

EDJ 2008/236315

AP Jaén, sec. 3ª, S 27-6-2008, nº 186/2008, rec. 222/2008

Pte: Passolas Morales, Jesús María

Resumen

Contra la sentencia de instancia, que declaró el divorcio, la AP estima el recurso de apelación interpuesto por la esposa demandada, completa dicha resolución, determinando que los gastos extraordinarios de la menor serán a cargo de ambos progenitores y al cincuenta por ciento. Tanto la parte apelante como la apelada son conforme en la determinación de los gastos extraordinarios. No obstante, las partes han podido haber solicitado en la instancia la subsanación de tal omisión.

NORMATIVA ESTUDIADA

RD de 24 julio 1889. Código Civil
art.93 , art.142 , art.147

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO	3
FALLO	4

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

MATRIMONIO

EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO

- Pensiones alimenticias a los hijos
- Determinación de la cuantía
- Obligación de ambos cónyuges

SENTENCIA

INCONGRUENCIA

- Omisión de pronunciamientos
- Incongruencia omisiva

FICHA TÉCNICA

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

Procedimiento:Apelación, Divorcio

Legislación

Aplica art.93, art.142, art.147 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Cita art.398.2, art.456.1, art.456.460, art.862, art.893 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita art.248.4, art.267 de LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial

Jurisprudencia

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 SAP Granada de 21 septiembre 2007 (J2007/254781)

Cita en el mismo sentido sobre SENTENCIA - INCONGRUENCIA - Omisión de pronunciamientos - Incongruencia omisiva STC Sala 1ª de 20 diciembre 2004 (J2004/184371)

Cita en el mismo sentido sobre SENTENCIA - INCONGRUENCIA - Omisión de pronunciamientos - Incongruencia omisiva STS Sala 1ª de 3 noviembre 2004 (J2004/159565)

Cita en el mismo sentido sobre SENTENCIA - INCONGRUENCIA - Omisión de pronunciamientos - Incongruencia omisiva STC Sala 2ª de 19 julio 2004 (J2004/92361)

Cita en el mismo sentido sobre SENTENCIA - INCONGRUENCIA - Omisión de pronunciamientos - Incongruencia omisiva STC Sala 1ª de 3 junio 2002 (J2002/19722)

Cita en el mismo sentido sobre SENTENCIA - INCONGRUENCIA - Omisión de pronunciamientos - Incongruencia omisiva STC Sala 1ª de 20 mayo 2002 (J2002/18840)

Cita en el mismo sentido sobre SENTENCIA - INCONGRUENCIA - Omisión de pronunciamientos - Incongruencia omisiva STC Sala 1ª de 19 julio 2001 (J2001/26479)

Cita en el mismo sentido sobre SENTENCIA - INCONGRUENCIA - Omisión de pronunciamientos - Incongruencia omisiva
STC Sala 2ª de 18 septiembre 2000 (J2000/26235)

Cita en el mismo sentido sobre SENTENCIA - INCONGRUENCIA - Omisión de pronunciamientos - Incongruencia omisiva
STC Sala 1ª de 15 julio 1999 (J1999/19187)

Cita en el mismo sentido sobre SENTENCIA - INCONGRUENCIA - Omisión de pronunciamientos - Incongruencia omisiva
ATC Sala 1ª de 13 mayo 1999 (J1999/11286)

Cita en el mismo sentido sobre SENTENCIA - INCONGRUENCIA - Omisión de pronunciamientos - Incongruencia omisiva
STC Sala 2ª de 22 febrero 1999 (J1999/772)

Cita en el mismo sentido sobre SENTENCIA - INCONGRUENCIA - Omisión de pronunciamientos - Incongruencia omisiva
STC Sala 1ª de 13 enero 1998 (J1998/9)

Cita en el mismo sentido sobre SENTENCIA - INCONGRUENCIA - Omisión de pronunciamientos - Incongruencia omisiva
STC Sala 1ª de 18 julio 1995 (J1995/3558)

Cita en el mismo sentido sobre SENTENCIA - INCONGRUENCIA - Omisión de pronunciamientos - Incongruencia omisiva
STS Sala 1ª de 2 noviembre 1993 (J1993/9753)

