

## EDJ 2007/303748

AP León, sec. 1ª, S 8-10-2007, nº 277/2007, rec. 106/2007

Pte: Rodríguez López, Ricardo

Comentada en "Breves notas prácticas sobre la nulidad, anulabilidad y rescisión de los negocios jurídicos de derecho de familia"

### ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO .....	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	2
FALLO .....	3

### CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

#### MATRIMONIO

##### SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Mutuo acuerdo

Convenio regulador

##### EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Pensión compensatoria

Concepto

Límite temporal

Pensiones alimenticias a los hijos

En general

### FICHA TÉCNICA

#### Legislación

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

Cita art.91, art.97.8 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

#### Bibliografía

Comentada en "Breves notas prácticas sobre la nulidad, anulabilidad y rescisión de los negocios jurídicos de derecho de familia"

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 1 de Villablino, se dictó Sentencia en fecha 18 de noviembre de 2006 , cuya parte dispositiva literalmente copiada dice así: FALLO.- Que ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. González Blanco, en nombre y representación de D. Jesús Carlos y contra Dª Susana , así como estimando parcialmente la demanda reconvenicional interpuesta por la Procuradora Sra. González Piñero en nombre y representación de Dª Susana contra su esposo D. Jesús Carlos , debo DECRETR Y DECRETO la disolución por causa de divorcio del matrimonio indicado y formado por D. Jesús Carlos y Dª Susana , celebrado en Villaseca de Laciána en fecha 24 de julio de 1982, sin hacer declaración de costas en la tramitación del presente procedimiento.

Como efectos de esta resolución se tendrán en cuenta las siguientes medidas:

a) La revocación de todos los poderes y consentimientos que se hubieran otorgado los cónyuges entre sí y el cese de la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la patria potestad doméstica, salvo pacto en contrario de los mismos.

b) Se asignará a la madre Dª Susana la guardia y custodia de la hija menor del matrimonio Elsa , si bien la patria potestad estará compartida por ambos progenitores.

Sin fijación del régimen de visitas, el padre podrá visitar a su hija los períodos en que el mismo se encuentre en la localidad de Villaseca de Laciána, dado su trabajo en Francia.

c) Se fijara como pensión de alimentos a favor de la hija menor del matrimonio y a cargo de D. Jesús Carlos , la cantidad de 330 euros mensuales, a pagar anticipadamente dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente que señale Dª Susana , debiendo revisar anualmente dicha suma, a tenor de las variaciones que experimente el IPC que para el conjunto nacional señale el INEM u Organismo que legalmente le sustituya.

d) El uso del vehículo será a favor del esposo.

e) Se fija como pensión compensatoria a favor de Dª Susana y a cargo de D. Jesús Carlos la cantidad de 100 euros al mes a pagar anticipadamente dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente que señale Dª Susana , debiendo revisar anualmente

dicha suma a tenor de las variaciones que experimente el IPC que para el conjunto nacional señale el INEM u Organismo que legalmente le sustituya, pensión que se fijará durante un periodo de tiempo de tres años.

SEGUNDO.- Contra la relacionada Sentencia, se interpuso recurso por la parte demandante, por cuyo motivo se elevaron los autos a esta Audiencia, ante la que se personaron dentro del término del emplazamiento y en legal forma las partes litigantes y seguidos los demás trámites, se señaló día para la deliberación y fallo.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Delimitación del objeto del recurso.

D. Jesús Carlos se ha personado en el rollo de apelación como apelante, en tanto que D<sup>a</sup> Susana lo ha hecho únicamente como apelada, a pesar de que también formuló impugnación de la sentencia al oponerse al recurso de apelación interpuesto. Por lo tanto, respecto de D<sup>a</sup> Susana se ha de entender que no sostiene la impugnación formulada. Esta decisión viene avalada por el hecho de que la providencia de fecha 28 de febrero de 2007 se limita a tener por formalizado trámite de oposición al recurso, sin resolver sobre la admisión de la impugnación de la sentencia y sin que por la parte impugnante se interpusiera recurso de reposición alguno. Por lo tanto, únicamente es objeto de esta resolución el recurso de apelación interpuesto por D. Jesús Carlos .

SEGUNDO.- Motivos del recurso de apelación.

Se cuestiona la pensión compensatoria fijada a favor de D<sup>a</sup> Susana y, para caso de ser acogida, se propone que la pensión de alimentos y la compensatoria no excedan de 330 euros. Y también se impugna la fijación de un 50% de gastos extraordinarios a cargo de D. Jesús Carlos .

TERCERO.- Pensión compensatoria.

El convenio regulador que no ha sido ratificado a presencia judicial, en la forma legalmente prevista, carece de eficacia cuando afecta a medidas indisponibles, como lo es la pensión de alimentos, pero puede tenerla cuando se refiere a medidas que, como la pensión compensatoria, sean disponibles por las partes.

