

# EDJ 2009/256444

AP Asturias, sec. 7ª, S 13-10-2009, nº 515/2009, rec. 211/2009

Pte: Pavesio Fernández, Julián

## Resumen

*Contra la resolución de instancia, que estimó en parte la demanda y declaró la disolución por divorcio del matrimonio de los litigantes, así como las demás consecuencias inherentes al mismo; la AP estima el recurso de apelación interpuesto y acuerda dejar sin efecto la pensión compensatoria concedida a favor de la esposa. La Sala considera, entre otros motivos, que debe acogerse la pretensión del apelante al haber incurrido la sentencia de instancia en incongruencia "extra petita" al fijar pensión compensatoria a favor de la esposa, cuando en la demanda no se solicitó pronunciamiento alguno al respecto, y habiendo la demandada dejado transcurrir el plazo dado por la Juzgadora de instancia para que formulara demanda reconvenzional en forma solicitando pensión compensatoria; no debiendo el órgano "a quo" pronunciarse sino existe petición en forma de parte.*

## NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC  
art.135 , art.136 , art.215.4 , art.267 , art.399 , art.406.3 , art.457.1 , art.770.2

## ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO .....	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	2
FALLO .....	3

## CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

### MATRIMONIO

#### EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO

##### Pensión compensatoria

Concepto

Concesión

Denegación

Otras cuestiones

### RECURSOS

#### APELACIÓN

##### Procedimiento

Interposición

En general

##### Inadmisión

Fuera de plazo

Supuestos diversos

### SENTENCIA

#### INCONGRUENCIA

Extra petitum

Incongruencia

Concesión de lo no pedido

## FICHA TÉCNICA

Favorable a: Esposo divorciado; Desfavorable a: Esposa divorciada

Procedimiento:Apelación, Divorcio

### Legislación

Aplica art.135, art.136, art.215.4, art.267, art.399, art.406.3, art.457.1, art.770.2 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

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

## 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 - Concesión, MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensión compensatoria - Denegación, MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensión compensatoria - Otras cuestiones STS Sala 1ª de 2 diciembre 1987 (J1987/8926)

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia núm. Nueve de Gijón dictó en los referidos autos Sentencia de fecha 3 de diciembre de 2008, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que estimado parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador Dª María Pilar Cancio Sánchez, en nombre y representación D. José Miguel, frente a Dª Flor representado por el Procurador D. Juan Ramón Suárez García, procede acordar el divorcio del matrimonio formado por ambos contrayentes en fecha 17 de agosto de 1991, con los efectos legales inherentes a tal declaración, acordando las siguientes medidas que han de regir la situación personal y familiar entre los cónyuges:-se atribuye la guarda y custodia de la menor, Avelino a la madre, ejerciendo ambos progenitores conjuntamente a la patria potestad. - El régimen de comunicación y visitas del padre con su hija será, el que libremente se establezca por ambos progenitores, y en su defecto, los fines de semana alternos desde el viernes a la hora de la salida de la menor del centro escolar, hasta las 20.00 horas del domingo, una tarde entre semana que, en defecto de acuerdo, será los miércoles, desde la hora de la salida de la menor del centro escolar, hasta las 20.00 horas, así como la mitad de los periodos vacacionales de verano, navidad y semana santa, eligiendo la esposa los años pares y el esposo los impares. El Día del padre la menor lo pasará con el padre y el día de la madre con esta. La menor será recogida y reintegrada en el domicilio materno, o en su caso, en el centro escolar. Los fines de semana se unirán a los puentes. -Se atribuye el uso y disfrute del domicilio, muebles y ajuar familiar, sito en Pinzales, Cenero, CAMINO000 NUM000 de Gijón, a la hija y a la madre. \_ D. Teodosio deberá abonar en concepto de pensión de alimentos para su hija la cantidad de 375 euros mensuales, que deberá ser ingresada en la cuenta bancaria que al efecto se señale, dentro de los diez primeros días de cada mes, obligación que debe cumplirse a partir de la fecha de la presente resolución, prorrateándose en este primer mes la cantidad correspondiente, cantidad que deberá ser actualizada anualmente conforme al IPC, que publique el Instituto Nacional de estadista u organismo oficial que lo sustituye, teniendo lugar la primera actualización, en el mes de enero de 2009. Los gastos extraordinarios, de carácter médico o escolar, deberán ser satisfechos por los dos progenitores por mitad. - D. José Miguel deberá abonar en concepto de pensión compensatoria par ala esposa la cantidad de 225 euros mensuales, que deberá ser ingresada en la cuenta bancaria que al efecto se señale, dentro de los diez primeros días de cada mes, obligación que debe cumplirse a partir de la fecha de la presente resolución, prorrateándose en este primer mes la cantidad correspondiente, cantidad que deberá ser actualizada anualmente conforme al IPC, que publique el Instituto Nacional de Estadística u organismo oficial que lo sustituye, teniendo lugar la primera actualización, en el mes de enero de 209. -Se atribuye al esposo el uso y disfrute de la furgoneta familiar y a la esposa del vehículo turismo marca Peugeot. Las obligaciones familiares deberán abonarse conforme disponga el título de su constitución. -no procede hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en autos. Firme que sea esta resolución, comuníquese al Registro civil de Gijón, donde consta inscrito el matrimonio de los litigantes, a los fines procedentes en derecho". Aclarada por Auto de fecha 8 de enero de 2009, es del tenor literal siguiente: "Se aclara la sentencia dictada en el presente procedimiento en el sentido de que en el párrafo quinto del fallo donde dice D. Teodosio deberá abonar en concepto de pensión de alimentos para su hija..., debe decir D. José Miguel deberá abonar en concepto de pensión de alimentos para su hija..."