Cita en el mismo sentido sobre SENTENCIA - INCONGRUENCIA - Omisión de pronunciamientos - Incongruencia omisiva
STS Sala 1ª de 26 diciembre 1989 (J1989/11769)

Cita en el mismo sentido sobre SENTENCIA - INCONGRUENCIA - Omisión de pronunciamientos - Incongruencia omisiva
STC Sala 2ª de 23 julio 1987 (J1987/142)

Cita en el mismo sentido sobre SENTENCIA - INCONGRUENCIA - Omisión de pronunciamientos - Incongruencia omisiva
STS Sala 1ª de 20 marzo 1986 (J1986/2095)

Versión de texto vigente null

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por dicho Juzgado y en la fecha indicada se dictó Sentencia que contiene el siguiente Fallo: "En atención a todo lo expuesto declaro la disolución del matrimonio formado por Gonzalo y de Ariadna , con todos los pronunciamientos legales, establecidos las siguientes medidas definitivas:

1º) La atribución del uso de la vivienda familiar sita en esta ciudad en la calle DIRECCION000 número NUM000 , NUM001 a la esposa e hija común, pudiendo el actor retirar los enseres de uso personal.

2º) El establecimiento de una pensión alimenticia a cargo del padre y a favor de Leonor de 550€ mensuales actualizada conforme al IPC correspondiente, y que deberá ingresar dentro de los 5 primeros días de cada mes en la cuenta que determine la madre.

3º) La atribución de la guarda y custodia de la hija menor común a la madre.

4º) El establecimiento del siguiente régimen de visitas a favor del padre: El padre podrá comunicarse cuantas veces quiera con la menor siempre y cuando no entorpezca las actividades escolares de la menor.

Hasta el día 1 de junio de 2008 los fines de semana alternos podrá tenerla en su compañía desde las 11 de la mañana hasta las 20 horas, Sábado y Domingo, debiendo recogerla y reintegrarla en el hogar familiar.

A partir del día 1 de junio de 2008 podrá pernoctar con ella, teniéndola en su compañía los fines de semana alternos desde las 19 horas del viernes hasta las 19 horas del domingo debiendo recogerla y reintegrarla en el hogar familiar.

Los días de Semana Santa y Navidad se dividirán en dos periodos iguales, correspondiente a la madre el primero en los años pares y el segundo en los impares.

Las vacaciones de Verano que incluyen los meses de julio y Agostos se dividirán cada mes en dos periodos de 15 días respectivamente, correspondiendo en defecto de acuerdo entre los progenitores el primer periodo de los años pares a la madre y el segundo en los impares. En estas quincenas queda suprimida la visita de fin de semana.

Asimismo los puentes corresponderá al progenitor que tenga más próximo el fin de semana.

Este régimen lo es en defecto del acuerdo al que lleguen los progenitores."

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia se preparó e interpuso por Dª Ariadna , en tiempo y forma, Recurso de Apelación, que fue admitido en ambos efectos por el Juzgado de Primera Instancia Número tres de Jaén, presentando para ello escrito de alegaciones en el que basa su Recurso.

TERCERO.- Dado traslado a las demás partes del escrito de Apelación, se presentó escrito de oposición al recurso planteado; remitiéndose por el Juzgado las actuaciones a esta Audiencia, turnadas que fueron, correspondieron a ésta Sección, en la que se formó el rollo correspondiente, y al no haberse practicado prueba, ni celebrado vista se declararon conclusas las actuaciones para dictar la Resolución procedente.

CUARTO.- Se señaló para deliberación, votación y fallo del presente Recurso el día referido en los Autos, en que efectivamente tuvo lugar.

QUINTO.- En la tramitación de este Recurso se han observado las formalidades legales.

Siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. JESÚS MARÍA PASSOLAS MORALES, que expresa el parecer de la Sala.

ACEPTANDO los Fundamentos de Derecho de la Resolución impugnada, en cuanto no se opongan a los de la presente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Interpone Recurso de apelación, la Sra. Procuradora de los Tribunales D^a María Teresa del Castillo Codes, en nombre y representación de D^a Ariadna , en sede a incongruencia omisiva instando que se acuerde como medida definitiva además de las establecidas en la instancia, el pago del 50% a cargo de cada progenitor de los gastos extraordinarios de la hija menor del matrimonio.

