que: "esta Sección 9ª en su sentencia de 30 de abril de 2007 dijo que "la representación del esposo entiende que su todavía cónyuge podía perfectamente haber solicitado el beneficio de justicia gratuita, al permitir la Ley 1/1996 indagar individualmente sus medios económicos, por ser un pleito de separación el proceso paradigma de los intereses familiares contrapuestos a los que alude la norma. Y, al no haberlo hecho, pudiendo hacerlo, entiende que no ha de cargar con los costes de un abogado y un procurador de libre designación, que es al fin y al cabo el contenido básico de las "litis expensas", a la luz de lo dispuesto en el artículo 1.318 CC EDL 1889/1 .

Cierto es que existen numerosas sentencias en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales que sigue ese criterio. Sin pretensión de exhaustividad pueden citarse las SSAAPP de Sevilla de 10-11-1999 EDJ 1999/55566 , Navarra de 12-2-1999 EDJ 1999/25232 , Vizcaya de 23-1-1998 y Asturias de 31-10-1998 , entre otras.

Ahora bien, frente a esta posición, que se resume en la proposición "quien tiene derecho a litis expensas no puede solicitar beneficio de justicia gratuita y quien tiene derecho al citado beneficio no puede exigir litis expensas", por entender que ambos se hallan recíprocamente condicionados entre sí, viene ganando terreno la posición que postula una interpretación más acorde del artículo 1.318 CC EDL 1889/1 , considerando que no ha sido derogado por la LAJG, y que se resume en el entendimiento de que si uno de los cónyuges carece de recursos o ingresos propios, tanto puede solicitar la concesión del beneficio de justicia gratuita para facilitar así su derecho de defensa -en el bien entendido caso de que, si tuviere derecho a la percepción de "litis expensas", sus profesionales puedan percibir los honorarios y derechos que les correspondan, devolviendo las cantidades percibidas con cargo a fondos públicos, como prevén los números 4 y 5 del artículo 36 de la LAJG - como litigar con profesionales de libre designación y reclamar el pago de las litis expensas -porque el vocablo "podrán" del artículo 3.3 LAJG demuestra que no se trata dicho precepto de una regla de inexorable y preceptiva aplicación, pudiendo los Tribunales optar entre la valoración de los ingresos de la unidad familiar en su conjunto o la del solicitante de justicia gratuita individualmente-. Tesis ésta que permite un más eficaz ejercicio del derecho de defensa, por razones obvias. Son muestra de esta doctrina las SSAAPP de Asturias de 16-2-2000, Vizcaya de 26-6-2000 o Alicante de 23-3-2001 EDJ 2001/10417 ."

Sin embargo, actualmente la gran mayoría de las sentencias que sobre esta cuestión resuelven (SAP de Valladolid de 26 de mayo de 2008, SAP de Sevilla de 15 de febrero de 2008 EDJ 2008/214378 , SAP de La Coruña de 21 de mayo de 2008 EDJ 2008/148453 , SAP de Cádiz de 16 de noviembre de 2007 EDJ 2007/285649 , SAP de Murcia de 6 de marzo de 2007, SAP de Cáceres de 9 de noviembre de 2006 EDJ 2006/366114 , SAP de Pontevedra de 23 de junio de 2006 EDJ 2006/256076 , SAP de Barcelona de 3 de mayo de 2006 EDJ 2006/301292 , SAP de Zaragoza de 21 de febrero de 2006 EDJ 2006/20251 , SAP de Cantabria de 1 de julio de 2005 EDJ 2005/203374 , SAP de Granada de 25 enero de 2005 EDJ 2005/72189) se vienen separando de dicha doctrina inclinándose por aquélla que considera que " para determinar la procedencia de dicha carga matrimonial en los procesos matrimoniales deben concurrir los siguientes requisitos, según el art. 1318.3ª del Código Civil EDL 1889/1 : 1ª) que no medie mala fe o temeridad en el solicitante; 2ª) que el solicitante carezca de bienes propios suficientes para atender a tales gastos y 3ª) que la posición económica de su cónyuge le permita asumir el pago de los correspondientes gastos judiciales, lo que, en sentido negativo y de acuerdo a como se viene interpretando la Ley 1/1996, 10 enero de Asistencia Justicia Gratuita y su Reglamento aprobado por el Real Decreto Ley 2103/1996, de 20 de septiembre EDL 1996/16629 , supone que sólo procede la condena al pago de litis expensas si el litigante que las pretende no puede conseguir el beneficio de justicia gratuita habida cuenta la posición patrimonial de su consorte. El beneficio de justicia gratuita y las "litis expensas" se hallan recíprocamente condicionadas entre sí, de tal manera que tanto puede decirse que quien tiene derecho al beneficio de justicia gratuita no puede exigir "litis expensas", como que quien tiene derecho a "litis expensas" no puede solicitar dicho beneficio. Y en este caso, a tenor de lo dispuesto en los artículos 3 y 4 de dicha Ley 1/1996, al tener los litigantes intereses contrapuestos, la posición

