

EDJ 2011/70934

AP León, sec. 1ª, S 21-3-2011, nº 107/2011, rec. 111/2011

Pte: Ser López, Ana del

Resumen

Ambos litigantes recurren en apelación la sentencia que declaró el divorcio y estableció las medidas relativas a la custodia de las hijas menores, pensión alimenticia, atribución del domicilio familiar y contribución al sostenimiento de las cargas de la sociedad de gananciales. La AP desestima el recurso de la esposa descartando el carácter vitalicio de la atribución del uso del domicilio conyugal, debiendo establecerse como límite temporal el momento en que las hijas comunes se encuentren en situación de poder independizarse, sin que pueda realizarse pronunciamiento de futuro pues deberá acreditarse en su momento. Se descarta asimismo la concesión de pensión compensatoria al no apreciarse la existencia de desequilibrio económico, ya que ambos cónyuges desde la celebración del matrimonio han trabajado por cuenta ajena sin que aquel haya impedido su proyección profesional. La Sala ratifica el importe de la pensión alimenticia de las hijas, dado que se entiende proporcionada a las necesidades de aquellas y la capacidad económica del obligado al pago, señalando que no tendrán la consideración de gastos extraordinarios que deban ser sufragados al margen de la pensión de alimentos los libros y material escolar, las excursiones, las actividades extraescolares y las clases particulares que entran dentro del capítulo de gastos de educación. Respecto de los gastos de viajes de estudios en el extranjero se omite calificar la naturaleza y necesidad de los mismos remitiendo a las partes al procedimiento expresamente previsto en el art. 776 LEC.

NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC
art.776

RD de 24 julio 1889. Código Civil
art.90 , art.91 , art.92 , art.93 , art.94 , art.95 , art.96 , art.97 , art.98 , art.99 , art.100 , art.101 , art.102 , art.103 , art.104 , art.105 , art.106 , art.142 , art.143 , art.145 , art.146 , art.394 , art.398

ÍNDICE

| | |
|------------------------------|---|
| ANTECEDENTES DE HECHO | 2 |
| FUNDAMENTOS DE DERECHO | 3 |
| FALLO | 7 |

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

ALIMENTOS

PENSIÓN ALIMENTICIA FIJADA EN PROCEDIMIENTO MATRIMONIAL

A favor de los hijos

En general

Determinación de la cuantía

Proporcional a ingresos y necesidades

MATRIMONIO

EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Atribución de la vivienda familiar

Cónyuge más necesitado

Cónyuge con la custodia de los hijos

Fin de las necesidades familiares o de la custodia

Pensión compensatoria

Concepto

Denegación

FICHA TÉCNICA

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

Procedimiento:Apelación, Divorcio

Legislación

Aplica art.776 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Aplica art.90, art.91, art.92, art.93, art.94, art.95, art.96, art.97, art.98, art.99, art.100, art.101, art.102, art.103, art.104, art.105, art.106, art.142, art.143, art.145, art.146, art.394, art.398 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Cita art.394, art.398, art.466.1, art.774.4, art.808, art.809 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC
Cita art.39.3 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española
Cita art.147, art.149 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Jurisprudencia

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Atribución de la vivienda familiar - Cónyuge con la custodia de los hijos STS Sala 1ª de 10 febrero 2006 (J2006/6319)

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensión compensatoria - Concepto, ALIMENTOS - PENSIÓN ALIMENTICIA FIJADA EN PROCEDIMIENTO MATRIMONIAL - A favor de los hijos - Determinación de la cuantía, ALIMENTOS - PENSIÓN ALIMENTICIA FIJADA EN PROCEDIMIENTO MATRIMONIAL - A favor de los hijos - Proporcional a ingresos y necesidades STS Sala 1ª de 28 abril 2005 (J2005/62562)

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensión compensatoria - Concepto, ALIMENTOS - PENSIÓN ALIMENTICIA FIJADA EN PROCEDIMIENTO MATRIMONIAL - A favor de los hijos - Determinación de la cuantía, ALIMENTOS - PENSIÓN ALIMENTICIA FIJADA EN PROCEDIMIENTO MATRIMONIAL - A favor de los hijos - Proporcional a ingresos y necesidades STS Sala 1ª de 10 febrero 2005 (J2005/11835)

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Atribución de la vivienda familiar - Cónyuge con la custodia de los hijos STS Sala 1ª de 22 abril 2004 (J2004/17038)

Cita en el mismo sentido sobre ALIMENTOS - PENSIÓN ALIMENTICIA FIJADA EN PROCEDIMIENTO MATRIMONIAL - A favor de los hijos - Determinación de la cuantía, ALIMENTOS - PENSIÓN ALIMENTICIA FIJADA EN PROCEDIMIENTO MATRIMONIAL - A favor de los hijos - Proporcional a ingresos y necesidades STSJ Andalucía (Gra) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 24 febrero 2003 (J2003/15837)

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Atribución de la vivienda familiar - Cónyuge más necesitado STS Sala 1ª de 11 mayo 2000 (J2000/10091)