Por la Sra. Procuradora de los Tribunales D^a Verónica del Balzo Castillo, en nombre y representación de D. Gonzalo , no se opone al recurso de apelación, e insta que la asunción de los gastos extraordinarios de la hija menor será de ambos cónyuges por mitad.

Pues bien, es afirmación doctrinal la que concluye que las Sentencias son claras cuando pueden ser comprendidas sin dificultad alguna y, precisas, si utilizan términos y tratan las cuestiones planteadas en forma directa e inequívoca. Clasificándose la incongruencia, bien por resolución de cuestión extra petita, alterando el Juez o Tribunal los términos del debate (SSTC 29/87 de 06 de marzo y 142/87 de 23 de Julio EDJ 1987/142), decidiendo sobre cosa distinta derivada de la modificación, alteración o sustitución del presupuesto de hecho, básico para causa petendi (STC 125/89 de 12 de julio); bien por la omisión de resolución a cuestiones objeto del debate judicial, debiendo entenderse no obstante que la Sentencia que estima íntegramente las pretensiones formuladas en la suplica de la demanda condena al demandado a lo que en ella fue solicitado (SSTS 16 de febrero y 17 de junio de 1984, 6 y 20 de marzo de 1986 EDJ 1986/2095 y 26 de marzo de 1986 y 26 de diciembre de 1989 EDJ 1989/11769 , entre otras), o bien, por último por conceder mas de lo pedido. No siendo incongruente por si misma, la Sentencia que concede menos de lo pedido (STS 2 de noviembre de 1993 EDJ 1993/9753). Siendo, por ultimo, como se afirma en STS de 3 de noviembre de 2004 EDJ 2004/159565 , que la congruencia constituye un requisito de la Sentencia impuesto por los principios dispositivo y de contradicción, que se identifica con la necesaria adecuación entre ella y las peticiones de las partes. Para clasificar una Sentencia como congruente se impone confrontar su parte dispositiva y el objeto del proceso, delimitado por sus elementos subjetivo y objetivo (causa de pedir y petición).

De otra parte, nuestro Tribunal Constitucional en Sentencia Sala 2^a de 20 de diciembre de 2004 EDJ 2004/184371 , resume la consolidada doctrina, de forma sistematizada y con los siguientes puntos: A) El vicio de incongruencia, entendido como desajuste entre el fallo judicial y los términos en los que las partes han formulado sus pretensiones, concediendo mas o menos o cosa distinta de lo pedido, puede entrañar una vulneración del principio de contradicción constitutiva de una efectiva denegación del derecho a la tutela judicial efectiva siempre y cuando la desviación sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos en los que discurrió la controversia procesal. El juicio sobre la congruencia de la resolución judicial precisa de la confrontación entre su parte dispositiva y el objeto del proceso delimitado por sus elementos subjetivos -partes y objetivos -causa de pedir y petitum. Ciñéndonos a estos últimos, la adecuación debe extenderse tanto al resultado que el litigante pretende obtener, como a los hechos que sustentan la pretensión y al fundamento jurídico que la nutre, sin que las resoluciones judiciales puedan modificar la causa petendi, alterando de oficio la acción ejercitada, pues se habrían dictado sin oportunidad de debate ni de defensa sobre las nuevas posiciones en que el órgano judicial sitúa el thema decidendi. B) Dentro de la incongruencia hemos venido distinguiendo, de una parte, la incongruencia omisiva o ex silentio y, de otra, la incongruencia por exceso o extra petitum. Esta última, que es la modalidad que ahora interesa, 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 los que las partes formularon sus pretensiones. La incongruencia extra petitum constituye siempre una infracción del principio dispositivo y de aportación de las partes que impide al órgano judicial, en los procesos presididos por estos principios, pronunciarse sobre aquellas pretensiones que no fueron ejercitadas 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 realidad histórica que le sirve como razón o causa de pedir (causa petendi). Todo lo cual no comporta que el Juez deba quedar vinculado rígidamente al tenor de los concretos pedimentos articulados por las partes en sus respectivos escritos forenses o a los razonamientos o alegaciones jurídicas esgrimidas en su apoyo. Por un lado el principio iura novit curia permite al Juez fundar el fallo en los preceptos legales o normas jurídicas que sean de pertinente aplicación al caso, aunque no hayan sido invocadas por los litigantes; y, por otro lado, 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 ejercitadas, tal y como hayan sido formalmente solicitadas por los litigantes, de forma que no existirá la incongruencia extra petitum cuando el Juez o Tribunal decida o se pronuncie sobre una pretensión que, aún cuando no fue formal o expresamente ejercitada, estaba implícita o era consecuencia inescindible o necesaria de los pedimentos articulados o de la cuestión principal debatida en el proceso (por todas, SSTC 9/1998, de 13 de Enero, FJ 2 EDJ 1998/9 EDJ 1998/9; 15/1999, de 22 de Febrero, FJ 2 EDJ 1999/772 EDJ 1999/772; 134/1999, de 15 de Julio, FJ 9 EDJ 1999/19187 EDJ 1999/19187; 172/2001, DE 19 DE Julio, FJ 2 EDJ 2001/26479 EDJ 2001/26479; 130/2004, de 19 de Julio, FJ 3 EDJ 2004/92361 EDJ 2004/92361). C) De otra parte, como proyección de la doctrina constitucional reseñada sobre las facultades jurisdiccionales del órgano de segunda instancia, este Tribunal tiene también declarado en relación con el recurso de apelación civil que en nuestro sistema procesal la segunda instancia se configura, con algunas salvedades en la aportación del material probatorio y de nuevos hechos (art. 862 y 893 LEC EDL 2000/77463 1881 y 456.1 y 460 LEC 2000 EDL 2000/77463 L 2000/77463), como una revisio prioris instantiae, en la que el Tribunal Superior u órgano ad quem tiene plena competencia para revisar todo lo actuado por el Juzgador de instancia, tanto en lo que afecta a los hechos (quaestio facti), como en lo relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas por las partes (quaestio iuris), para comprobar si la resolución recurrida se ajusta o no a las normas procesales y sustantivas que eran aplicables al caso, con dos limitaciones: la prohibición de la reformatio in peius y la imposibilidad de entrar a conocer sobre aquellos extremos que hayan sido consentidos por no haber sido objeto de impugnación (tantum devolutum "quantum" appellatum).En

