

## Resumen

*Ambos litigantes recurren en apelación la sentencia de divorcio que fijó las medidas respecto de pensión alimenticia de los hijos, régimen de visitas y gastos y asimismo pensión compensatoria a favor de la esposa. La AP estima en parte el recurso del esposo en el sentido de que los gastos de matrícula, libros y material escolar quedan incluidos en la pensión por alimentos fijada sin que quepa considerarlos gastos extraordinarios, confirmándose el distinto reparto porcentual de éstos entre los progenitores habida cuenta de su desigual capacidad económica. Asimismo, se excluye el pronunciamiento relativo al pago de la hipoteca que grava el que fuera domicilio conyugal al no haber interesado expresamente ninguna de las partes la regulación judicial de dicha obligación en el marco del procedimiento matrimonial, incurriendo la sentencia en incongruencia. La Sala rechaza el recurso de la esposa respecto del importe de la pensión compensatoria al considerar adecuado el establecido en primera instancia teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes de duración del matrimonio, edad de la beneficiaria y preparación profesional y tiempo de dedicación a las tareas del hogar y cuidado de los hijos.*

## NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC  
art.216 , art.218

RD de 24 julio 1889. Código Civil  
art.93 , art.97 , art.145 , art.146 , art.154 , art.393 , art.1438

## ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO .....	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	4
FALLO .....	7

## CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

### DERECHO DE PROPIEDAD

#### COPROPIEDAD

Conservación, cargas y gastos

### MATRIMONIO

#### EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO

##### Pensión compensatoria

Concepto

Concesión

Cuantía

##### Pensiones alimenticias a los hijos

En general

Determinación de la cuantía

Proporcional a ingresos y necesidades

### REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

#### NORMAS GENERALES

Levantamiento de las cargas del matrimonio

### SENTENCIA

#### INCONGRUENCIA

##### Adecuación del fallo

En general

A las pretensiones de las partes

Expresadas en el petitum de la demanda

## FICHA TÉCNICA

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

Procedimiento: Apelación, Divorcio

### Legislación

Aplica art.216, art.218 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Aplica art.93, art.97, art.145, art.146, art.154, art.393, art.1438 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

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 LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial

Cita art.39 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita art.91, art.1316 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

### 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 - Proporcional a ingresos y necesidades, MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensión compensatoria - Concesión, MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensión compensatoria - Cuantía STS Sala 1ª de 14 julio 2011 (J2011/146921)

Versión de texto vigente null

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sala acepta y tiene por reproducidos los antecedentes de hecho contenidos en la resolución apelada.

SEGUNDO.- Con fecha 17 de septiembre de 2010 por el Juzgado de Primera Instancia num. 24 de Madrid, se dictó Sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando parcialmente la demanda de divorcio, interpuesta por D. Andrés contra Dª Marisa debo declarar y declaro disuelto por divorcio el matrimonio de D. Andrés Y Dª Marisa, con todos los efectos legales inherentes a dicha declaración que se recogen en los apartados 1º y 2º del fallo de esta sentencia, adoptando como medidas complementarias definitivas la tercera y siguientes del fallo:

1º) El cese de la presunción de convivencia conyugal y la revocación de consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro, cesando la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.

2º) Se declara extinguido el régimen económico del matrimonio, pudiendo procederse a su liquidación, en su caso, por los trámites previstos en la Ley 1/2000.

3º) Se atribuye el uso y disfrute de la vivienda sita en la CALLE000 num. NUM000, NUM001 NUM002 de Madrid, junto con el mobiliario, ajuar y objetos de uso ordinario existentes en ella, a los hijos menores comunes de los litigantes en compañía de su madre, bajo cuya guarda quedan.

4º) Se atribuye la guarda y custodia de los hijos menores de los litigantes a la madre Doña Marisa, pero ejerciendo conjuntamente ambos progenitores la patria potestad sobre aquellos.

La patria potestad será ejercida conjuntamente por los progenitores, precisándose el consentimiento de ambos, o, en su defecto, la autorización judicial, para adoptar las decisiones que afecten a los aspectos más trascendentes de la vida, salud, educación y formación del menor. En particular, quedan sometidas a este régimen, y no podrán ser adoptadas unilateralmente por el progenitor custodio, las decisiones relativas a fijación del lugar de residencia del menor y los posteriores traslados de domicilio de éste; las referidas a elección del centro escolar o institución de enseñanza y sus cambios ulteriores; las relativas a la orientación educativa, religiosa o laica, al adoctrinamiento del menor en una determinada confesión religiosa y a la realización por el menor de actos de profesión de fe o culto propios de una confesión; el sometimiento del menor a tratamientos médicos preventivos, curativos o quirúrgicos, incluidas los estéticos, salvo en los casos de urgente necesidad; la aplicación de terapias psiquiátricas o psicológicas y las actividades extraescolares, de carácter deportivo, formativo o lúdico que realice el menor.

