

## Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 2ª, Sentencia de 12 Abr. 2000, rec. 6/2000

Ponente: Berdugo Gómez de la Torre, Juan Ramón.  
Nº de Sentencia: 103/2000  
Nº de Recurso: 6/2000  
Jurisdicción: CIVIL

DIVORCIO. Pensión alimenticia: procedencia. No es incongruente la sentencia que concede la cantidad solicitada por la actora bajo el concepto de cargas del matrimonio, precisando que es en concepto de alimentos, por cuanto la incongruencia no existe cuando el pronunciamiento judicial verse sobre puntos y materias que de acuerdo con la ley, el órgano judicial está facultado para introducir de oficio.

Normativa aplicada

### TEXTO

En Córdoba a 12 Abr. 2000.

Vistos por esta Sala los autos de juicio SEPARACION núm. 86/99 seguidos ante el Juzgado de 1ª instancia núm. 6 de CORDOBA entre ANTONIO C. M. representado por el procurador Sr. MEDINA LAGUNA y asistido del letrado Sr. GARCIA MORENO y PILAR L. S. representados por el procurador Sr. CAÑETE LEIVA y asistido del letrado Sr. CAÑETE LEIVA, siendo parte el ministerio fiscal pendientes ante esta sala a virtud del recurso de apelación interpuesto contra sentencia dictada en estos autos. Siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. Juan RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE.

### ANTECEDENTES DE HECHO

Se aceptan los de la sentencia apelada.

**Primero.** Seguido el juicio en todos sus trámites se dictó sentencia por el Magistrado-Juez, cuya parte dispositiva dice: «Que estimando parcialmente la demanda que ha originado estos autos, y estimando, igualmente, de forma parcial la reconvencción formulada de contrario debo declarar y declaro la disolución por divorcio del matrimonio formado por D. Antonio C. M. y D.ª Pilar L. S., con todos los efectos legales que necesariamente se derivan de tal declaración.

Como medidas, a falta de convenio, judicialmente se adoptan las siguientes:

- 1.ª La guarda y custodia de Raquel, que era menor de edad en el momento de interposición de la demanda, se otorga a la madre, permaneciendo la patria potestad compartida por ambos progenitores.
- 2.ª El uso de la vivienda familiar, sita en la Avda de los Almogávares núm. de esta ciudad, y del ajuar doméstico se concede a los hijos y a la esposa, con quien conviven, hasta que aquéllos alcancen la independencia económica o sigan en esta situación por causa que les sea imputable.
- 3.ª El padre deberá abonar, en concepto de pensión alimenticia a los dos hijos dependientes, la suma de 40.000 ptas., mensuales (20.000 para cada uno).
- 4.ª El Sr. Centeno deberá abonar, en concepto de pensión compensatoria a la Sr. López, la suma de 25.000 ptas. mensuales.

Ambas pensiones se ingresarán en la cuenta que se designe al efecto, dentro de los cinco primeros días de cada mes, y se actualizarán conforme al IPC oficialmente publicado.

5.ª Se disuelve la Sociedad legal de Gananciales, llevándose a cabo las operaciones liquidatorias en ejecución de esta resolución.

Todo ello sin hacer expresa mención a las costas causadas en esta instancia.

**Segundo.** Contra dicha resolución, se interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos y, recibidos los autos en esta Audiencia, se les dio el trámite establecido en la ley señalándose día para vista que tuvo lugar con el resultado que consta en acta, estándose en el caso de dictar sentencia.

**Tercero.** En la tramitación de ambas instancias, se han observado las prescripciones legales.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.** Analizando prioritariamente el recurso interpuesto por D. Antonio C. M. en relación al pronunciamiento de la sentencia que establece que debe abonar en concepto de pensión alimenticia a los dos hijos dependientes la suma de 40.000 ptas. mensuales (20.000 para cada uno) cuya incongruencia denuncia por infracción del art. 359 LEC, dado que la actora solicitó en demanda tal cantidad (hecho quinto) pero como contribución a los gastos de hogar familiar ya que aún convivían con la misma tres de ocho hijos del matrimonio, por lo que si la sentencia precisa que solo son dos los hijos dependientes, libró proporcionalmente, reducir aquella cantidad, habrá que precisar que la incongruencia extra petitum es un vicio procesal que se produce cuando el órgano judicial concede algo no pedido o se pronuncia sobre una pretensión que no fue oportunamente deducida por los litigantes e implica un desajuste o inadecuación entre el Fallo o la parte dispositiva de la resolución judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones en el proceso.

