

**Resumen**

*Frente a la resolución de instancia que estimó la demanda de disolución matrimonial por divorcio, la AP estima en parte el rec de apelación interpuesto por la demandada, revoca la resolución en el particular relativo a la limitación temporal de la pensión compensatoria, manteniéndose el derecho de la demandada en la misma cuantía pero sin limitación temporal, se otorga la guarda y custodia del hijo de los litigantes a la progenitora y la patria potestad a ambos progenitores, los gastos extraordinarios serán satisfechos al cincuenta por ciento por cada cónyuge. Entre los distintos motivos sobre los que se pronuncia el Tribunal declara que en el caso contemplado, aunque la recurrente tiene la titulación de profesora de enseñanza escolar, no la ha ejercido durante su matrimonio, cuenta ahora con 51 años de edad, y tiene la custodia del menor hijo de los litigantes, a lo que deben añadirse circunstancias externas como la dificultad de acceder al mercado laboral específico de la recurrente en estos tiempos de crisis económica, de modo que existen razones suficientes para establecer dicha pensión con carácter indefinido y sin perjuicio de que un futuro el acceso al mercado laboral pueda suponer una modificación, o incluso extinción, de la pensión compensatoria.*

**NORMATIVA ESTUDIADA**

Ley 1/1996 de 10 enero 1996. Asistencia Jurídica Gratuita  
art.3.3 , art.5

RD de 24 julio 1889. Código Civil  
art.91 , art.92 , art.93 , art.95 , art.96 , art.103 , art.104 , art.142 , art.154 , art.1318.3 , art.1415 , art.3921392

**ÍNDICE**

ANTECEDENTES DE HECHO ..... 2  
FUNDAMENTOS DE DERECHO ..... 2  
FALLO ..... 4

**CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS**

**MATRIMONIO**

**EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO**

- Custodia de los hijos
  - Preferencia por la madre
- Atribución de la vivienda familiar
  - Cónyuge con la custodia de los hijos
- Pensión compensatoria
  - Concepto
  - Límite temporal
  - Cuantía
- Pensiones alimenticias a los hijos
  - Determinación de la cuantía

**REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES**

**NORMAS GENERALES**

- Levantamiento de las cargas del matrimonio
- Litis expensas

**SENTENCIA**

**INCONGRUENCIA**

- Concepto y alcance
  - Sentencia congruente

**SOCIEDAD DE GANANCIALES**

**DISOLUCIÓN**

## FICHA TÉCNICA

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

Procedimiento: Apelación, Divorcio

### Legislación

Aplica art.3.3, art.5 de Ley 1/1996 de 10 enero 1996. Asistencia Jurídica Gratuita

Aplica art.91, art.92, art.93, art.95, art.96, art.103, art.104, art.142, art.154, art.1318.3, art.1415, art.3921392 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Cita art.8 de 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 art.394, art.398 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita art.392, art.1318.3 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Versión de texto vigente null

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que, por el mencionado Juzgado se dictó sentencia en fecha veintiuno de enero de dos mil once, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que estimando la demanda de disolución matrimonial por divorcio promovida por la procuradora Sra. Molina Rodríguez, en nombre y representación de D. Federico, contra su esposo D<sup>a</sup> Laureano, así como la demanda acumulada formulada por ésta, 1. Debo declarar y declaro disuelto por divorcio el matrimonio formado por los cónyuges anteriormente mencionados, con todos los efectos legales. 2. Se atribuye el uso y disfrute del domicilio conyugal sito en C/ HOSPITAL000 num. NUM000 de Guadix a D<sup>a</sup> Laureano e hijo, hasta tanto se venda el mismo, o se lleve a cabo la liquidación de la sociedad de gananciales. 3. Se fija en concepto de pensión alimenticia a favor de la hija la suma de 400 euros, gastos extraordinarios al 50%, y pensión compensatoria a favor de D<sup>a</sup> Laureano, la suma de 400 euros mensuales, durante un período de seis años, cantidad satisfacer los cinco primeros días de cada mes, cantidades que se actualizaran anualmente conforme con la variación del IPC que emite el INE u Organismo que lo sustituya. 4 En cuanto al régimen de visitas a favor del progenitor no custodio, dado la edad del hijo se deja al libre arbitrio de los progenitores, caso de desacuerdo el padre podrá estar con sus hijo, fines de semana alternos desde el viernes a las 19,30 horas hasta el domingo a la misma hora en invierno, y en verano desde las 19,30 hasta las 21 horas recogiénolas entregándolas en el domicilio materno. Un mes de las vacaciones estivales, y en Semana Santa y Navidad por mitad, alternando cada año los días señalados, eligiendo el período a disfrutar la madre los años pares y el padre los impares, los períodos con en Navidad del 24 al 31 de diciembre y del 31 de diciembre al 6 de enero, y en Semana Santa desde el viernes de Dolores al miércoles Santo a las 13,00 horas y desde éste al Domingo de Resurrección. 5 No se hace especial pronunciamiento sobre costas."