Notificada fehacientemente al no custodio la decisión sobre el menor que pretende adoptar el otro progenitor, recabando su consentimiento, se entenderá prestado tácitamente el mismo si en el plazo de los treinta días naturales siguientes no lo deniega. En este supuesto será precisa la previa autorización judicial para poder ejecutar la decisión objeto de discrepancia.

Las decisiones relativas a aspectos o materias de la vida del menor distintas de las enunciadas corresponderán al progenitor, custodio o no custodio, que tenga consigo al menor, en cumplimiento del régimen de guarda y estancias establecido, en el momento en que la cuestión se suscite.

5º) Como régimen de visitas, comunicaciones y estancias de los hijos menores con el progenitor no custodio, se establece a favor del padre que el mismo podrá tener en su compañía a dichos menores los fines de semana alternos desde jueves a la salida del colegio o guardería de los menores, en que los recogerá, hasta el lunes por la mañana a la hora de reinicio de la actividad lectiva en que los reintegrará al mismo.

Las semanas en que el fin de semana corresponda disfrutar de la compañía de los menores a la madre, el padre podrá tenerlos consigo dos tardes, los martes y jueves desde la salida de colegio o guardería (en su defecto a las 17 horas) en que los recogerá, hasta las 20,30 horas., en que deberá reintegrarlos al domicilio materno. Igualmente el padre podrá tener consigo a los menores la mitad de las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano, correspondiendo la facultad de elegir el periodo correspondiente al padre en los años pares y a la madre en los impares.

Los días festivos intersemanales no unidos al fin de semana los disfrutará los menores, de forma alternativa, con cada progenitor, comenzando por el padre.

Los festivos que precedan o sigan a un fin de semana y los "puentes escolares" (festivos no consecutivos al fin de semana en que el día o días intermedios son declarados no lectivos) los disfrutará los menores con el progenitor al que corresponda el fin de semana al que aquellos estén unidos.

La duración de las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano vendrán determinada por el calendario escolar oficial vigente para el colegio o centro de enseñanza al que asista el/los menores y, a efectos de su reparto entre los progenitores, comienzan a las 10 horas del día siguiente al de la finalización de la actividad lectiva y finalizan a las 20 horas el día inmediato anterior al del reinicio de la actividad escolar. Las vacaciones de navidad se dividirán en dos periodos.

La finalización del primero e inicio del segundo se fija en las 12 horas del 31 de diciembre. Las de semana santa se dividirán en dos periodos: el primero comprende desde su inicio hasta las 12,00 horas del miércoles santo; el segundo hasta su finalización. Las de verano comprenderán dos periodos; el primero finalizará a las 12 horas del día 1 de agosto; el segundo se iniciará en dicho momento y finalizará en el día y hora antes indicados. Hasta que el menor de los hijos, Pablo cumpla la edad de 8 años, las vacaciones de verano las disfrutará los menores con cada progenitor por quincenas, o periodos inferiores no consecutivos, que coincidirán, salvo acuerdos puntuales de las partes en otro sentido, con las quincenas naturales de julio y agosto, entendiéndose, a estos efectos que la primera quincena comienza el día uno de dicho meses a las doce horas y finaliza a las 12 horas del día 16 en que comienza la segunda, que se prolonga hasta las 12 horas del día uno de agosto o septiembre, respectivamente.

El progenitor al que corresponda la preferencia en la elección del turno del periodo vacacional deberá efectuar notificación fehaciente al otro cónyuge del turno elegido, a través del Juzgado o por cualquier otro medio que deje constancia de la comunicación, con la mayor antelación posible, y, en todo caso, con anterioridad al 1º de mayo para las vacaciones de verano, al 8 de diciembre para las de Navidad y quince días antes de su inicio en las de Semana Santa. La falta de preaviso por parte del progenitor al que corresponda la elección de turno le hará perder la preferencia, que pasará al

Otro para el periodo vacacional de que se trate.