Ahora bien, cuando se suscribe un convenio particular sobre medidas concretas, las medidas adoptadas por las partes pueden tener eficacia cuando no afecten a cuestiones no disponibles, pero si esas medidas se engloban de manera general con clara vinculación a un proceso de separación, nulidad o divorcio, el convenio deja de ser un mero contrato entre partes para constituir un documento "preprocesal" en el que las medidas contempladas no se pueden considerar de manera aislada y autónoma y desvinculadas de las demás. Por lo tanto, ese documento, sin restarle eficacia probatoria, sin embargo no tiene eficacia vinculante si no es ratificado y, por ello, puede y debe ser sometido a contradicción y valoración como un medio de prueba, y no puede ser considerado como contrato o pacto vinculante.

En este caso, de la prueba practicada, y más concretamente de la documental obrante en autos, resulta claro que la demandada se encontraba aquejada de un cuadro de ansiedad agudo en el momento en el que se suscribió el convenio regulador, por lo que el convenio lo tuvo que suscribir en una situación de escasa estabilidad emocional. En el documento 8 de la contestación a la demanda se alude a "...cuadros compatibles con crisis... con desconexión del medio a raíz de inicio de separación de su marido... En las últimas semanas las crisis han aumentado y ha dejado de comer... Solicito evaluación psiquiátrica...". Este documento se suscribió el día 14 de septiembre de 2005, justo al día siguiente de la firma del convenio.

Por lo tanto, la renuncia a pensión compensatoria en un convenio-marco previsto para acudir a un proceso de divorcio, no puede ser considerada eficaz.

La pensión compensatoria se ha de considerar procedente, porque al momento de producirse el divorcio la demanda carece de trabajo y recursos propios (regla 8<sup>o</sup> del artículo 97 del Código Civil EDL 1889/1 ), su estado de salud es insatisfactorio (regla 2<sup>a</sup> del artículo citado) como así resulta de los partes médicos obrantes en autos, se ha dedicado durante años al cuidado de sus hijos y del hogar (regla 4<sup>a</sup>) y en su situación actual sus posibilidades de acceso a un empleo no son favorables (regla 3<sup>a</sup>). La demandada ha cambiado su entorno laboral: ha pasado de un país (Francia) a otro (España) donde el mercado laboral es diferente, y al dictarse la sentencia todavía se encontraba en una situación de estrés emocional muy fuerte, con patologías psiquiátricas comprobadas y sometida a tratamiento farmacológico. Todo ello dificulta la posibilidad de acceder a un empleo. Ahora bien, el periodo de tiempo fijado en la sentencia (3 años) debe de ser suficiente como para permitir la recuperación de D<sup>a</sup> Susana y su adaptación al mercado laboral en España.

Justificada la pensión compensatoria, se trata de determinar cuál sea su cuantía, o si ha de deducirse su importe de la pensión de alimentos fijada para Elsa .

En el convenio firmado por las partes se fijó una pensión de alimentos para Elsa de 330 euros, y en ningún momento se ha cuestionado su importe por parte de D. Jesús Carlos . Ahora bien, se trata de determinar si la pensión compensatoria de 100 euros ha de añadirse a la de alimentos, o si ha de operar reduciendo ésta en 100 euros.

Los ingresos de D. Jesús Carlos se han fijado en 1.040 euros en la sentencia. Si sobre la base de estos ingresos admite una pensión de alimentos de 330 euros, el añadido de otros 100 euros no supone agravación relevante. Téngase en cuenta que, tal y como reconoce en su demanda, los costes que le supone la ocupación de su vivienda habitual ascienden a 64 euros, con lo que después de pagar la pensión de alimentos y la compensatoria, le restarían 600 euros, con lo que para él sólo dispondría de una suma bastante superior a la que entregaría a su mujer y a su hija, sin que el coste de ocupación de una vivienda tenga para él especial importancia. A todo ello hay que añadir que se le ha atribuido el uso del vehículo ganancial y el uso de la edificación en Portugal. La ocupación de estos activos ofrece a D. Jesús Carlos una clara ventaja frente a D<sup>a</sup> Susana , que no podrá disponer de ellos, al menos hasta tanto no se liquide la sociedad de gananciales.

Por último, el periodo de tiempo fijada para la pensión compensatoria es tan breve (3 años) que no llegará a gravar en exceso a D. Jesús Carlos y ofrecerá un lapso de tiempo suficiente como para poner fin al procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales. Y todo ello sin perjuicio de extinguir la pensión compensatoria si D<sup>a</sup> Susana llegara a conseguir un trabajo con anterioridad o se dieran otras circunstancias que lo justificaran.

#### CUARTO.- Gastos extraordinarios.

La regulación al detalle de los gastos ordinarios puede servir para determinar con mayor precisión los gastos del menor y la correlativa prestación de alimentos. Pero cuando se trata de gastos extraordinarios, el excesivo detalle no sólo evita la litigiosidad sino que puede llevar a mayores conflictos al analizar si el supuesto concreto tiene cabida en alguna de las partidas predeterminadas. Y, además, puede dar lugar a restricciones injustificadas a la hora de atender al menor.