La incongruencia extra petitum constituye siempre una infracción del principio dispositivo y de aportación de las partes que impide al órgano judicial, en los procesos presididos por estos principios, pronunciarse o decidir sobre aquellas pretensiones que no fueron ejercitadas por las partes, al ser éstas las que en su calidad de verdaderos «domini litis» conforman el objeto del debate o thema decidendi y el alcance del pronunciamiento judicial. Este deberá adecuarse a lo que fue objeto del proceso, delimitado, a tales efectos por los sujetos del mismo (partes) por lo pedido (petitum) y por los hechos o la realidad histórica que sirve como razón o causa de pedir (causa petendi) todo lo cual no comporta que el juez deba quedar vinculado rígidamente al tenor literal de los concretos pedimentos articulados por las partes en sus respectivos escritos forenses o a los razonamientos o alegaciones jurídicas esgrimidas en su apoyo. Por un lado, el principio «iura novit curia» permite al juez fundar el fallo en los preceptos legales o normas jurídicas que son de pertinente aplicación al caso, aunque no hallan sido invocados por la esencia de lo pedido y discutido en el pleito, y no por la literalidad de las concretas pretensiones ejercitadas, tal y como hayan sido formalmente solicitadas por los litigantes, de forma que no existirá la incongruencia extra petitum cuando el juez o tribunal decida o se pronuncie sobre una pretensión que, aunque no fue formal o expresamente ejercitada, estaba implícita o era consecuencia necesaria o inescindible de los pedimentos articulados o de la cuestión principal debatida en el proceso.

Desde la perspectiva constitucional el T.C. ha venido declarando reiteradamente que para que la incongruencia por exceso adquiere relevancia constitucional y puede ser constitutiva de una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 C.E., se requiere que la desviación o el desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes hayan formulado sus pretensiones, por conceder más de lo pedido (ultra petitum) o algo distinto de lo pedido (extra petitum) «suponga una modificación sustancial del objeto procesal, con la consiguiente indefensión y sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio, produciéndose un fallo extraño a las respectivas pretensiones de las partes» (s T.C. 20/1982) de forma que la decisión judicial se haya pronunciado sobre temas o materias no debatidas oportunamente en el proceso y respecto de los cuales, por consiguiente, las partes no tuvieron oportunidad de ejercitar adecuadamente su derecho de defensa, formulando o

exponiendo las alegaciones y argumentos que tuvieron por conveniente en apoyo de sus respectivas posiciones procesales (ss 86/1986, 29/1987, 156/1988, 365/1993, 172/1994, 91/1995, 191/1995 y 60/1996).

**Segundo.** Pues bien la parte actora D.<sup>a</sup> Pilar López solicitó esa cantidad de 40.000 ptas. bajo el concepto genérico de cargas del matrimonio. La sentencia de instancia concede esa cantidad precisando que es en concepto de alimentos para los dos hijos aún dependientes, precisión correcta por cuanto si bien en sede de medidas provisionales cualquier prestación económica a cargo de uno u otro cónyuge ha de englobarse necesariamente bajo el concepto de cargas de matrimonio al que se refiere el apartado 3 del art. 103 c c y párrafo 1 art. 1362 («serán de cargo de la sociedad de gananciales los gastos que se originen como consecuencia del sostenimiento de la familia, la alimentación y la educación de los hijos comunes y las atenciones de previsión acomodadas a los usos y circunstancias de la familia») ya sea su destino satisfacer las necesidades alimenticias de los hijos, ya del otro consorte o tenga la atribución pecuniaria otra finalidad, no es viable, sin embargo, el mantenimiento de tal generalización en la litis principal, en cuanto el art. 93 exige que las prestaciones a favor de la prole sean concedidas bajo la concepción técnica de alimentos, mientras que las destinadas a la esposa han de encontrar su cobijo legal en el art. 97 bajo la denominación de pensión compensatoria. Y si bien es cierto que el art. 91 sigue hablando de cargas del matrimonio es evidente que, por el imprescindible desglose de los anteriores conceptos, el contenido de las mismas no puede tener el alcance generalizador que ostenta en fase de medidas provisionales, comprendiéndose por ello, con carácter residual, aquellos gastos del núcleo familiar que no se encuentran incluidos en el concepto de alimentos y pensión compensatoria, en este sentido s. TS 2 Dic. 1987, abarcando gastos de muy distinta índole como obligaciones que contraídas durante el matrimonio frente a terceros, han de seguir siendo afrontados, no obstante la ruptura de la unión matrimonial, como préstamos personales o hipotecarios, gastos comunidad vivienda etc. .