Concluidos los periodos vacacionales, corresponderá disfrutar de la compañía de los menores, durante el fin de semana siguiente al término de aquellos, al progenitor que no haya tenido a los hijos consigo en la segunda mitad del periodo vacacional.

6º) En concepto de pensión alimenticia para los hijos comunes el padre abonará a la madre la suma mensual de novecientos cincuenta euros, -950 euros/mes (475 euros/mes por cada uno de los hijos) -en doce mensualidades anuales, que se harán efectivas con carácter anticipado, dentro de los cinco primeros días de cada mes, mediante ingreso en la entidad y cuenta bancaria de su titularidad que a tal efecto designe aquella.

Tal cantidad se actualizará anualmente, con efectos de 1º de enero de cada año en proporción a la variación que experimente el Índice Nacional General de Precios al Consumo en el periodo diciembre a diciembre inmediato anterior según los datos que publique el Instituto Nacional de Estadística u órgano autonómico que pueda sustituirle.

Además, el padre se hará cargo del pago directo a terceros de todos los gastos de escolaridad de los menores (matrícula, libros, uniforme, material escolar, enseñanza, media pensión y, en su caso, ruta), así como del pago de las primeras del seguro médico de los menores. Los gastos de matrícula, libros, uniforme y material escolar de los menores correspondientes al curso escolar 2011-2012 deberán ser satisfechos por el padre aunque el día de la fecha de esta sentencia hubieren sido abonados por la madre, previa acreditación documental por ésta del gasto realizado.

Los gastos extraordinarios que se produzcan en la vida de los hijos, entendiéndose por tales los que tengan carácter excepcional y no sean previsibles, como gastos de enfermedad, prótesis ópticas o dentales, o cualquier otro gasto sanitario no cubierto por el Sistema Público de Salud de la Seguridad Social, serán sufragados por ambos progenitores en proporción del 70 por 100 el padre y el 30 por 100 restante la madre siempre que medie previa consulta (salvo supuestos excepcionales urgentes de carácter médico en que ello no sea posible) al progenitor no custodio sobre la procedencia del gasto y acuerdo de ambos, o en su defecto, autorización judicial.

Notificada fehacientemente al no custodio la decisión sobre el gasto a realizar en el común descendiente que pretende adoptar el otro progenitor, recabando su consentimiento, se entenderá prestado tácitamente el mismo si en el plazo de los diez días naturales siguientes no lo deniega. En caso de oposición será precisa la previa autorización judicial para poder ejecutar la decisión objeto de discrepancia.

7ª) Los plazos pendientes de amortización de la hipoteca que grava el inmueble común de Huesca serán satisfechos por mitad por los litigantes.

8ª) En concepto de prestación compensatoria única el Sr. Andrés abonará a la Sra. Marisa la cantidad a tanto alzado de 19.000 euros, que deberá hacerse efectiva mediante ingreso en la entidad y cuenta bancaria de su titularidad que designe la beneficiaria, dentro de los 15

días naturales siguientes al de la fecha de esta sentencia. La referida cantidad devengará, desde la fecha de expiración del plazo concedido para su pago, a favor de la acreedora, los intereses moratorios procesales señalados en el artículo 576.1 de la LEC. EDL 2000/77463

9ª) Se deniega a la parte demandada el reconocimiento del derecho a percibir la indemnización prevista en el artículo 1438 del Código Civil EDL 1889/1 .

No se hace especial condena de las costas procesales a ninguna de las partes dada la naturaleza de los intereses públicos que se protegen en este tipo de procesos.

Firme que sea esta sentencia. Comuníquese, remitiendo testimonio de la misma, al Registro Civil en que conste inscrito el matrimonio de las partes litigantes a fin de que se proceda a practicar la correspondiente inscripción marginal.

Al notificar esta sentencia a las partes hágaseles saber que contra la misma podrán interponer, en el plazo de cinco días, recurso de apelación ante la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 455 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 1/00.

Para cuya admisión será necesario la constitución de depósitos en la cantidad de 50 euros en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado n. 2452-000-15-1186/09, de conformidad con lo dispuesto en la LOPJ EDL 1985/8754 , modificada por la LO 1/09 EDL 2009/238888 a excepción del Ministerio Fiscal, El Estado, las Comunidades Autónomas, Entidades Locales y organismos dependientes de todos ellos.

Así por esta mi sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos de su razón, lo pronuncio, mando y firmo."