SEGUNDO.- Que contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, al que se opuso la parte contraria no habiendo formulado escrito alguno el Ministerio Fiscal; y una vez elevadas las actuaciones a este Tribunal se siguió el trámite prescrito y se señaló día para la votación y fallo, con arreglo al orden establecido para estas apelaciones.

TERCERO.- Que, por este Tribunal, se han observado las formalidades legales en ésta alzada.

Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JOSÉ MALDONADO MARTÍNEZ.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Planteadas sendas demandas de divorcio por ambos litigantes, Sr. Federico y Sra. Laureano, se acumularon las mismas y se dictó sentencia por la que se acordó el divorcio y se adoptaron determinadas medidas, acatadas por el Sr. Federico pero combatidas por su cónyuge, en los puntos que seguidamente se consignan.

En primer término se alega incongruencia de la sentencia en la medida en que no se ha pronunciado sobre el régimen de guarda del menor hijo de los litigantes, hoy de 17 años de edad, lo que es cierto y aunque pueda deducirse implícitamente del hecho de atribuir la vivienda familiar a la progenitora y al hijo, lo cierto es que conviene hacer un pronunciamiento expreso de dicha medida, y en tal sentido se acordará en el fallo la atribución a la progenitora, como además acordaron las partes en el acto de la vista.

En segundo lugar se alega asimismo incongruencia por no haberse pronunciado la sentencia sobre las litisexpensas, lo que asimismo es cierto, aunque dicha pretensión deba ser rechazada, pues como señalaba esta Audiencia Provincial en sentencias de 25 de octubre de 2.000 y 29 de noviembre de 2.004, y esta Sala en sentencia de 18 de mayo de 2.007, la regulación de las mismas en el ámbito matrimonial esta ligada a las medidas provisionales o provisionales de los artículos 103 y 104 del código civil EDL 1889/1, dentro del concepto mas amplio de las cargas del matrimonio, y, en este concepto amplio, dentro del ámbito del régimen económico matrimonial, vienen establecidas en el art. 1.318 párrafo 3º del código civil EDL 1889/1, que las supedita a tres requisitos: que el cónyuge que las pide carezca de recursos suficientes, que litigue contra el otro cónyuge sin mediar mala fe o temeridad, y, finalmente, que la posición económica del cónyuge a quien se piden impida la concesión del beneficio de asistencia jurídica gratuita. En el caso contemplado, procede mantener el pronunciamiento de la sentencia de instancia, dado que no se cumple el ultimo de dichos requisitos en el sentido que lo entiende

la jurisprudencia, pues para que la posición del otro cónyuge le impida la concesión del beneficio de justicia gratuita es preciso que se haya solicitado y que no se haya concedido atendiendo a los recursos del otro cónyuge en los términos que lo expresa la citada Ley, y es patente que la recurrente no ha pedido la concesión de dicho beneficio, por lo que, aun superando los ingresos del esposo el doble del salario mínimo interprofesional, al no superar el cuádruplo cabía la posibilidad de que el Tribunal hubiese hecho uso de lo dispuesto en el artículo 3.3. en relación al artículo 5 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita EDL 1996/13683 otorgando el beneficio al tratarse de litigio entre cónyuges con intereses contrapuestos ( Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 24 de septiembre de 2.001). En consecuencia, no puede pedir las litisexpensas quien ha rechazado obtener el beneficio de justicia gratuita, cuanto más que los ingresos del otro cónyuge no habrían sido obstáculo legal absoluto para conseguirlo, dado que están dentro de los parámetros legalmente establecidos para que le hubiera sido otorgado.

