

EDJ 2011/268165

AP Asturias, sec. 7ª, A 30-6-2011, nº 71/2011, rec. 267/2011

Pte: Fernández-Rivera González, Paz

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO	1
FALLO	1
AUTO DE ACLARACIÓN	2

FICHA TÉCNICA

Legislación

Cita art.214, art.215, art.394, art.398 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Versión de texto vigente null

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Gijón, en los autos de Divorcio Contencioso número 782/2009 (Incidente sobre gatos extraordinarios), con fecha 16 de noviembre de 2010, se dictó Auto cuya parte dispositiva dice así: "Se desestima la pretensión formulada por D. Roberto Cadado González, en representación de Dª Genoveva, frente a D. Hilario, declarando que los gatos de cambio y sustitución de la caldera del inmueble situado en la calle DIRECCION000 num. NUM000, NUM001 de Gijón, deben ser abonados por la usuaria de la vivienda, con imposición de las costas caudas en el incidente a Dª Genoveva".

SEGUNDO.- Notificada la anterior resolución a las partes, por la representación de Dª Genoveva se interpuso recurso de apelación y admitido a trámite se remitieron a esta Audiencia Provincial, y cumplidos los oportunos trámites, se señaló para la deliberación y votación del presente recurso el día 21 de junio del año en curso.

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

VISTOS, siendo Ponente la Iltma. Sra. Magistrada Dª PAZ FERNÁNDEZ RIVERA GONZÁLEZ.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la recurrente se interesa la revocación del auto recurrido que, tras equiparar la caldera litigiosa sustituida en la vivienda privativa del apelado, que usa dicha apelante en virtud de lo acordado en el convenio regulador de la separación, como un aparato electrodoméstico, dispuso que el coste de sustitución debía ser asumido íntegramente por ella, de lo disiente por estimar que se trata de un gastos extraordinario.

SEGUNDO.- Así centrados en esta alzada los términos del debate, este Tribunal tras un examen de lo actuado no comparte el criterio que se sienta en la recurrida, sin que ello implique demérito para la misma, toda vez que se considera que una caldera de calefacción y agua caliente no tiene la consideración de un electrodoméstico, sino el de un elemento integrante de una instalación de que esta dotado el inmueble para procurar calefacción y agua caliente a sus moradores, al igual que la instalación eléctrica les suministra fluido eléctrico, razón por la cual, teniendo en cuenta los términos en los que quedó trabado el debate debe considerársele un gastos extraordinario, pues no se trata de una mera reparación de un gasto dimanante de su conservación para que pueda seguir desempeñar el destino que le es propio, sino que tiene una mayor envergadura ya que se trata de su sustitución, por haber devenido inservible para su fin, razón por la cual sufragar su coste es algo que corresponde el propietario de la vivienda, pues en definitiva constituye un elemento indispensable para dotarla de los servicios de agua caliente y calefacción que, por ende, revaloriza el bien en sí mismo, con independencia de quien sea su morador.

En su consecuencia, dado el carácter dispositivo del derecho discutido y los términos en que quedó trabado el debate, como ya se dijo, se hacen innecesarias mayores consideraciones y se ha de dar lugar al recurso de la apelante.

SEXTO.- La estimación de su recurso conlleva no se efectúe especial pronunciamiento sobre las costas de esta alzada (art. 398 en relación con el 394 de la L.E.C. EDL 2000/77463).

Por lo expuesto, LA SALA dicta la siguiente:

FALLO

SE ESTIMA el recurso de apelación interpuesto por Dª Genoveva contra el auto de 16 de noviembre de 2010 del Juzgado de Primera Instancia número 9 de Gijón, dictado en el procedimiento Divorcio Contencioso número 782/2009 (Incidente sobre gastos extraordinarios) del que este recurso dimana; resolución que se revoca en el solo sentido de declarar que la sustitución de la caldera de calefacción y agua caliente de la vivienda que ocupa dicha apelante y de la propiedad de D. Hilario, tiene la consideración de gasto

extraordinario, condenado al mismo a abonar a la recurrente la cantidad de MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y CINCO EUROS, con expresa imposición al demandado de las costas de la primera instancia y sin expreso pronunciamiento sobre las de este recurso.

Así por este nuestro Auto, lo acordamos, mandamos y firmamos. Doy fe.

DILIGENCIA.- Seguidamente la extiendo yo, el Secretario, para hacer constar que por los Iltmos. Sres. Magistrados de esta Sección se ha dictado el anterior Auto.- Doy fe.-

AUTO DE ACLARACIÓN

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 7 de GIJON

S40010

PRENDES PANDO 1 - 3ª PLANTA

-

Tfno.: 985176944-45 Fax: 985176940

N.I.G. 33024 42 1 2009 0010035

ROLLO: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000267 /2011

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 9 de GIJON

Procedimiento de origen: FAMILIA. DIVORCIO CONTENCIOSO 0000267 /2011

Apelante: Genoveva

Procurador: ROBERTO J. CASADO GONZÁLEZ

Abogado: SERGIO HEVIA RODRIGUEZ

Apelado: Hilario, MINISTERIO FISCAL

Procurador: ANIBAL CUETOS CUETOS

Abogado: ANGELA FELGUEROSO JULIANA

A U T O

Iltmos. Sres.:

PRESIDENTE: D. RAFAEL MARTÍN DEL PESO GARCÍA

MAGISTRADOS: D. RAMÓN IBÁÑEZ DE ALDECOA LORENTE

D. JULIÁN PAVESIO FERNÁNDEZ.

En GIJON, a seis de octubre de dos mil once.