En 29 de septiembre de 2010 se dictó auto cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente : "Se rectifica el error material sufrido en el fundamento jurídico sexto, párrafo tercero, línea cuarta de la mencionada resolución y donde dice: "que la esposa trabajó hasta que, aproximadamente en octubre del año 2006" debe decir "que la esposa trabajó hasta que, aproximadamente en octubre del año 2005.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 267.7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 contra el auto que resuelve la aclaración no cabe recurso alguno, sin perjuicio de los recursos que procedan en su caso contra la resolución a la que se refiere.

Así por este Auto, lo acuerda, manda y firma D. JUAN PABLO GONZALEZ DEL POZO MAGISTRADO-JUEZ DEL JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 24 de MADRID."

TERCERO.- Notificada la mencionada resolución a las partes, contra la misma, previa la oportuna preparación, se interpuso recurso de apelación por ambos litigantes, exponiendo, en sus respectivos escritos, las alegaciones en que basaban su impugnación.

Se realizó el preceptivo traslado de dichas impugnaciones, presentando cada parte sendos escritos de oposición al recurso articulado de contrario. El Ministerio Fiscal interesó la íntegra confirmación de la resolución apelada.

Seguidamente se remitieron las actuaciones a esta Superioridad, en la que, previos los trámites oportunos, se acordó señalar para deliberación, votación y fallo del recurso el día 15 de los corrientes.

CUARTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Planteamiento de los recursos.

El debate litigioso en esta alzada ha quedado centrado en los efectos complementarios que, de conformidad con lo prevenido en los artículos 91 y siguientes del Código Civil EDL 1889/1 , ha de conllevar la disolución, por divorcio, del vínculo matrimonial en su día constituido entre los esposos ahora contendientes, pues ambos, a través de su respectiva dirección Letrada y en el trámite del artículo 458 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 , muestran su discrepancia parcial, si bien en sentido diametralmente opuesto, con el criterio decisorio al efecto plasmado en la Sentencia dictada por el Juzgador a quo.

Así el Sr. Andrés solicita de la Sala la adopción de las siguientes medidas, en sustitución de las contenidas en la citada resolución:

-La rebaja de la pensión alimenticia a la suma de 200€ por hijo y mes, si bien dicho progenitor continuará abonando directamente los recibos de los centros escolares, incluidas media pensión y ruta, así como el seguro médico privado.

-Que los gastos de matrícula, libros de texto, uniformes y material escolar sean considerados como ordinarios, a sufragar con cargo a la pensión de alimentos.

-Los gastos extraordinarios de los hijos sean sufragados al 50% entre ambos progenitores.

-Se suprima el pronunciamiento relativo al abono de la hipoteca de la vivienda de Huesca, al no haber sido ello solicitado por ninguna de las partes.

-Se rebaje la pensión compensatoria a la suma de 9.000€.

Por su parte la Sra. Marisa interesa lo siguiente:

-Que se establezca la pensión de alimentos, a cargo de don Andrés y en pro de los hijos, en la suma global de 2.700€.

-Se incremente la pensión compensatoria hasta 30.000€.

-Se reconozca el derecho de dicha litigante a percibir la suma de 60.000€, en concepto de indemnización al amparo del artículo 1438 del Código Civil EDL 1889/1 .

Y en cuanto cada parte se opone a las pretensiones deducidas de contrario, procede examinar cada una de las cuestiones suscitadas a la luz de la doctrina emanada de la vigente legalidad en la materia, en su proyección sobre las circunstancias concurrentes en el caso, según pone de manifiesto el contexto alegatorio y probatorio sometido a nuestra consideración.

#### SEGUNDO.- Acerca de la pensión de alimentos.

La obligación alimenticia respecto de los hijos que, con carácter general, proclama el artículo 39 de la Constitución EDL 1978/3879, se erige, cuando los alimentistas son menores de edad, como en el caso acaece, en uno de los contenidos básicos e ineludibles de la patria potestad que, en consecuencia y conforme a lo prevenido en el artículo 154 del Código Civil EDL 1889/1, incumbe a los progenitores de aquéllos, en cuanto cotitulares de dicha función. De ahí que, en los supuestos de crisis de la unidad familiar sometida a regulación por los Tribunales, el artículo 93 del mismo texto legal disponga que el Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos.

Así lo entienden en el supuesto analizado ambos litigantes, pues la controversia al efecto planteada gira, no en torno a la sanción judicial del derecho de los comunes descendientes, sino en lo que afecta a la determinación cuantitativa de la aportación económica del progenitor no custodio, cuestión esta que debe ser analizada y decidida de conformidad con lo prevenido en los artículos 93, 145 y 146 del Código Civil EDL 1889/1. Establecen los mismos criterios de equidistancia entre las necesidades del acreedor del derecho y los medios económicos del alimentante, con distribución de dicha carga, en el supuesto de ser dos o más los obligados, en proporción a su caudal respectivo.