Cita en el mismo sentido sobre ALIMENTOS - PENSIÓN ALIMENTICIA FIJADA EN PROCEDIMIENTO MATRIMONIAL - A favor de los hijos - Determinación de la cuantía, ALIMENTOS - PENSIÓN ALIMENTICIA FIJADA EN PROCEDIMIENTO MATRIMONIAL - A favor de los hijos - Proporcional a ingresos y necesidades STS Sala 1ª de 24 abril 2000 (J2000/5839)

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Atribución de la vivienda familiar - Cónyuge más necesitado STS Sala 1ª de 23 noviembre 1998 (J1998/26834)

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Atribución de la vivienda familiar - Cónyuge más necesitado STS Sala 1ª de 19 junio 1998 (J1998/8656)

Versión de texto vigente null

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Juez sustituta del Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Ponferrada dictó sentencia en los referidos autos, cuya parte dispositiva, literalmente copiada dice así: "FALLO: Que estimando parcialmente la demanda de divorcio presentada por la Procuradora Sra. Fra García en nombre y representación de D. Teodulfo, frente a Doña Delia, se acuerdan las siguientes medidas:

1º.- Debo declarar y declaro disuelto el matrimonio formado por D. Teodulfo, y Doña Delia, celebrado el día 13.10.1990 por causa de Divorcio con los efectos inherentes al mismo.

2º.- Se atribuye la guarda y custodia de las menores Irene y Lucía a favor de la madre Doña Delia, siendo la patria potestad compartida por ambos progenitores.

3º.- Se establece un régimen de visitas a favor del padre consistente en tener en su compañía a las menores, Irene y Lucía los fines de semana alternos recogiendo el padre a las menores a las 17:00 horas del viernes y reintegrándolas al domicilio conyugal a las 20:00 horas del domingo. Empezando a contar el primer fin de semana que le corresponde al padre a partir de la fecha en la que se notifique la presente resolución. Si al inicio o al final del fin de semana hubiere un puente, se entenderá que se inicia el día previo al inicio del puente a la salida del colegio o que finaliza el último día del puente, a las 20:00 horas, mientras que las fiestas independientes corresponderá a aquel progenitor con el que no vayan a pasar el siguiente, fin de semana, salvo los días festivos señalados como los del "padre""madre" que los pasarán las hijas respectivamente con cada uno de los progenitores. Vacaciones de Verano se distribuirán en los períodos: A) el mes de julio (incluyendo desde el día inicial de las vacaciones escolares en junio) hasta el día 31 a las 18 horas. B) El mes de agosto, desde el día 1 a las 18:00 horas hasta el final de las vacaciones escolares en septiembre a las 18:00. Vacaciones de Navidad se distribuirán en dos períodos: a) desde el día inicial en que se den las vacaciones escolares en las 18 horas hasta el día 30 de diciembre a las 18 horas. b) desde el día 30 de diciembre a las 18 horas, hasta el último día de las vacaciones escolares a las 18 horas. Las Vacaciones de Semana Santa se distribuirán en dos períodos, en el supuesto que el inicio de las vacaciones de Semana Santa se produzca el viernes de Dolores: a) desde el día inicial de las vacaciones escolares a las 18 horas hasta el miércoles Santo a las 18 horas. b) desde el Miércoles Santo a las 18 horas hasta el día previo al inicio del curso escolar a las 18 horas. Si el inicio de las vacaciones se produce el Miércoles Santo. A) desde el día inicial de las vacaciones escolares a las 18 horas hasta el Martes siguiente al domingo de Resurrección a las 18 horas. b) desde el Martes siguiente al Domingo de Resurrección a las 18 horas hasta el día previo al inicio del curso escolar a las 18 horas. En el supuesto de que hubiere Semanas blancas o similares, cuando vayan las niñas al colegio, se distribuirán en dos períodos: a) desde el

viernes previo a la semana de vacaciones a las 18 horas. Cada año, en defecto de acuerdo, uno de los progenitores elegirá el período que desea pasar con sus hijas, comenzando a elegir la madre los años pares y el padre los años impares. Sin necesidad de encuentro de recogida de las menores en el punto de encuentro de Ponferrada.

4º.- Se atribuye el uso y disfrute del domicilio conyugal sito en la PLAZA000 núm. NUM000, NUM001 NUM002 de Ponferrada así como los objetos y bienes del ajuar doméstico que continúan en la vivienda y así como el anejo de plazas de garaje en el mismo edificio, núm. NUM003 a la madre y a las hijas menores.

5º.- Se establece en concepto de pensión de alimentos a favor de las hijas, Irene y Lucía, que el padre D. Teodulfo debe satisfacer, la cantidad de ochocientos veinticinco euros mensuales (825 Eur. mensuales) para cada hija. Cantidad que el padre deberá ingresar mensualmente, dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta bancaria que señale la madre, esta cantidad será revisada anualmente conforme al IPC fijado por el Instituto Nacional de Estadística u Organismo que en su caso lo sustituya.