SEGUNDO.- Notificada la anterior Sentencia a las partes, por la representación de D. José Miguel se interpuso recurso de apelación y admitido a trámite se remitieron a esta Audiencia Provincial, y cumplidos los oportunos trámites, se señaló para la deliberación y votación del presente recurso el día 29 de septiembre de 2009.

TERCERO.- En la tramitación de este recurso se han cumplido las correspondientes prescripciones legales.

Vistos siendo Ponente el Iltmo. Sr. Magistrado D. JULIÁN PAVESIO FERNÁNDEZ

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia dictada en primera instancia se interpone recurso de apelación por el demandante interesando su revocación, en el sentido de dejar sin efectos el pronunciamiento relativo a la pensión compensatoria, con imposición de costas a la parte contraria si se opusiere, denunciando que incurre la sentencia de instancia en incongruencia extra petita al fijar pensión compensatoria a favor de la esposa, cuando en la demanda no se solicitó pronunciamiento alguno al respecto, y, la demandada dejó transcurrir el plazo dado por la Juzgadora de instancia para que formulara demanda reconventional en forma solicitando pensión compensatoria, declarándose por la Juzgadora de instancia precluida la posibilidad de efectuarla (providencia 8 de octubre de 2008); no pudiendo el juzgador de oficio pronunciarse sino existe petición en forma de parte. Añadiendo, a efectos meramente dialécticos, que tampoco procedería su establecimiento al no darse los requisitos para ello, en base a los razonamientos contenidos en su escrito recurso.

La representación de la apelada se opone en base a las argumentaciones de su escrito de oposición al recurso, solicitando se acuerde, la inadmisión del recuso por extemporáneo, o en caso contrario, su desestimación y conformación de la sentencia de instancia.

SEGUNDO.- En primer lugar, hemos de resolver sobre la inadmisión del recurso por extemporáneo alegada por la parte apelada. Argumente ésta que, siendo el plazo de cinco días, art. 457.1 de la LEC EDL 2000/77463 , para interponer recurso de apelación, uno se había cumplido cuando solicitó la aclaración de la sentencia, quedando interrumpido el plazo por mor de lo dispuesto en el art. 267 de la LOPJ EDL 1985/8754 , con lo que le restaban solo cuatro días a partir del 13/1/2009, martes, en que se notificó el Auto de Aclaración, cumpliéndose dicho plazo el día 20/1/2009, contado ya el día de gracia, con lo cual presentado el escrito anunciando la interposición del recurso de apelación el día 21, está ya fuera de plazo, debiendo acordarse la inadmisión del recurso al tratarse de un plazo prescriptivo.

Motivo que se desestima. Pues claramente se establece en el art. 215.4 de la LEC EDL 2000/77463 "No cabrá recurso alguno contra los autos en que se completen o se deniegue completar....sin perjuicio de los recursos que procedan, en su caso, contra la sentencia o auto....Los plazos para estos recursos...comenzarán a computarse desde el día siguiente a la notificación del auto que reconociera o negara...". Y en el mismo sentido se pronuncia el art. 267.8 de la LOPJ. EDL 1985/8754 A mayor abundancia, y más claramente, el art. 448 de la LEC EDL 2000/77463 -Del derecho a recurrir dispone en su apartado 2. "Los plazos para recurrir se contarán desde el día siguiente al de la notificación de la resolución que se recurra, o, en su caso, a la notificación de su aclaración o de la denegación de ésta"; donde claramente se cuida dicho artículo de advertir que en el mal llamado recurso de aclaración, el plazo se cuenta desde la notificación de la aclaración o su denegación. Con lo cual hay que concluir que el escrito preparando el recurso de apelación presentado que ha sido dentro de los cinco días, art. 457.1 en relación con el art. 135, ambos de la LEC EDL 2000/77463 , está presentado dentro de plazo.