Por ultimo se alega incongruencia al no haberse pronunciado la sentencia sobre la contribución del esposo a las cargas del matrimonio, a cuyo efecto debe señalarse como tiene dicho esta Sala en sentencias de 24 de octubre de 2.008 y 18 de septiembre de 2.009, que en sede de procedimiento de divorcio, las medidas que se adopten sustituyen a las adoptadas con anterioridad -en su naturaleza de provisionales-, y ello a los efectos de que surtan efecto hacia el futuro, por lo que la expresión "cargas del matrimonio" a que se refiere el artículo 91 del código civil EDL 1889/1 , debe entenderse circunscrita a las que tiene tal carácter de las enumeradas seguidamente en los artículos 92 a 96, entre las que no se encuentran las interesadas, pues los bienes a los que afectan ya no están sometidos a las limitaciones que la vigencia del matrimonio le impone, cualquiera que fuere el régimen económico que lo rija, -que era la razón del pronunciamiento judicial en sede de medidas provisionales, esto es, en tanto el vínculo matrimonial desplegaba todos sus efectos en el ámbito económico-, sino que, desde el momento de la sentencia, se disuelve el régimen económico - artículos 95, 1.392 y 1.415 del código civil EDL 1889/1 - y, para el caso de que hubiera regido la sociedad de gananciales -como es el caso-, los bienes que integraron el patrimonio común, se constituyen tras la sentencia en comunidad "postganancial", sujeta a sus propias reglas, que son las que rigen la comunidad ordinaria de bienes de los artículos 392 y siguientes del Código Civil EDL 1889/1 ( Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 2.006), distintas a las de la sociedad de gananciales. La sentencia de esta Sala de 7 de diciembre de 2.007, se abstuvo de pronunciarse sobre quien de los cónyuges afrontaba el pago de determinados prestamos a cargo de la sociedad de gananciales o sobre la atribución de una vivienda que no era la familiar pero que era de carácter ganancial a uno de los esposos, lo que asimismo puede predicarse del uso de un vehículo automóvil de carácter ganancial. En consecuencia, procede desestimar esta pretensión.

SEGUNDO.- Otra cuestión objeto de recurso es la relativa al pago de los gastos extraordinarios del hijo de los litigantes que la sentencia dispone que sean sufragados al cincuenta por ciento por cada progenitor, discrepando de ello la recurrente quien entiende que deben ser sufragados totalmente por el progenitor, aludiendo a que así se acordó verbalmente en el acto del juicio.

Hay que señalar que no consta con claridad si hubo acuerdo sobre la asunción de la obligación de asumir el progenitor los gastos extraordinarios, pero en todo caso, ha de señalarse con las sentencias de esta Sala de 14 de diciembre de 2.007 y 20 de marzo de 2.009 que la distinción entre gastos ordinarios y extraordinarios ha de ponerse en relación con el concepto y contenido de la obligación de alimentos de los artículos 93, 142 y 154 del código civil EDL 1889/1, en el que ha de partirse de su naturaleza de "indispensables", que, por ello, se opone a lo que es conveniente o, mas claramente, a lo superfluo. Cuando se otorga una pensión alimenticia a los hijos, se entienden incluidos dentro de ella todos los gastos, ordinarios y extraordinarios, que entran dentro del concepto de "indispensables", entendiéndose por ordinarios los periódicos y corrientes y por extraordinarios los no periódicos, aunque como se dice, dentro de ellos se encuentran los "indispensables" referidos al sustento, habitación, vestido, asistencia medica, educación e instrucción, embarazo y parto, en su caso ( art. 142 del código civil EDL 1889/1 ). Todos los demás gastos que hayan de acometerse, bien porque sean convenientes, bien incluso porque atiendan a otras finalidades de mero recreo, diversión o placer, tienen la consideración de extraalimenticios, aun cuando, como esta cuestión permite el pacto entre los cónyuges, cabe la posibilidad de llegar a un acuerdo sobre lo que entra dentro de esta parcela de gastos, fuera de la obligación de alimentos, bien con carácter previo, bien por acuerdo simultáneo a la decisión sobre el referido gasto, generando en tal caso obligación exigible.

En el caso de autos, al no constar con claridad la asunción exclusiva de tal obligación por el progenitor, debe rechazarse la pretensión de la actora, y aunque deba admitirse la existencia de gastos extraordinarios a satisfacer al cincuenta por ciento cada cónyuge, al haberlo dispuesto la sentencia y acatado el progenitor, nada se dice del contenido u objeto de la obligación, de modo que para evitar futuros conflictos y haciendo uso de las facultades que a tal efecto otorga al Juez el art. 91 del código civil EDL 1889/1 , procede determinar que tal obligación quedará limitada a los gastos extraalimenticios consistentes en largas enfermedades, operaciones quirúrgicas no cubiertas por la seguridad social y gastos de educación superior, y solo será exigible si hay acuerdo entre los cónyuges y, a falta de dicho acuerdo, si así lo decide el Juez a petición de uno de los cónyuges en ejecución de sentencia.