Asimismo deberá el padre abonar la mitad de los gastos extraordinarios entendidos por tales, todos los gastos médicos que no se cubran por la Seguridad Social, gafas, lentillas ortodoncias, excursiones, actividades extraescolares, viajes al extranjero para la formación de las menores, clases particulares y todos aquellos que tengan la consideración de gastos extraordinarios.

6º.- Se establece el uso y disfrute del piso y vivienda anejos sito en la CALLE000 núm. NUM004, NUM005 NUM006 de Madrid así como de su Plaza de Garaje núm. NUM007 sita en el mismo inmueble conjunto a ambos cónyuges, en períodos de quince días al mes para cada uno de ellos, corriendo con los gastos de suministro (energía eléctrica, calefacción, gas, etc.) generados en cada período por el cónyuge que lo haya usado. Que sean los cónyuges los que decidan la distribución de esos quince días al mes que les corresponde a cada uno dicho uso. Y en caso de no uso de la vivienda por ninguno de los cónyuges, estos gastos de suministro se afrontarán por los ambos al 50%.

7º.-En cuanto al sosteniendo de las cargas de la sociedad de gananciales: Respecto a la vivienda sita en la calle provisional DIRECCION000 NUM008 0 CALLE000 num. NUM004, planta NUM009 letra NUM006 de la localidad de Madrid, y de la plaza de garaje núm. NUM010 del mismo inmueble, deberán ambos esposos abonar al 50% los gastos derivados de dicha vivienda referentes al préstamo hipotecario núm. NUM011 concertado con Caja Madrid, gastos de comunidad ordinaria y derramas o gastos extraordinarios, la tasa especial de tratamiento de residuos, el impuesto de bienes Inmuebles de naturaleza urbana, seguro de la vivienda y garaje, y todos los gastos e impuestos que vayan surgiendo con el paso del tiempo y recaigan sobre la vivienda y garaje.

Toda vez que se ha atribuido el uso y disfrute de esta vivienda a ambos cónyuges, por un período de 15 días al mes para cada uno, el cónyuge que haya usado la vivienda deber correr con los gastos de suministro (energía eléctrica, calefacción, gas, etc.) generados por este uso. Y en su caso de no uso la vivienda por ninguna de los cónyuges estos gastos se afrontarán por los cónyuges al 50%.

En cuanto al domicilio conyugal sito en la PLAZA000 núm. NUM000, NUM001 NUM002 de Ponferrada, anejos y plaza de garaje núm. NUM003 del mismo inmueble, los cónyuges abonarán al 50% tanto los recibos del IBI como seguros, derramas o gastos extraordinarios, así como las mejoras que por disposición comunitaria se ejecuten en el inmueble, piso vivienda, anejos y garaje. Cualquier otra mejora deberá contar con el consentimiento expreso de ambos cónyuges.

La esposa deberá abonar el resto de gastos de suministro de la citada vivienda conyugal, tales como agua, calefacción, energía eléctrica, gas, comunidad ordinaria, tratamiento de residuos, etc.

8º.- debe atribuirse el uso y disfrute del vehículo marca Volkswagen, modelo Touareg, matrícula... NVB al esposo D. Teodulfo y a la esposa Doña Delia el uso y disfrute del vehículo marca Toyota modelo Land Cruiser matrícula XI... EV, corriendo cada uno respectivamente con los gastos y mantenimiento que se correspondan con cada vehículo, incluidos los Seguros impuestos ITV, multas etc.

9º.- No procede concesión de pensión compensatoria para ninguno de los cónyuges.

10º.- No procede hacer especial pronunciamiento en costas.

Una vez firme esta Sentencia, comuníquese de oficio al Registro civil correspondiente para que se hagan las anotaciones marginales oportunas."

SEGUNDO.-.- Contra la relacionada sentencia, que lleva fecha 1 de septiembre de 2010, se interpuso recurso, por cuyo motivo se elevaron los autos a esta Audiencia, ante la que se personaron dentro del término del emplazamiento y en legal forma ambos litigantes y seguidos los demás trámites se señaló el día 16 de marzo de 2011 para deliberación y fallo.

TERCERO.-.- En la tramitación del presente recurso se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-.- Cuestiones controvertidas.

Por la parte actora se promovió demanda solicitando se decrete el Divorcio del matrimonio y la Sentencia recurrida acordó dicho divorcio y entre los efectos del mismo fijó la cuantía de la pensión de alimentos a favor de las dos hijas menores, determinó los gastos extraordinarios, el uso de un piso en Madrid, rechazó el establecimiento de Pensión Compensatoria y concretó el pago de determinados gastos, sin hacer pronunciamiento en materia de costas.