económica del esposo no puede constituir un impedimento para que la esposa pueda litigar gratuitamente. Porque a raíz de la entrada en vigor de la Ley 1/1996 de asistencia jurídica gratuita, a tenor de su artículo 3.3, no puede alegarse el cómputo de ingresos por unidad familiar como impedimento a tal concesión pues basta alegar y acreditar la existencia de intereses familiares contrapuestos, pues si bien esta especial protección tenía razón de ser con anterioridad a la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita EDL 1996/13683, puesto que eran los bienes de ambos cónyuges los que se sumaban para examinar si procedía su reconocimiento, a partir de la entrada en vigor de ésta, carece de aplicación ya que cuando uno de los cónyuges tenga intereses familiares contrapuestos en el litigio para el que se solicita la asistencia -y el de separación indudablemente lo es- solamente se valoraran los bienes del peticionario a efectos de reconocer el derecho a la asistencia jurídica gratuita (artículo 3.3)".

Siguiendo, pues, este criterio que consideramos más ajustado a la verdadera intención y finalidad de la ley 1/1996, procede desestimar este motivo de apelación interpuesto por la recurrente, pues no ha acreditado, en modo alguno, que haya solicitado el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita y que tal reconocimiento le haya sido denegado, debiendo destacarse que existiendo intereses familiares contrapuestos en el presente litigio, bien pudiera haberse reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita, haciendo aplicación de lo dispuesto en el artículo 3.3. de la Ley 1/1996, de 10 de enero, ya que la demandante carece de ingresos suficientes y de patrimonio computable, por lo que no hubiese tenido dificultad alguna en haber logrado el beneficio de justicia gratuita valorando individualmente sus bienes.

El vocablo "podrán" del citado artículo 3.3, no debe entenderse como posibilidad o facultad de elección del solicitante, sino como el remedio legalmente previsto al que debe recurrirse para aquellos supuestos en que el otorgamiento de la justicia gratuita vendría impedido si no se valoraran individualmente los medios económicos. Finalmente el turno de oficio garantiza suficientemente el derecho de defensa mediante los profesionales del derecho que ejercen sus funciones en el mismo."

SEGUNDO.- Recurso de D. Baldomero .

Teniendo en cuenta lo resuelto en el precedente recurso de apelación, debe en lógica consecuencia desestimarse el primero de los motivos de este recurso referido a impugnar la concesión de la pensión compensatoria por entender que no existe el desequilibrio legalmente imprescindible para su atribución. Por lo que la cuestión se limitará a la impugnación referida a la afectación del dinero existente en la CAM al pago de las cuotas del préstamo hipotecario que grava la vivienda conyugal.