En el curso del presente procedimiento ha quedado acreditado que la hija mayor, María, cursa sus estudios en un colegio privado, abonando, en concepto de escolaridad y media pensión, la suma de 525€ y otros 122€ por transporte escolar. Está proyectado por ambos progenitores el cambio a un centro concertado, si bien ello aún no se había podido conseguir en el curso académico 2009/2010. El menor de los hijos asiste, a partir del curso 2010/2011, a un colegio concertado, lo que, incluido el comedor escolar, supone un desembolso en torno a 200€ al mes, según expone la dirección Letrada de D<sup>a</sup> Marisa en el trámite del artículo 461 L.E.C. EDL 2000/77463. Se ha concedido a ambos hijos, para el curso escolar 2010/2011, una beca de comedor por importe de 275€ anuales por cada uno de ellos. Han de ser igualmente ponderados, al fin debatido, los demás gastos, de difícil justificación puntual pero de elemental previsión, que pueden generar unos menores de la edad de María y Pablo en el entorno socio-económico en que los mismos se desenvuelven, y ello tanto a nivel estrictamente individual (alimentación fuera del centro escolar, vestido, calzado, atención médico-farmacéutica, higiene, ocio, etcétera), como por su participación porcentual en los comunes del grupo familiar en que los mismos han quedado integrados. Entre estos últimos destacan los relativos al alquiler de vivienda que ocupan, en unión de la madre, por importe de 1.278€ al mes, así como los derivados de los diversos suministros del inmueble.

La Sra. Marisa, tras cuatro años alejada del mercado de trabajo por su dedicación a los hijos, se ha incorporado, como personal laboral interino, al Ministerio de Cultura a partir del mes de septiembre de 2009, en virtud de un contrato de un año de duración, obteniendo unos ingresos netos mensuales que, en virtud del tipo de retención por IRPF, oscilan entre 1.363 y 1.502€, con sus correspondientes pagas extraordinarias. Al finalizar dicha relación laboral, suscribe con el referido Ministerio un contrato de servicios como trabajadora autónoma, que finaliza el 1 de julio de 2011, con unas remuneraciones brutas de 21.238€, traducidas en un neto efectivo de 1.256€ netos al mes.

Por su parte don Andrés, tras ser despedido, en fecha 6 de noviembre de 2009, de la entidad Invercaixa, obteniendo por ello una indemnización de 110.000€, permanece unos meses recibiendo la correspondiente prestación por desempleo (1.293€ mensuales), y se incorpora, en el mes de abril 2010, a la entidad Sinergia Advisors, justificando unos ingresos salariales netos de 3.046,93€, en doce pagas al año. No obstante los esfuerzos dialécticos de la dirección Letrada de la esposa, el contexto de la prueba incorporada a las actuaciones no permite llegar a la conclusión, ni siquiera por la vía del artículo 386 L.E.C. EDL 2000/77463, de la existencia actual de recursos superiores a los que se reflejan en las nóminas aportadas por el actor. Cubre el mismo sus necesidades de alojamiento en un inmueble propiedad de sus padres, justificando el abono de un canon arrendatario por importe de 800€ al mes.

En el acto de la vista celebrado en la instancia, la Letrada del Sr. Andrés ofreció abonar, por tal concepto alimenticio, junto con el recibo del seguro médico de los hijos (120€ al mes), otros 700€ por cada uno de ellos, lo que, en definitiva y ante la próxima incorporación de la mayor de las hijas a un colegio concertado, con un coste similar al del otro descendiente, habrá de suponer un desembolso global que coincide sustancialmente con el establecido por el Juzgador de instancia.

En relación con el planteamiento de la otra parte, no existe base para presumir unos recursos del progenitor no custodio superiores a los reflejados en las nóminas aportadas, no pudiendo tampoco tomarse en consideración, al fin debatido, etapas pasadas de mayor holganza económica, y tampoco ahorros que, progresivamente, han debido ir agotándose. Ello determina un necesario estrechamiento en el nivel de vida de todos y cada uno de los integrantes de la escindida unidad familiar, por lo que hemos de concluir que el pronunciamiento impugnado no vulnera, ni por exceso ni por defecto, los antedichos parámetros legales, armonizando por el contrario, y en un equilibrio siempre difícil, los diversos intereses, todos ellos legítimos, puestos en juego a través de la litis, lo que hace decaer las antagónicas pretensiones al efecto articuladas por uno y otro litigante.