El esposo en su escrito de recurso considera infringido el artículo 96 del Código Civil EDL 1889/1 en cuanto se atribuye el uso del domicilio conyugal a la esposa con carácter vitalicio y no condicionado a la independencia económica de las hijas, entiende vulnerado igualmente el artículo 146 del Código Civil EDL 1889/1 por error en la valoración de la prueba respecto del pronunciamiento relativo al

establecimiento de la pensión de alimentos a favor de las hijas menores, argumentando que las mismas no tienen necesidades especiales, solicitando se fije una suma de 300 euros al mes para cada hija frente a los 825 euros determinados en la Sentencia recurrida. El tercer motivo de recurso plantea la incongruencia de la resolución al establecer el concepto de Gastos Extraordinarios. Además se discrepa de la atribución de uso de un piso en Madrid por inviable solicitando el uso el recurrente y finalmente impugna por contradictorio el pronunciamiento sobre gastos generados con motivo de derramas en el punto 7º del fallo.

La esposa recurrente discrepa del concepto de gastos ordinarios descrito en la Sentencia, de la distribución de uso de la vivienda en Madrid y de la no concesión de Pensión Compensatoria.

SEGUNDO.- Atribución del domicilio conyugal. Carácter vitalicio o limitación de uso.

Pretende el recurrente que se declare la limitación en el uso de la vivienda familiar hasta que las hijas adquieran independencia económica o hayan terminado su periodo educacional o de estudios mientras que la esposa interesa se atribuya el uso sin limitación alguna en la medida en que el citado uso se atribuye no sólo a las hijas sino también a la misma.

La atribución del uso del domicilio conyugal o familiar a uno de los cónyuges con motivo de la declaración judicial de nulidad, separación o divorcio del matrimonio se incardina, como efecto propio de tal declaración, en el ámbito de los artículos 90 y 96 del Código Civil EDL 1889/1, conformándose como un derecho de uso o utilización que tiene naturaleza personal, asistencial, temporal y provisional, y que, por tanto, en ningún caso, es vitalicio; debiéndose destacar, en este sentido, que el Tribunal Supremo, en Sentencia de fecha 10 de febrero de 2.006 EDJ 2006/6319, siguiendo esta misma línea, ha establecido que el derecho de uso de la vivienda familiar regulado en el artículo 96 del Código Civil EDL 1889/1 se caracteriza por su provisionalidad y temporalidad. En la misma línea la STS 310/2004 de 22 abril EDJ 2004/17038 y la STS núm. 1067/1998 de 23 de noviembre EDJ 1998/26834, establecen que una interpretación lógica y extensiva del artículo 96.3 del Código Civil EDL 1889/1 lleva a considerar que, no habiendo hijos -debe entenderse también cuando éstos sean mayores de edad y tengan ingresos propios- la posibilidad de acordar el uso de la vivienda por tiempo prudencialmente determinado, sea adjudicado a cualquiera de los cónyuges, siempre atendidas las circunstancias personales y socioeconómicas de los mismos.

Es evidente que el uso de la vivienda se otorga a favor de quien ostenta una mayor necesidad de protección, y en el presente caso no puede ser sino la esposa, con quien han quedado residiendo las hijas, de las que la menor de ellas tiene trece años de edad; ahora bien, cierto es que el uso no puede ostentar un carácter vitalicio, pues no hay que olvidar que la disolución del vínculo produce la de la sociedad económica matrimonial que ha de liquidarse, mas dicha situación temporal en modo alguno puede implicar una desprotección, de ahí que en los casos en el que la vivienda está siendo utilizada no ya por hijos menores sino mayores de edad sin posibilidades de independencia, el uso no debe extinguirse mientras tal situación subsista, así resulta adecuado que el límite de tal derecho se produzca cuando las hijas del matrimonio se encuentren en situación de poder independizarse, lo que deberá acreditarse en su momento, sin que por ello deba ahora la Sala realizar un pronunciamiento de futuro, no efectuando, a pesar de las anteriores especificaciones, modificación alguna en el fallo de la resolución recurrida.

TERCERO.- Pensión de Alimentos.

La obligación alimenticia de los padres respecto de los hijos, encuentra su fundamento legal en los arts. 39.3 de la CE EDL 1978/3879 y 143.2º del CC EDL 1889/1, como deber emanado, no ya de la patria potestad, sino de la filiación misma. Esta obligación que corresponde a cada progenitor, tiene un contenido amplio que abarca todo lo que sea indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica del alimentista, así como su educación e instrucción, según se desprende de los arts. 93 y 142 del CC EDL 1889/1, si bien, de acuerdo con este precepto, el derecho de alimentos solamente durará mientras se mantenga la situación de necesidad o no haya terminado la formación del hijo por causa que no le sea imputable (SS TS 24 de abril de 2000 EDJ 2000/5839 y 28 noviembre de 2003 EDJ 2003/15837).

Respecto de la cuantía de la prestación alimenticia, ésta ha de venir determinada esencialmente por el caudal o medios económicos del deudor y por las necesidades del alimentista (art. 146 CC EDL 1889/1). No podemos olvidar que esta obligación incumbe a ambos progenitores, de forma no solidaria sino mancomunada, y en proporción a su caudal respectivo (art. 145, párrafo primero CC EDL 1889/1), y no sólo al que vive separado de los hijos, pero en los casos de crisis matrimonial habrá que valorar también la dedicación personal a los mismos de aquél con el cual conviven (art. 103.3º, párrafo segundo, en relación con el 149, ambos del CC EDL 1889/1).