TERCERO.- En cuanto al recurso de apelación, denuncia el recurrente un primer defecto de índole procesal, cual es que la demandada no planteó demanda reconvenicional solicitando pensión compensatoria a su favor, incurriendo la sentencia apelada en incongruencia extra petita, al haberse pronunciado al respecto el juzgador de instancia de oficio, imponiendo al demandante la obligación de pasar a la demandada una pensión compensatoria mensual, medida definitiva no invocada en la demanda, ni solicitada en legal en forma en la contestación, no obstante el plazo dado por la juzgadora de instancia para que se formulara demanda reconvenicional al efecto, se acoge. Pues el art. 770.2 de la LEC EDL 2000/77463 , en los procesos matrimoniales exige la formulación de demanda reconvenicional expresa en aquellos supuestos, como es el presente caso, en que se solicite por el demandado además de la separación, divorcio o nulidad por causas distintas de las invocadas de contrario, la adopción de medidas definitivas que no hubieren sido solicitadas en la demanda, y sobre las que el tribunal no deba pronunciarse de oficio.

Dispone la LEC en su art. 406.3 EDL 2000/77463 que en ningún caso se considerará formulada reconvenición implícita, exigiendo que se acomode a la forma que para la demanda establece en el art. 399, y aunque de contrario se aduce que se expresó en el escrito de contestación a la demanda se hizo extensa referencia a la situación profesional y económica de los cónyuges, trabajos e ingresos y mediante la prueba practica y alegaciones en el acto de la vista dejó meridianamente interesada la solicitud de pensión compensatoria, procede el reconocimiento del derecho a la pensión compensatoria a la demandada, por la concurrencia de los requisitos legales, lo cierto es que no se formuló reconvenición tal y como exige la norma, la cual no puede ser obviada en ningún supuesto. Ha de tenerse en cuenta que las peticiones que los tribunales no pueden apreciar de oficio, como la que se debate en este caso, deberán hacerse a través de la demanda o de la reconvenición, a diferencia de aquellas otras sobre las que no cabe reconvenición precisamente por estar fuera del principio dispositivo, en que el tribunal sí debe pronunciarse de oficio, por exigirlo el artículo. 93 del Código Civil EDL 1889/1 , como la pensión de alimentos de los hijos. Máxime, cuando como sucede en el presente caso en que, al no haberse formulado reconvenición por la demandada dentro del plazo de 10 días que se le concedió, se dictó providencia el 6 de octubre de 2008 declarando "precluída la posibilidad de efectuarla" y teniendo por contestada la demanda, convocando a las partes a la celebración de la vista del juicio, sin que la demandada intentara la reposición de dicha resolución.

En conclusión, si bien se permite la reconvenición para la adopción de la pensión compensatoria, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo. 770.2º de la LEC EDL 2000/77463 y en cuanto que, según es conocido, se trata de una medida que entra dentro de la esfera de disposición de las partes, que no tiene la naturaleza de "ius cogens" o de derecho necesario, y sobre la que el tribunal no debe pronunciarse de oficio (el principio de oficialidad no rige con respecto a la pensión compensatoria, regida por normas dispositivas en cuanto atienden exclusivamente el interés particular, STS 2-diciembre- 1987 EDJ 1987/8926 , y 6-marzo-1995, entre otras), es preciso que su articulación se ajuste a lo dispuesto en el artículo 406.3º de dicha Ley, es decir, que se proponga a continuación de la contestación y que se acomode a lo que para la demanda se establece en el artículo 399 de la LEC EDL 2000/77463 . En este caso no se ha cumplido con los requisitos de forma exigidos en dicho precepto y, por consiguiente, no habiendo la parte demandada formulado reconvenición para solicitar la pensión compensatoria, al no ser admisible la reconvenición implícita, procede estimar el primer y principal motivo del recurso, en el sentido de dejar sin efecto la pensión compensatoria a favor de la demandada establecida en la sentencia recurrida, desde la fecha de dicha resolución, al no ser admisible su subsanación de oficio por el juzgador, pues, el requisito de forma es indeclinable como también lo es el de tiempo (es decir, en el plazo de la contestación), pues se trata de un plazo improrrogable y opera, respecto de esa actuación, el principio de preclusión (artículo 136 de la L.E.C EDL 2000/77463 )..Estimación del motivo principal del recurso que conlleva la innecesidad de examinar las alegaciones esgrimidas por el recurrente para el caso que no se hubiera estimado.

CUARTO.- No procede hacer pronunciamiento especial en costas.

En atención a lo expuesto, la Sección Séptima de la Audiencia Provincial, dicta el siguiente

## FALLO

ESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. José Miguel, contra la Sentencia dictada por la Magistrada- Juez del Juzgado de Primera Instancia número 9 de Gijón, con fecha de 3 de diciembre de 2008, en Autos Juicio de Divorcio nú-

mero 5507/08, debemos de revocar y revocamos parcialmente la referida sentencia, en el sentido de dejar sin efecto el pronunciamiento sobre la pensión compensatoria. Se confirma en lo restante, sin especial pronunciamiento en costas de esta alzada.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 33024370072009100549