Aunque la decisión judicial acerca de las medidas afectantes a los hijos menores de edad no se encuentra ineludiblemente vinculada por el principio de congruencia (artículo 218 L.E.C. EDL 2000/77463), es lo cierto que, en el caso, ni el abono de los gastos de matrícula, libros de texto, uniformes y material escolar fue postulado por ninguna de las partes como partida desglosada de la pensión alimenticia mensual, ni los mismos, por su previsibilidad y carácter periódico, pueden catalogarse de extraordinarios, debiendo, por el contrario, quedar refundidos en la citada pensión, como así lo solicita la parte actora.

#### TERCERO.- Gastos extraordinarios.

La desigual capacidad económica, según lo expuesto, de uno y otro litigante, habilita la posibilidad, conforme a las previsiones de los citados artículos 93,145 y 146 del Código Civil EDL 1889/1, de sancionar judicialmente, al igual que acaece con la pensión alimenticia mensual, una aportación distinta de cada progenitor en orden a la cobertura de las referidas necesidades de carácter extraordinario.

Debe igualmente recordarse al efecto que, conforme a lo prevenido en el artículo 103-3ª del mismo texto legal, ha de considerarse contribución a las cargas del matrimonio, y entre ella los alimentos de carácter ordinario y extraordinario, el trabajo que uno de los cónyuges dedicará a la atención de los hijos comunes sujetos a la patria potestad.

Por ello, no encontramos motivos hábiles en derecho que no lleven a discrepar de la distribución porcentual que, en tal aspecto del debate, se realiza en la resolución apelada, lo que determina el rechazo de la pretensión al efecto deducida por el demandante.

CUARTO.- Sobre el pago de la hipoteca de la vivienda de titularidad común ubicada en Huesca.

A salvo de las medidas que afectan a los hijos sometidos a la patria potestad, los procedimientos matrimoniales, en cuanto de índole civil, se encuentran necesariamente sometidos al principio dispositivo o de justicia rogada (artículo 216 L.E.C. EDL 2000/77463 ), en modo tal que los tribunales, de conformidad con lo prevenido en el artículo 218 del referido texto legal, no pueden incluir en sus resoluciones finales pronunciamientos que no hayan sido postulados por las partes a través de los suplicos de los escritos de demanda, contestación o reconvencción.

Y en cuanto en el caso, sin perjuicio de hacerse referencia en el curso de la litis a la carga hipotecaria que pesaba sobre el citado inmueble, ninguna de las partes interesó expresamente la regulación judicial de dicha obligación en el marco del procedimiento matrimonial, debe acogerse la pretensión excluyente que postula el demandante.

Ello, sin embargo, no exonera a ninguno de los cotitulares de dicho bien de contribuir, de modo igualitario, a la cobertura económica de la carga derivada de su copropiedad, de conformidad con lo que previene el artículo 393 del Código Civil EDL 1889/1 , lo que, en caso de incumplimiento, podrá ser exigido a través del cauce procesal correspondiente, distinto, no obstante y según lo expuesto, del presente.

QUINTO.- Acerca del "quantum" de la pensión compensatoria.

Ambas partes, a través de sus iniciales planteamientos, que vinculan necesariamente la decisión judicial en virtud de lo prevenido en los artículos 218 y 412 L.E.C. EDL 2000/77463, exponen que la crisis matrimonial aboca a la esposa a una situación de desequilibrio económico, por lo que interesan el reconocimiento, en favor de la misma, del derecho a una pensión al amparo del artículo 97 del Código Civil EDL 1889/1 , si bien difieren respecto del alcance cuantitativo en que dicha prestación debe quedar establecida.

Con tales planteamientos, debe recordarse que la citada figura no puede erigirse en un instrumento de indiscriminada y ciega nivelación o, al menos, aproximación de las dispares economías de los esposos que, latente durante el matrimonio, deba activarse automáticamente al surgir la crisis convivencial sometida a regulación por los tribunales.

Así, mayoritarias corrientes de opinión doctrinal y judicial, de las que esta Sala se viene haciendo eco, vienen sosteniendo que, con carácter general, la legítima y verdadera finalidad de la institución analizada es la de ayudar al cónyuge beneficiario en tanto el mismo alcanza, si ello fuere viable, aquel grado de autonomía económica de que hubiere podido disfrutar de no haber mediado el matrimonio, en cuanto el mismo, por su dedicación a la familia y tareas del hogar, le haya supuesto un impedimento, o rémora, en su progresión profesional y, consiguientemente, económica.