En el presente asunto son hechos acreditados que deben tenerse en cuenta para la fijación del importe de la pensión alimenticia que debe abonar el padre los siguientes: 1º) Doña Delia percibe un salario mensual de 2.839 euros según consta en las nóminas aportadas y correspondientes al año 2010. En la declaración de la renta del ejercicio 2009 sus ingresos netos reducidos fueron de 52.753,59 euros y por actividades económicas otros 10.989,74 euros. Percibe cantidades por colaboraciones en laboratorios. 2º) D. Teodulfo percibe un salario mensual que oscila entre los 3.800 y los 4110 euros en el año 2010, según nóminas aportadas. En la declaración de la renta del ejercicio 2009 sus ingresos netos reducidos fueron de 78.908 euros, más 2.578,55 euros por actividades económicas. Percibe ingresos por clínica privada y realiza ensayos clínicos. 3º) Pagan un préstamo hipotecario de 1.401,81 euros por la vivienda de Madrid. 4º) Existen dos hijas comunes de 13 y 17 años.

Teniendo en cuenta lo expuesto y los demás datos que han sido relacionados en la sentencia recurrida y se apoyan en la documentación aportada al procedimiento, al tener que hacer frente ambos padres a la prestación alimenticia en proporción a sus caudales respectivos, entendemos que la cantidad de 825 euros al mes para cada hija que ha sido fijada en dicha resolución no es excesiva, a pesar de que no consta que las hijas tengan necesidades especiales pues los gastos de las mismas por actividades extraescolares y clases particulares son los habituales, pero debe considerarse la edad de las niñas que implica crecientes gastos, valorando los menores ingresos de la madre y atendiendo al nivel económico familiar que aunque no podrá ser mantenido en iguales términos que durante el matrimonio, con la multiplicación de gastos provocada por la separación, si debe intentar fijarse un nivel adecuado a los ingresos de los progenitores.

En consecuencia, este motivo de recurso debe ser rechazado pues la rebaja en la pensión a la suma de 300 euros por cada hija parece totalmente desproporcionada a la cuantía de los ingresos acreditados del padre y ello sin tener en cuenta la existencia de otros ingresos procedentes de actividades tales como la clínica privada, de difícil justificación.

CUARTO.- Gastos Extraordinarios.

Este concreto apartado es objeto de recurso por ambos litigantes. La Sentencia recurrida consideró que los gastos educativos debían quedar incluidos en la pensión de alimentos, tales como material escolar, libros y actividades escolares y entendió que son gastos extraordinarios los gastos médicos no cubiertos por la Seguridad Social, gafas, lentillas, ortodoncias, excursiones, viajes al extranjero para la formación de las menores, actividades extraescolares y clases particulares. Finalmente señaló que en el supuesto de que las hijas realicen estudios universitarios, debería estarse al momento de la realización de dichos estudios no haciendo lo que consideró una previsión de futuro.

El padre discrepa de la consideración de gastos extraordinarios respecto de las excursiones, actividades extraescolares, viajes al extranjero para la formación de las menores y clases particulares. Al mismo tiempo la madre entiende que son gastos extraordinarios los correspondientes a libros y material escolar y que debe incluirse la estancia en la universidad de la hija mayor que será inminente.

En primer lugar, señalar que la sentencia no es incongruente porque cuando señala que el padre abonará el 50% de los gastos extraordinarios lógicamente está fijando que el resto se pagará por el otro progenitor.

Y analizando el fondo de la cuestión debe señalarse que el concepto de "gastos extraordinarios" no aparece en los arts. 90 a 106 del Código Civil EDL 1889/1 y para su concreción podemos acudir al concepto definido de forma reiterada por la Jurisprudencia de las Audiencias Provinciales.

Los gastos extraordinarios son los que tienen la condición de necesarios e imprevisibles, y han de ser consentidos y en su defecto autorizados judicialmente. Cuando ni el Convenio Regulador ni la resolución judicial establecen lo que haya de entenderse por gastos extraordinarios, solo podrán considerarse como tales aquéllos que tengan cierta importancia económica y que tengan la condición de excepcionales, imprevisibles o inhabituales y que, en principio, el concepto de gastos extraordinarios, hay que relacionarlo con la obligación de alimentos, y debe venir definido por exclusión, de modo que, salvo que en el Convenio Regulador o en la Sentencia se diga otra cosa, serán extraordinarios todos aquellos gastos realizados o que vayan a realizarse en interés del menor, que no vengán comprendidos en la obligación de prestar alimentos, y que, precisamente por ello, han de ser conocidos y consentidos por el progenitor al que se le exige que contribuya a sufragarlos, y solo en caso de que éste no consienta, y se consideren necesarios, podrá ser compelido a hacerlo por decisión judicial. El artículo 142 del Código Civil EDL 1889/1 establece el contenido de la obligación de alimentos, que comprende los gastos que sean indispensables para el sustento, la habitación, el vestido y la asistencia médica, pero también, mientras el alimentista sea menor de edad o no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable, los gastos de educación e instrucción. En consecuencia, los gastos que se inviertan en el sustento, la habitación, el vestido, la formación o la salud del menor serán extraordinarios, y no estarán comprendidos en la obligación alimenticia, sólo en la medida en que, por ser esporádicos e imprevisibles, no puedan ser incluidos en dicha prestación ordinaria por el mecanismo de la actualización o el incremento del importe de la pensión (artículo 147 del Código Civil EDL 1889/1, en relación con el artículo 91, "in fine", del mismo Texto Legal).