otras palabras, el principio dispositivo en nuestro sistema procesal rige también en la segunda instancia civil y configura las facultades de conocimiento del órgano ad quem, que en virtud del principio tantum devolutum "quantum" appellatum sólo puede entrar a conocer sobre aquellos extremos de la Sentencia de instancia que hayan sido objeto de impugnación por las partes en el recurso de apelación (por todas, SSTC 9/1998, de 13 de enero, FJ 5 EDJ 1998/9 EDJ 1998/9; 212/2000, DE 18 DE Septiembre, FJ 2 EDJ 2000/26235 EDJ 2000/26235; 120/2002, de 20 de Mayo, FJ 4 EDJ 2002/18840 EDJ 2002/18840; 139/2002, de 3 de Junio, FJ 2 EDJ 2002/19722 EDJ 2002/19722; ATTC 132/1999, de 13 de mayo EDJ 1999/11286 EDJ 1999/11286; 315/1999, de 21 de noviembre; 121/1995, de 5 de abril EDJ 1995/3558).

En el caso que se examina, en la contestación a la demanda se significa expresamente, (véase Hechos cuarto letra C, párrafo cuarto), que, además ambos cónyuges satisfarán por mitad los gastos extraordinarios de vestidos, material escolar, enfermedad y demás que usualmente son considerados como extraordinarios.

En la Resolución recurrida (véase f.J. Segundo, párrafo cuarto, último inciso), también de forma expresa se afirma que no existen indicios de la existencia de gastos extraordinarios. Y sin que exista pronunciamiento alguno en la parte dispositiva de la sentencia respecto a gastos extraordinarios solicitados.

De forma reiterada, se han pronunciado las diversas Audiencias Provinciales, en el sentido de que los gastos extraordinarios deben ser siempre a cargo de ambos progenitores, salvo que concurran circunstancias especiales que aconsejen otra proposición (SAP Valencia 25-07-2007, SAP Palma de Mallorca 25-10-2007, o SAP Barcelona 28-9-2007 , entre otras).