La cuantificación de dicho derecho, en cualquiera de las modalidades contempladas en el artículo 97, ha de acomodarse a los parámetros que, ad exemplum, se contienen en el párrafo segundo del citado precepto, las que, proyectada sobre las circunstancias concurrentes en el caso, nos llevan a compartir el criterio decisorio al efecto recogido en la resolución impugnada.

En efecto, sin perjuicio de haber de ponderarse la duración del matrimonio (apenas siete años de convivencia), así como la juventud y preparación profesional de Dª Verónica, que le ha permitido su reincorporación, durante el curso del procedimiento, al mercado de trabajo, ha de tenerse en cuenta igualmente, junto con sus retribuciones inferiores a las de su esposo por tal concepto, su dedicación exclusiva a las tareas del hogar y cuidado de los hijos durante cuatro años, así como la holgura en la que, durante dicho período, se ha desenvuelto la economía familiar, de la que, por la copiosa indemnización percibida por don Andrés a consecuencia de su cese en Invercaixa, aún restaba, al tiempo de producirse la crisis, un importante remanente, cifrado en 80.000€ en coincidencia con la celebración de la vista en la instancia, según manifestó aquél al ser interrogado en dicho acto procesal.

Con tales circunstancias condicionantes, y no teniendo la medida sancionada por el Juzgador de instancia un carácter indefinido, al consistir, conforme a la coincidente petición de las partes, en una prestación única, o a tanto alzado, consideramos que el criterio cuantificador al efecto sancionado responde, de modo prudente, a las previsiones del citado artículo 97, lo que hace decaer las encontradas pretensiones que, en este apartado del debate, formulan ambas partes.

SEXTO.- Acerca de la indemnización del artículo 1438 del Código Civil EDL 1889/1 .

En el ámbito del derecho patrio, a falta de capitulaciones matrimoniales, rige entre los cónyuges el sistema de la sociedad de gananciales (vid artículo 1316 C.C. EDL 1889/1 ), en modo tal que, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos, y más en concreto el propio de las Comunidades de Cataluña y Valencia, el régimen de separación absoluta de bienes tiene su base en el libre acuerdo de las partes, quiénes durante su vigencia excluyen la posibilidad de un patrimonio compartido.

Por lo cual, y a diferencia del derecho que reconoce el artículo 41 del Código de Familia de Cataluña, en el que además la compensación económica por el trabajo para la casa o para el otro cónyuge se encuentra supeditada a una situación de desigualdad entre el patrimonio de los dos cónyuges, que origine una situación de enriquecimiento injusto, tal figura encuentra un encaje muy forzado en el derecho común, en el que los propios cónyuges libremente, esto es sin imposición legal de carácter subsidiario, han decidido, por unas u otras razones, escindir sus respectivos patrimonios.



En cualquier caso, y dentro de impreciso contorno de la figura examinada, de la que, en su elaboración parlamentaria, desaparece la referencia contenida en el Proyecto enviado al Congreso sobre el enriquecimiento de un cónyuge a costa del trabajo del otro para la casa, late una idea única y expresa de retribución del trabajo doméstico, siempre que, conforme a mayoritarias corrientes de opinión doctrinal y judicial, ello haya supuesto una sustancial sobreaportación a tal fin, permitiendo al otro cónyuge una mayor libertad para su promoción profesional y, por ende, económica, al verse liberado de todas, o de la mayor parte, de las labores de dedicación a la familia y tareas del hogar en general.

Conforme, de modo amplio e irreprochable, se argumenta en la Sentencia de instancia, dentro de la libertad de pactos que, al respecto, recoge el citado artículo 1438 del Código Civil EDL 1889/1, ha de entenderse incluida la posibilidad de que la compensación económica contemplada en el mismo se haga efectiva, no sólo a la extinción del régimen de separación de bienes, sino igualmente durante la vigencia del mismo, y ello a través de aportaciones económicas o, en general, patrimoniales, de un cónyuge a favor del otro que, por su trabajo para la casa, no dispone de medios económicos para adquirir aquéllos por sí solo. Así lo sostienen, en el ámbito del derecho común, amplios sectores de opinión doctrinal, encontrando su refrendo expreso en las legislaciones autonómicas de Valencia y Cataluña.