El primer lugar, no es cierto que la resolución apelada adolezca del vicio de incongruencia por extra petita. La incongruencia por exceso o extra petitum es, cual señala la STC 45/2003, de 3 de marzo de 2003 EDJ 2003/3862, "un vicio procesal que se produce cuando el órgano judicial concede algo no pedido o se pronuncia sobre una pretensión que no fue oportunamente deducida por los litigantes, e implica un desajuste o inadecuación entre el fallo o la parte dispositiva de la resolución judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones en el proceso. La incongruencia extra petitum constituye siempre una infracción del principio dispositivo y de aportación de parte que impide al órgano judicial, en los procesos presididos por estos principios, pronunciarse o decidir sobre las pretensiones que no hayan sido planteadas por las partes, al ser éstas las que, en su calidad de verdaderos domini litis, conforman el objeto del debate o thema decidendi y el alcance del pronunciamiento judicial. Este deberá adecuarse a lo que fue objeto del proceso, delimitado, a tales efectos, por los sujetos del mismo (partes), por lo pedido (petitum) y por los hechos o la realidad histórica que sirve como razón o causa de pedir (causa petendi). Todo lo cual no comporta que el Juez deba quedar vinculado rígidamente al tenor literal de los concretos pedimentos articulados por las partes en sus respectivos escritos forenses o a los razonamientos o alegaciones jurídicas esgrimidas en su apoyo, pues, por un lado, el principio iura novit curia permite al Juez fundar su fallo en los preceptos legales o en las normas jurídicas que sean de pertinente aplicación al caso, aunque no hayan sido invocados por los litigantes; y, por otro, el órgano judicial sólo está vinculado por la esencia de lo pedido y discutido en el pleito, y no por la literalidad de las concretas pretensiones deducidas, tal y como hayan sido formalmente presentadas por los litigantes, de modo que no existirá la incongruencia extra petitum cuando el Juez o Tribunal decida o se pronuncie sobre una pretensión que, aun cuando no haya sido formal o expresamente formulada, resulte implícita o sea consecuencia inescindible o necesaria de los pedimentos articulados o de la cuestión principal debatida en el proceso."

En el caso que nos ocupa, entre las pretensiones que incluye la demanda reconvencional se encuentra la octava dirigida a que como norma de administración de los gananciales, se determine que con cargo al saldo de la citada cuenta de la CAM, se atiendan los pagos de la hipoteca que grava la vivienda. Es cierto que en el acto de la vista entendió la contraparte que podía liquidarse dicha cuenta en trámite de liquidación de gananciales, pero como aclara en la oposición al recurso ello era siempre que el saldo de la cuenta se utilizase para pagar y/o cancelar hasta donde fuese posible dicho préstamo hipotecario. La razón de esta petición es lógica y consiste en asegurar el pago de la hipoteca que grava el domicilio conyugal, actualmente atribuido en su uso a la contraparte al tener la guarda y custodia de los hijos menores que allí conviven con la misma, evitando de este modo que eventuales impagos, que por muchas y diferentes circunstancias pueden producirse, puedan ocasionar la ejecución hipotecaria y la eventual pérdida del domicilio familiar. Esta es la razón que para tal afectación aduce la resolución apelada y con ella estamos plenamente de acuerdo en esta alzada. Además, en definitiva, se trata de una medida de protección del domicilio de los menores que podía perfectamente acordar el juzgador de instancia. Se desestima el recurso.

TERCERO.- Sin especial pronunciamiento en costas en esta alzada.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre del Rey, y por la autoridad conferida por el Pueblo Español;

FALLO

FALLAMOS: Que con estimación parcial del recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D^a Purificación y con desestimación del interpuesto de contrario por la representación procesal de D. Baldomero, contra la sentencia del Juzgado de

Primera Instancia número 6 de Elche, de fecha 10 de julio 2009, revocamos parcialmente dicha resolución en el único particular de la cuantía de la pensión de alimentos de los menores, que elevamos a la de 750 # mensuales con efectos desde la fecha de esta sentencia, confirmando la sentencia apelada en todo lo demás. Sin especial pronunciamiento en costas en esta alzada.

Notifíquese esta sentencia conforme a la Ley y, en su momento, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, de los que se servirá acusar recibo, acompañados de certificación literal de la presente resolución a los oportunos efectos de ejecución de lo acordado, uniéndose otro al rollo de apelación.

Contra la presente resolución, cabe recurso en los supuestos y términos previstos en los Capítulos IV y V del Título IV del Libro II y Disposición final 16ª de la LEC 1/2000 EDL 2000/77463 .

De conformidad con la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ EDL 1985/8754 6/1985, según redacción dada por la LO 1/2009 EDL 2009/238888 , para interponer contra la presente resolución recurso extraordinario por infracción procesal (concepto 04) y/o de casación (concepto 06), artículos 471 y 481 de la LEC EDL 2000/77463 , deberá consignarse en la "Cuenta de Depósitos y consignaciones" de este Tribunal núm. 3575, al tiempo de su preparación, la cantidad de 50 euros por cada recurso, bajo apercibimiento de inadmisión a trámite; y ello sin perjuicio del pago de la tasa por actos procesales, cuando proceda.

Así, por esta nuestra sentencia definitiva que, fallando en grado de apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- La anterior resolución ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el Ilmo. Sr. Ponente, estando la Sala reunida en audiencia pública. Doy fe.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 03065370092010100265