TERCERO.- La ultima de las cuestiones que plantea la apelante es la limitación temporal de la pensión compensatoria, a cuyo efecto debe señalarse la corrección de la doctrina jurisprudencial expuesta en la sentencia recurrida, y que ya esta Audiencia Provincial venia aplicando en sentencias de 19 de febrero y 9 de julio de 2.002.

La anterior doctrina no supone, de ningún modo, que en todo caso haya de fijarse un carácter temporal a la pensión. Ello solo será posible ponderando las circunstancias del caso concreto y, en particular, las posibilidades reales del cónyuge acreedor de iniciar o reanudar la actividad laboral o de acopiar recursos. La sentencia antes calendada de 9 de julio de 2.002, estableció una limitación temporal de 3 años en persona que tenia estudios superiores que no había ejercitado durante su matrimonio, que su edad era inferior a los cuarenta años y tenia la custodia de un menor de 10 años; la de 16 de julio de 2.002, no limito temporalmente la pensión en persona de similares capacidades y edad pero que tenia la custodia de sus dos menores hijos; la de 18 de mayo de 2.007, no estableció limitación alguna en una señora que tenia 56 años de edad y que había ejercitado sus capacidades laborales de idiomas de forma esporádica; la de 25 de enero de 2.008 no estableció limitación para una persona que tenia capacidad laboral de tipo administrativo, pero mermada

por su edad y condiciones de salud así como por la atribución de la guarda y custodia del hijo de los litigantes y de la dedicación al cumplimiento de dicha obligación.

En el caso contemplado, aunque la recurrente tiene la titulación de profesora de enseñanza escolar, no la ha ejercido durante su matrimonio, cuenta ahora con 51 años de edad, y tiene la custodia del menor hijo de los litigantes, a lo que deben añadirse circunstancias externas como la dificultad de acceder al mercado laboral específico de la recurrente en estos tiempos de crisis económica, de modo que existen razones suficientes para establecer dicha pensión con carácter indefinido y sin perjuicio de que un futuro acceso al mercado laboral pueda suponer una modificación, o incluso extinción, de la pensión compensatoria.

CUARTO.- Habiéndose desestimado el recurso, procede imponer las costas de la alzada al apelante, de conformidad a los artículos 394 y 398 de la LEC. EDL 2000/77463

QUINTO.- Procede resolver de conformidad con lo dispuesto en la D. Adicional decimoquinta apartado 8 de la Ley 1/2009 de 3 de noviembre EDL 2009/238888 .

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, este Tribunal dispone, el siguiente

## FALLO

Que estimando parcialmente el recurso de apelación formulado por el Procurador D. Miguel Ángel García de Gracia en la representación de Doña Laureano contra la sentencia de veintiuno de enero de dos mil once dictada por el Juzgado de Primera Instancia número Dos de Guadix en autos de proceso matrimonial de divorcio número 877/2009 de los que dimana este rollo, debemos revocar y revocamos dicha resolución en el particular relativo a la limitación temporal de la pensión compensatoria, manteniéndose el derecho de la demandada a la misma en la misma cuantía pero sin limitación temporal. Se confirma la sentencia en sus demás pronunciamientos, si bien ha de agregarse:

-Se otorga la guarda y custodia del hijo de los litigantes a la progenitora y la patria potestad a ambos progenitores.

-Los gastos extraordinarios, a satisfacer al cincuenta por ciento por cada cónyuge, quedaran limitados a los extraalimenticios consistentes en largas enfermedades, operaciones quirúrgicas no cubiertas por la seguridad social y gastos de educación superior, y solo serán exigibles si hay acuerdo entre los cónyuges y, a falta de dicho acuerdo, si así lo decide el Juez a petición de uno de los cónyuges en ejecución de sentencia.

No se hace imposición de las costas de esta alzada.

Devuélvase el depósito constituido.

Así, por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación. Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado D. JOSÉ MALDONADO MARTÍNEZ, Ponente que ha sido en estos autos, estando celebrando Audiencia pública la Sección Quinta de esta Ilma. Audiencia Provincial en el día de su fecha.-

EL/LA SECRETARIO/A

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 18087370052012100010