En el supuesto analizado, no puede dejar de valorarse, respecto de la controversia al respecto suscitada, que, a pesar de una muy superior aportación económica del Sr. Andrés para la adquisición de la vivienda de Huesca, la misma se escrituró a nombre de ambos cónyuges por mitades indivisas, lo que, dentro del pactado régimen de separación de bienes, implica una anticipada compensación pecuniaria en favor de quien, cual la Sra. Marisa, disponía de menores recursos económicos o, en determinados momentos, carecía totalmente de ellos, lo que no puede dejar de ponderarse, conforme a lo expuesto, al momento de extinción de dicho régimen económico.

Ha de traerse igualmente a colación la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2011 EDJ 2011/146921, en la que, si bien de un modo impreciso, parece sostenerse que el artículo 1438 exige que se haya contribuido a las cargas del matrimonio sólo con el trabajo realizado por la casa, lo que no acaece en el supuesto examinado, en el que tal situación únicamente se ha producido durante cuatro de los siete años de vigencia del matrimonio, y en parte de aquéllos la esposa dispuso además de los ingresos procedentes de la prestación por desempleo, según es de ver en el informe de vida laboral incorporado a las actuaciones.

En cualquier caso, y como antes se expuso, la dedicación exclusiva de la esposa a las tareas del hogar y cuidado de los hijos, que no excluye una importante colaboración a tal fin del Sr. Andrés, ya se tiene en cuenta como uno de los factores determinantes de la cuantificación de la pensión compensatoria, lo que, en unión de las antedichas circunstancias, excluye un doble cómputo al efecto.

Consideraciones todas ellas que, compartiendo el criterio del Juzgador de instancia, nos llevan a rechazar el último de los motivos del recurso.

SÉPTIMO.- Costas del recurso.

En atención al sentido de esta resolución, y teniendo en cuenta igualmente la naturaleza de las cuestiones suscitadas, singulares circunstancias concurrentes en el caso y flexibilidad permitida en este tipo de procedimientos, en el contexto de la crisis matrimonial, no ha de hacerse especial condena en las costas devengadas en la alzada, habiendo de asumir cada parte las originadas a su instancia y sufragar por mitad las comunes, si las hubiere, de conformidad con la doctrina emanada de los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463.

Visto los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

## FALLO

Que estimando parcialmente el recurso de apelación formulado por don Andrés, y desestimando el deducido por D<sup>a</sup> Marisa, ambos contra la Sentencia dictada, en fecha 17 de septiembre de 2010, por el Juzgado de Primera Instancia num. 24 de los de Madrid, en procedimiento de divorcio seguido bajo el num. 1186/2009, debemos acordar y acordamos la adopción de las siguientes medidas que sustituirán, en lo necesario, a las contenidas en dicha resolución:

-Los gastos de matrícula, libros, uniformes y material escolar quedan refundidos en la pensión alimenticia fijada (475€ por hijo) a cargo del Sr. Andrés, por lo que no será exigible su aportación añadida a la dicha prestación mensual, y ello sin perjuicio de haber de entenderse consumidas, y por ende no reintegrables, la sumas que hasta ahora hayan podido ser satisfechas por tal concepto.

-No ha lugar, en el presente cauce procesal, a hacer pronunciamiento alguno sobre el pago de la hipoteca de la vivienda de titularidad común ubicada en Huesca, y ello sin perjuicio de lo prevenido, con carácter general, en el artículo 393 del Código Civil EDL 1889/1, y la posible exigencia de tal obligación económica en otra vía procedimental.

Se confirman todos los demás pronunciamientos contenidos en la Sentencia apelada y en especial, al ser objeto del recurso, los relativos a cuantía de la pensión de alimentos, distribución porcentual de los gastos extraordinarios, pensión compensatoria y denegación de compensación al amparo del artículo 1438 del Código Civil EDL 1889/1.

Todo ello sin hacer especial condena en las costas del recurso.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará testimonio al rollo de la Sala y será notificada a las partes en legal forma, haciéndoles saber que contra la misma, y de concurrir los requisitos al efecto exigidos en los artículos 469 y 477, en relación con la disposición final decimosexta, de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463, podrán interponer, mediante escrito de preparación presentado ante esta misma Sala en el término de 5 días hábiles, recurso extraordinario por infracción procesal y/o recurso de casación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación. En el mismo día de la fecha, fue leída y publicada la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente D. Eduardo Hijas Fernández; doy fe

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079370222011100493