H E C H O S

PRIMERO.- - En el presente Rollo, Recurso de Apelación 267/2001 ón se ha dictado Auto de fecha 30 de junio de 2011, estimando el recuro de apelación interpuesto Dª Genoveva contra el auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia n 9 de Gijón en el procedimiento de Divorcio contencioso num. 782/2009 (incidente sobre gastos extraordinarios) revocando dicha resolución en el solo sentido de declarar que la caldera de calefacción y agua caliente de la vivienda ocupada por la apelante y de la propiedad de D. Hilario, tiene la consideración de gasto extraordinario, condenando al mismo a abonar a la recurrente la cantidad de 1.845 euros, con expresa imposición al demandado de las costas de primera instancia y sin expreso pronunciamiento sobre las del recurso.

SEGUNDO.- Por la representación de D. Hilario, en plazo legal, se presenta escrito promoviendo incidente de nulidad de actuaciones solicitando la nulidad del auto dictado, alegando total incongruencia entre lo solicitado por las partes y lo que se otorga en la parte dispositiva.

FUNDAMENTO DE EDERECHO

ÚNICO.- No procede admitir a trámite el incidente de nulidad de actuaciones interesado. Pues no es necesario acudir al incidente de nulidad de actuaciones para subsanar el defecto que se alega, pues tratándose de un error material o manifiesto puede ser rectificado o aclarado también de oficio por los Tribunales, artículo 214 de la LEC. EDL 2000/77463

Pues, en contra de lo que se dice, no incurre el Auto dictado en esta segunda instancia en la incongruencia total que se denuncia, sino en un simple error material o manifiesto (posiblemente de transcripción) al condenar al demandado al pago total de 1845 Eur., coste de sustitución de la caldera de agua de calefacción, cuando lo solicitado es que dicha cantidad sea sufragada por mitad por ambos progenitores. Error que procede subsanar en la presente resolución, condenando al demandado a abonar a la actora el 50% del coste del cambio o sustitución de dicha caldera.

En cuanto al resto del contenido del Auto dictado en esta segunda instancia no es de apreciar incongruencia u omisión como se denuncia, pues si bien pudiera dar lugar a dudas su redacción, al no hacerse mención o alusión alguna a la hija menor del matrimonio, ello no justifica que haya de entenderse, como pretende el solicitante, que lo único que se ha resuelto es estimar dicho gasto como extraordinario de la casa, sin entrar a resolver si procede o no declarar dicho gasto como extraordinario de la hija como se solicitaba. Pues hay que tener en cuenta que, la única cuestión objeto de debate en primera instancia, era si procedía o no declarar como gasto extraordinario de la hija del matrimonio la sustitución de la caldera de calefacción y agua caliente del inmueble, cuyo uso tiene adjudicado

la menor y su madre, pretensión que ha sido desestimada. Recurrido dicho Auto, en esta segunda instancia, la cuestión a resolver sigue siendo la misma, si se puede o no considerar dicho gasto como un gasto extraordinario de la menor, y se ha resuelto en sentido positivo, que debe ser considerado como un gasto extraordinario, por los razonamientos que constan en el mismo. Calificativo de extraordinario que a tenor de lo debatido, tanto en primera como en segunda instancia, ha de entenderse referido a los gastos de la menor, aunque lógicamente también suponga un gasto extraordinario en la casa, gasto extraordinario cuyo pago por mitad corresponde a ambos progenitores.

Así pues el único error que es de apreciar en el auto dictado en esta segunda instancia, que no incongruencia, es el material manifiesto, posiblemente mecanográfico, de condenar al demandado al pago total de la cantidad reclamada y no al pago del 50% de la cantidad reclamada de 1.845 euros. Que puede ser subsanado o aclarado a medio de la presente resolución.

En consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 214 y 215 de la LEC EDL 2000/77463 procede aclarar el Auto en los términos que se dirán en la parte dispositiva de la presente resolución.

PARTE DISPOSITIVA

No ha lugar a admitir el incidente de nulidades de actuaciones interesado.

Se aclara el Auto dictado el 30 de junio de 2011 en el Rollo de Apelación núm. 267/2011, en los siguientes términos: en la Parte Dispositiva donde dice: "tiene la consideración de gasto extraordinario, condenando al mismo a abonar a la recurrente la cantidad de MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y CINCO EUROS", DEBE DECIR: tiene la consideración de gasto extraordinario, condenando al mismo a abonar a la recurrente el 50% de la cantidad de MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y CINCO EUROS. Se mantienen los demás pronunciamientos de la citada resolución.

Así, por este nuestro Auto, lo acordamos, mandamos y firmamos. Doy fe.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 33024370072011200081