Siendo de otra parte cuestión que supera una enumeración, la determinación pormenorizada de lo que habrán de ser gastos ordinarios y gastos extraordinarios, concepto que de forma palmaria se analizan en SAP de Granada de fecha 321-09-2007 EDJ 2007/254781 , Sección 5ª, núm. 389/2007 (Pte: Maldonado Martínez, José) y en la que se afirma que, la delimitación entre los gastos ordinarios y extraordinarios carece de relevancia en relación al concepto de alimentos de los hijos a los que se refiere el artículo 93 del Código civil EDL 1889/1 . Ya hemos dicho que los alimentos de los hijos se rigen por el criterio de la necesidad (el artículo 142 del Código Civil EDL 1889/1 utiliza la expresión "indispensable"), de modo que los gastos que hayan de acometerse bajo este concepto encuentran su contrapunto en los que tienen el carácter de superfluos, y así el hijo no podrá exigir a los padres sino solo los que se califiquen como necesarios, atendiendo las circunstancias que concurran conforme a lo que disponen los artículos 93, 146 y 147 y 158 del código sustantivo. Por tanto dicha distinción es inútil a los efectos de delimitar la obligación, pues sólo hay gastos necesarios, aunque dentro de éstos serán las circunstancias las que determinaran en cada caso los concretos gastos que tienen tal carácter.

No obstante lo dicho, la distinción de tales conceptos se hace en función de la distribución de las facultades de la patria potestad que aboca la crisis matrimonial y, fundamentalmente, de las funciones de guarda y custodia, que implican el atender a las necesidades diarias o urgentes de los hijos, y por ello que tradicionalmente en la doctrina y en la jurisprudencia, se hayan considerado como gastos ordinarios los repetitivos, habituales o diarios, en tanto que gastos extraordinarios son los gastos necesarios que surgen de manera aislada, esporádica o poco habitual.

De todas formas, si unos y otros tienen la consideración de gastos necesarios, la regla general es que han de considerarse incluidos dentro de la obligación alimenticia que se impone al cónyuge no custodiado y por ello que, por razones de oportunidad, se entienda conferida al cónyuge custodio la facultad de administrar la pensión alimenticia del menor a tales efectos, con facultad de decidir la inversión de tales sumas en los gastos ordinarios o extraordinarios que sean necesario acometer. Será por excepción, si los cónyuges así lo deciden, cuando habrá de determinar que gastos necesarios tienen la consideración de extraordinarios a efectos de quedar excluidos de la genérica obligación de alimentos impuesta, y, si surge contienda, habrá de someterse a la decisión jurisdiccional.

Como ya se ha afirmado "ut supra", tanto la parte apelante como la apelada son conforme en la determinación de los gastos extraordinarios, por lo que procederá estimarse el recurso de apelación interpuesto, si bien, no hubiese podido considerarse cuestión nimia, el que las partes en uso de la facultad que les concede a los litigantes el artículo 267 de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio EDL 1985/8754 , hubiesen solicitado en la instancia la subsanación de la omisión.

SEGUNDO.- En cuando a las costas del recurso, de conformidad con lo dispuestos en el artículo 398.2 de la L.E.C EDL 2000/77463 ., no procederá la condena a ninguno de los litigantes.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que ESTIMÁNDOSE EL RECURSO DE APELACIÓN interpuesto contra la Sentencia número 113/2008, dictada con fecha 15 de abril de 2008, por el Juzgado de Primera Instancia número tres de Jaén , dictada con el número 1268/2007, debemos completar y completamos dicha Resolución, determinando que los gastos extraordinarios relativos a la menor Macarena, serán a cargo de ambos progenitores y al cincuenta por ciento, manteniéndose el resto de la Resolución recurrida, y sin condenar en las costas de esta alzada a ninguno de los litigantes.

Notifíquese la presente Resolución a las partes de conformidad con lo prevenido en el art. 248.4 de la L.O.P.J EDL 1985/8754 .

Comuníquese esta Sentencia por medio de certificación al Juzgado de Primera Instancia Número TRES de JAÉN, con devolución de los Autos originales para que se lleve a cabo lo resuelto.

Así por esta nuestra Sentencia, definitivamente Juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- La anterior Sentencia ha sido leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha durante las horas de Audiencia Ordinaria; doy fe.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 23050370032008100284