Partiendo de lo expuesto y de que por "gasto extraordinario", debe entenderse, aquél que se aparta de la normalidad de lo cotidiano, que viene a ser lo excepcional, lo no usual, lo que supone un elevado coste, este Tribunal aprecia claramente que los correspondientes a excursiones, actividades extraescolares y clases particulares no tienen la consideración de extraordinarios, en cuanto que las actividades complementarias del colegio en principio entran dentro del capítulo de gastos de educación y como tales han de ser comprendidos entre los que ordinariamente deben ser sufragados a cargo de la pensión de alimentos, como complemento de las actividades formativas, al igual que sucede con las clases extraescolares, las cuales podrían considerarse como gastos extraordinarios si fueran estrictamente necesarias o altamente convenientes y aconsejables para la formación de los menores, como podría ocurrir si su omisión supusiera un riesgo de fracaso escolar, extremo que no concurre en el presente caso,

Los gastos de material escolar y libros de texto no tienen -en principio- carácter de extraordinarios, como así se ha establecido en reiteradas resoluciones de esta Audiencia Provincial (auto de la Sección Primera de 13 de octubre de 2009, sentencias de la Sección 1ª de fecha 19 de octubre de 2009, 8 de octubre de 2007 y 24 de marzo de 2004 y Auto de la Sección 2ª de fecha 11 de septiembre de 2009, entre otros). En concreto, en la sentencia de 19 de octubre de 2009 se dice que "los gastos por material escolar y los generados por el seguro escolar son gastos habituales (todos los niños escolarizados tienen gastos por tales conceptos) y su coste no resulta relevante (no son gastos destacados en relación con el importe abonado en concepto de pensión alimenticia)". Y en la sentencia de fecha 24 de marzo de 2004 concretamos: "En cuanto a la redefinición de lo que deba incluirse como "gastos extraordinarios", debemos decir que el concepto de "extraordinario" conduce a aquel que se produce de un modo excepcional, y por razón de concretas circunstancias afectantes a la vida de los hijos, no siendo posible incluir en este capítulo aquellos conceptos de orden ordinario que se incluyen de un modo claro y sin lugar a dudas en el capítulo de los alimentos, como los reclamados como seguro escolar, libros, orientador etc, que son sin duda gastos de educación ordinaria y los gastos de la actividad deportiva que la niña practica tampoco puede merecer dicha consideración, pues no es un gasto excepcional sino periódico y habitual". Aplicando este mismo criterio deben excluirse como gastos extraordinarios los correspondientes a libros de texto y material escolar, desestimando el recurso formulado por la madre.

Queda pendiente de analizar el gasto por viajes al extranjero para la formación de las menores. Puede ahora insistirse en que los gastos extraordinarios por su propia naturaleza son imposibles de individualizar o concretar en una resolución judicial debiendo considerar los de naturaleza imprevisible o los que aún siendo previsibles su coste es muy superior al destinado para cubrir las necesidades elementales de la vida. Por ello, siendo extremadamente variados los gastos que pueden plantearse por viajes al extranjero, dependiendo del importe, destino, necesidad y duración, no podemos hacer una previsión de futuro sobre la naturaleza de dichos gastos y la necesidad de los mismos

así como imponerlos obligatoriamente a uno de los progenitores que puede estar en desacuerdo por motivos legítimos y razonables. Por ello, estimamos correcto no concretar la naturaleza de tales gastos y remitir a los interesados al procedimiento expresamente previsto en el vigente artículo 776 de la LEC EDL 2000/77463 que regula de forma novedosa un incidente declarativo previo al despacho de ejecución forzosa por gastos extraordinarios no expresamente previstos, incidente en el que se declarará si los gastos en cada caso discutidos tienen carácter de ordinarios o extraordinarios.

Insistimos en la conveniencia de que cualquier gasto relevante se pacte entre los progenitores y en el supuesto de desacuerdo decida el Juez, mucho más si el devengo no es inmediato ni urgente. Lo que no cabe es que uno de los progenitores se arrogue la facultad de decidir unilateralmente si un gasto es o no necesario o urgente. Debe quedar esta cuestión para su concreción en ejecución de Sentencia así como el resto de gastos extraordinarios que ahora no pueden ser previstos.