Precisamente porque son gastos extraordinarios se configuran como una cláusula abierta. Y en este sentido, la sentencia de la Sección 2<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de León, de fecha 17 de mayo de 2006, dice:

"Ahora bien, dicho lo anterior, y siendo los gastos extraordinarios un concepto jurídico indeterminado lo que no parece procedente es realizar a priori una enumeración de dichos gastos, que al fin y al cabo siempre podría redundar en perjuicio de las menores, siendo preferible estar al caso concreto para a la vista de las circunstancias concurrentes y entidad del gasto, decidir sobre el carácter del mismo y cuando precisamente los que como tales se refieren en la sentencia recurrida como son los gastos escolares (matrícula, libros, uniforme, actividades extraescolares) vienen usualmente entendiéndose como gastos ordinarios y por tanto incluidos en la pensión alimenticia, pues como dice, entre otras, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 17 de noviembre de 1998, "el gasto escolar, es decir, todo lo relativo a la educación y desarrollo cultural del hijo, debe ser considerado por su propia naturaleza y contenido y lógica previsibilidad como incluido dentro del concepto de normal y comprendido dentro del ámbito de la cláusula en que ambas partes consensuaron la pensión".

En cualquier caso procede también establecer que si el devengo del gasto extraordinario no es urgente o inmediato el progenitor que suscite la necesidad del mismo lo comunique al otro para que este pueda tener conocimiento del mismo y, en su caso, prestar su consentimiento ya sea expresa o tácitamente y, todo ello, sin perjuicio de la decisión judicial que pueda adoptarse caso de suscitarse controversia entre las partes.

Por lo expuesto debe mantenerse la medida si bien con las matizaciones que quedan señaladas"

Por tal motivo, el auto de aclaración dictado, más que ofrecer soluciones puede crear confusión, pero, no obstante, se ha de mantener lo que en el se dispone ya que aunque alude a los gastos de "adecuada educación o salud", previamente también precisa que se hace referencia a ellos como gastos "extraordinarios".

Y en este sentido, en la Sección 1<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de León, y en sentencia de fecha 25 de septiembre de 2001, hemos dicho:

"5) La antedicha pensión no agota las obligaciones de los progenitores, ya que los mismos están obligados a soportar por mitades los gastos extraordinarios que generen los hijos menores. Se entiende por gastos extraordinarios los que por su inhabitualidad y cuantía, exceden del ámbito ordinario de los gastos y de ejercicio de la patria potestad, y por tanto deben ser decididos por ambos cónyuges o responder a situaciones de urgente necesidad.

No consta los gastos extraordinarios que se han generado y si ambos progenitores los han aceptado, si concurren estas circunstancias, es evidente que se deben sufragar por mitades recordando a ambos progenitores que también en esta cuestión deben ponerse de acuerdo intentando superar las discrepancias en beneficio de su hija, pues ellos mejor que nadie pueden conocer las verdaderas necesidades de su hija".

Así pues, en el concepto de gastos extraordinarios tienen cabida los gastos de educación y los de atención sanitaria que excedan de lo que sea comúnmente considerado como ordinario: aquello que no es habitual y su coste resulte relevante. En cada caso concreto las partes deberán convenir lo procedente, y si no lo consiguen, tomará la decisión pertinente la autoridad judicial competente. Si el artículo 91 del Código Civil EDL 1889/1 prevé que el Juez pueda adoptar medidas en ejecución de sentencia, si no se adoptaron en la sentencia, es obvio que también podrá concretar, en cada caso, el alcance de un determinado pronunciamiento.

#### QUINTO.- Costas.

Conforme dispone el artículo 398 de la LEC EDL 2000/77463, en su apartado 1, cuando sean desestimadas todas las pretensiones de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación, se aplicará, en cuanto a las costas del recurso, lo dispuesto en el artículo 394. Y en el artículo 394.1 se establece que en los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. Rige, por lo tanto, el principio de vencimiento objetivo que implica la condena del apelante al pago de las costas procesales generadas por el recurso de apelación interpuesto y totalmente desestimado.

Nos encontramos ante un recurso en el que se impugnan medidas patrimoniales y, en lo sustancial, sobre cuestiones que no son de orden público (la sentencia se impugna, básicamente, en lo referente a la pensión compensatoria). Por lo que ha de ser aplicado el principio objetivo del vencimiento en materia de costas.

VISTOS los preceptos legales invocados, sus concordantes y demás de aplicación.

## FALLO

Se desestima TOTALMENTE el recurso de apelación interpuesto por D<sup>a</sup> Concepción González Blanco, en nombre y representación de D. Jesús Carlos , contra la sentencia de fecha 18 de noviembre de 2006 (auto de aclaración de fecha 22 de diciembre de 2006 ) dictada en los autos núm. 33/2006 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de VILLABLINO y, en su consecuencia, confirmamos íntegramente dicha resolución, con expresa condena del apelante al pago de las costas del recurso de apelación.

Dése conocimiento, al notificar esta Sentencia, de los recursos que caben contra ella y, con testimonio de la misma, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra Sentencia, juzgando en apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 24089370012007100366