Finalmente la sentencia ha considerado que los gastos de universidad no pueden contemplarse pues se está pidiendo una previsión de futuro. Ciertamente podían evitarse posteriores litigios entre las partes si se concretara la naturaleza de tales gastos pero debe tenerse en cuenta que las situaciones que se podrían producir son sumamente variadas y dependen de los estudios que se decidan, de la residencia en la misma ciudad o en otra diferente, de la cuantía de la matrícula y material necesario, todo lo cual no puede concretarse sin otros datos. Lo que si puede señalarse es que estos gastos de universidad se van a producir con regularidad y próximamente podrían cuantificarse anticipadamente siendo necesarios para la formación de la hija. Entendemos entonces que en principio se trataría de gastos ordinarios incluidos dentro del concepto de alimentos (educación, instrucción o formación) y la pensión alimenticia puede y debe comprenderlo cuando se está produciendo y puede determinarse previamente su importe por lo que en último lugar podrán dar lugar a una petición de modificación de la pensión de alimentos si la cuantía ahora señalada fuera insuficiente para cubrir los mismos. Por todo ello, la petición de la parte recurrente en este apartado debe ser desestimada.

QUINTO.- Uso de la vivienda en Madrid. Gastos y Derramas.

La Sentencia ahora recurrida estableció reglas sobre el uso y disfrute de una vivienda y anejos situados en Madrid señalando un uso conjunto a ambos cónyuges en períodos de quince días al mes para cada uno de ellos corriendo con los gastos de suministro generados en cada período. Esta disposición se entiende conflictiva e inviable por ambos recurrentes solicitando el esposo que se le atribuya el uso exclusivo o en su caso conjunto pero por períodos no inferiores al anual.

Los recursos se desestiman pero la resolución dictada al respecto en Primera Instancia debe ser modificada porque la atribución del uso y disfrute de la llamada segunda vivienda es aspecto ajeno a los efectos de la declaración de nulidad, separación o divorcio y no integra el elenco de medidas de necesaria adopción que sigue al sobrevenir aquel estado civil, número 4 del artículo 774 de la LEC EDL 2000/77463 que obliga a pronunciarse al tribunal en armonía con lo dispuesto en el artículo 91 del Código Civil EDL 1889/1 y las normas que le siguen relativas a guarda y custodia de menores, alimentos, régimen de visitas y atribución del beneficio y uso de la vivienda familiar. Ciertamente, el señalado artículo 774, entre las medidas de obligado pronunciamiento en defecto de acuerdo de los cónyuges, se refiere a las relativas a la disolución del régimen económico, mientras que el artículo 91 del Código Civil EDL 1889/1 lo hace a la "liquidación" del régimen, pero no existe ninguna ventaja práctica en la concreción de medidas relativas a bienes gananciales pues en la nueva regulación de la liquidación del régimen económico matrimonial (artículos 806 y siguientes) ya se prevé, con carácter preventivo, una vez admitida la demanda de separación, nulidad o divorcio, la solicitud de inventario y administración y disposición de los bienes incluidos en él (artículos 808 y 809 LEC EDL 2000/77463).

Entendemos además que en este procedimiento no procede pedir el uso exclusivo cuando no se precisa la vivienda para ser usada como vivienda habitual, medida que podría ser razonable y lógica siempre que redundara en beneficio de los demás miembros de la familia cuando así se suprimirían los gastos de renta de otra en alquiler para atender las necesidades del marido y que se encuadraría en la posibilidad de administración que prevalece sobre el hecho antieconómico de tenerla cerrada y sin utilidad alguna.

En cualquier caso lo que se interesa no es tampoco la entrega del bien para su administración o disposición, como prevé el artículo 103.4 del Código Civil EDL 1889/1, sino para su uso exclusivo y disfrute.

Este uso y disfrute, que es lo que se pretende, nos remite directamente a la doctrina sobre la naturaleza de la comunidad postganancial que surge, decretada la separación o el divorcio, sobre el caudal que integrará la sociedad ganancial y su régimen normativo, lo que, como es sabido, se ha resuelto por nuestro Alto Tribunal declarando su condición de comunidad proindiviso y la aplicación del régimen de la comunidad ordinaria (Sentencias 19-06-98 EDJ 1998/8656 y 11-5-00 EDJ 2000/10091), de acuerdo con lo cual y lo dispuesto en el artículo 394 del Código Civil EDL 1889/1 rige el principio del uso solidario, es decir, que el uso por uno no impida el uso por los demás, y el de mayorías (artículo 398 del Código Civil EDL 1889/1) para decidir sobre la administración y disfrute de la cosa y que si no se alcanza permite acudir al órgano judicial para que decida un posible uso por turnos si la naturaleza del bien no la hace compatible con un uso simultáneo por todos los comuneros. Por todo ello, se desestima el recurso y se acuerda remitir a las partes al correspondiente procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales para concretar las medidas que consideren procedentes respecto de la vivienda situada en la ciudad de Madrid.

En cuanto al concepto de derramas fijado por la Sentencia recurrida estimamos que los pronunciamientos de la misma son totalmente correctos en relación con la vivienda familiar pues el resto debe quedar al margen de todo pronunciamiento siguiendo las reglas generales sobre la comunidad proindiviso. Es obvio que respecto de las "cuotas extraordinarias" que se abonan a la Comunidad de Propietarios por conceptos relacionados con la propiedad y que afectan al valor y existencia del inmueble, deben de ser abonados por los propietarios del inmueble y en proporción a su propiedad. Son deudas que afectan a un bien común en el período intermedio, esto es en tanto no se haya procedido a la efectiva división de la sociedad de gananciales, y deberán ser abonadas por ambos propietarios por mitad. Los conceptos relacionados con consumos son ajenos a lo que se considera derrama por obras extraordinarias y por tanto se abonarán por el propietario que utilice la vivienda. No cabe en este sentido hacer modificación alguna del contenido del fallo de la resolución recurrida.

SEXTO.- Pensión Compensatoria.

Con reiteración tiene declarado este Tribunal y la generalidad de los Tribunales de apelación que la pensión cuestionada, regulada en los artículos 97 y siguientes del Código Civil EDL 1889/1, tiene su carácter estrictamente compensatorio o reparador del desequilibrio patrimonial ocasionado por la separación o el divorcio en la posición de uno de los cónyuges respecto a la conservada por el otro, en relación con la que ambos venían disfrutando durante el matrimonio, que tiende específicamente a evitar que la ruptura o la cesación de la vida conyugal suponga para uno de los esposos un descenso en el nivel de vida efectivamente gozado en el transcurso de esa relación, y compensar a quien, debido a la actividad de dedicación a la familia desplegada, se ha visto impedido de conservar u obtener una independencia económica.

No debe entenderse como un derecho de nivelación o de indiscriminada igualación patrimonial, derivado del mero hecho de contraer matrimonio y que se actualiza al tiempo de producirse la separación o el divorcio. En consecuencia, el derecho a percibir esta pensión descansa en dos presupuestos o requisitos objetivos esenciales: a) la existencia de un claro desequilibrio patrimonial entre los esposos; y b) que esta situación económica desventajosa para uno de los cónyuges sea consecuencia directa y esté vinculada causalmente al hecho de la separación o divorcio, y no a cualesquiera otras circunstancias ajenas o sobrevenidas a la crisis matrimonial.

También la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha declarado que la pensión compensatoria tiene una finalidad equilibradora, para la que no hay que probar la existencia de necesidad en el cónyuge demandante, pero sí que ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que tiene su consorte, sin que se trate de equiparar económicamente los patrimonios, porque no busca la paridad o igualdad absoluta entre ellos (SS TS 10 de febrero EDJ 2005/11835 y 28 de abril de 2005 EDJ 2005/62562). En fin, lo que persigue la pensión compensatoria es colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades a la que hubiera tenido de no haber existido el matrimonio.

En el presente caso consideramos que no existe el desequilibrio económico determinante del nacimiento a favor de uno de los cónyuges de la pensión compensatoria que establece el art. 97 del C.Civil EDL 1889/1. Y ello en atención a que se trata de un matrimonio en el que desde su celebración ambos esposos se han dedicado al trabajo por cuenta ajena fuera del hogar y a ninguno el matrimonio le ha impedido su proyección profesional. Cierto es que actualmente la esposa tiene unos ingresos inferiores al marido pero no se trata de igualar capacidades económicas distintas. La diferencia de ingresos ciertamente no es determinante del nacimiento a favor del cónyuge que menos ingresos obtiene de una pensión compensatoria, pues su finalidad no es igualar salarios, teniendo en cuenta además la atribución del domicilio familiar que compensa posibles diferencias.

SEPTIMO.- Costas.

Dada la desestimación de ambos recursos interpuestos salvo en el apartado relativo a gastos extraordinarios y la naturaleza de las cuestiones controvertidas no procede hacer imposición de las costas causadas en esta alzada, art. 398 y 394 L.E.C. EDL 2000/77463

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

FALLO

ESTIMAMOS en parte el recurso de apelación formulado por D. Teodulfo, y desestimamos el formulado por D^a Delia, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Ponferrada, de fecha 1 de septiembre de 2010, en los autos de Juicio de Divorcio Contencioso N^o. 367/10, que se revoca en parte en el sentido siguiente: Concretar en el apartado quinto párrafo segundo en cuanto a los gastos extraordinarios que se entenderán por tales los gastos médicos que no se cubran por la Seguridad Social, gafas, lentillas, ortodoncias, considerando ordinarios los de excursiones, actividades extraescolares, clases particulares, libros y material escolar y siendo extraordinarios los demás de esta naturaleza que se puedan concretar en ejecución de Sentencia, en el modo y sentido señalado en el fundamento cuarto de esta resolución. Se suprime el contenido del apartado sexto de la resolución en el que se determina el uso y disfrute del piso sito en Madrid y plaza de garaje así como el párrafo segundo del apartado séptimo relativo a los gastos de dicha vivienda, CONFIRMANDO el resto del contenido de la resolución recurrida, sin hacer expresa imposición de las Costas de esta alzada.

Notifíquese a las partes personadas haciéndoles saber que esta resolución es firme y que contra ella no cabe interponer recurso alguno, a salvo, en su caso, de lo dispuesto en el art. 466.1 LEC. EDL 2000/77463

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

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 24089370012011100092