Pronunciamiento éste que no puede considerarse incongruente. En efecto el TC s. 120.84 al contemplar un presupuesto fáctico consistente en un proceso de divorcio instado por el marido y pretendida indefensión derivada del establecimiento por los órganos judiciales de una pensión a favor de la esposa e hijas, medidas éstas que al no haber sido solicitadas por la esposa mediante reconvencción, sino simplemente alegadas al oponerse y contestar a la demanda, no pudo el marido, en forma satisfactoria contradecir, ni alegar cuanto conviniera a su derecho, sentó la doctrina, refrendada por auto posterior de 28 Ene. 1907, de no estimar incongruencia ni indefensión algunas y ello porque «en todo proceso matrimonial se dan elementos no dispositivos, sino de ius cogens, precisamente por derivar y ser instrumento al servicio del derecho de familia. No se puede transitar por él y ampararse en sus peculiaridades para olvidarse de ellas a la hora de los efectos que pongan fin a la relación conyugal apelando, entonces, a los principios dispositivo y rogatorio del proceso civil español:

Esta doctrina, cuya corrección es evidente pues la incongruencia no existe cuando el pronunciamiento judicial versa sobre puntos y materias que de acuerdo con la ley el órgano judicial está facultado para introducir de oficio, esto es, sin necesidad de sujetarse rígidamente al principio rogatorio y sus derechos regulados en los arts. 90 a 93 y 97, 98 c c son conjuntos y simultáneos a la declaración judicial de separación o disolución del vínculo, es igualmente recogida por el TS s. 2 Dic. 1987 que mantiene que en el proceso matrimonial conviven elementos dispositivos con otros de «ius cogens» derivados de la especial naturaleza del derecho de familia, pudiendo el órgano jurisdiccional no sujetarse a lo pedido en los aspectos que afecten a los descendientes menores de edad. Por lo que hay que concluir que para fijar la pensión de alimentos a favor de los hijos, al Juez no le vincula lo pedido por las partes, en base a lo cual no puede tacharse de incongruente el pronunciamiento de la sentencia que ante la genérica petición de 40.000 ptas. para cargas familiares, sin exceder de dicha cantidad la individualiza como pensión alimenticia a favor de los hijos que aún dependen y viven con la madre.

**Tercero.** En contenido del segundo motivo del recurso interpuesto por D. Antonio Centeno que solicita la eliminación de la pensión compensatoria fijada a favor de la esposa por no ser procedente su adopción ante la ausencia de los supuestos fácticos y requisitos jurídicos exigidos en el art. 97 c c dado que no se ha producido ningún desequilibrio económico a la esposa, después de casi 10 años de separación de hecho y de estar independizada económicamente, debe ser analizado conjuntamente con el

recurso interpuesto por D.<sup>a</sup> Pilar L. S. en cuanto postula la elevación de la pensión concedida 25.000 ptas. mensuales a la pedida en la demanda, 60.000 ptas. Ello obliga a efectuar una serie de precisiones en relación a la referida pensión compensatoria, introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 30/1981 de 7 Jul. con el antecedente del art. 28 de la Ley de Divorcio de 1.932, siguiendo el modelo italiano del art. 5º de la Ley 1 Dic. 1970 «asegno per divorcio», y el francés de «les prestations compensatoires», de la Ley 7 Jul. 1975, arts. 210 y s. del Code Civil:

-- En primer lugar en relación a su naturaleza jurídica. Varias son las posturas doctrinales, un primer sector le concede un carácter compensatorio tratándose con ella de evitar que, una vez roto el matrimonio, el cónyuge en peores condiciones económicas note tal ruptura por descender en su jerarquización el nivel de vida en relación con el otro. Una segunda postura mantiene que su carácter es indemnizatorio, como un resarcimiento para cubrir un desequilibrio. Y finalmente una tercera que sostiene que es una figura híbrida que no participa con exclusividad de un carácter concreto. Esta postura, la más acertada, considera como punto de arranque el desequilibrio, según dispone el párrafo primero del art. 97 del C.Civil, es decir, que en principio su naturaleza sería compensatoria, ya que el desequilibrio económico es «condictio iuris» para su nacimiento, sin embargo se debe armonizar dicho párrafo primero con las demás circunstancias que enumera el precepto, de forma que éstas no solo pugnen para graduar la pensión sino que incluso puedan eliminarla, si se observa que no obstante el desequilibrio económico, el cónyuge en esta situación no ha sufrido ningún perjuicio con la separación que deba ser resarcido en aras de la justicia y equidad. Es decir, que la naturaleza compensatoria o indemnizatoria no son caracteres excluyentes sino complementarios, pues para la viabilidad de la pensión que analizamos, será preciso, en primer término, una descompensación entre los cónyuges a causa de la separación, y, en segundo lugar, que el cónyuge en peor situación tenga derecho a su resarcimiento por el juego de las circunstancias que enumera el art. 97.

-- En segundo término, la doctrina está de acuerdo en excluir el carácter alimenticio de la pensión compensatoria, pese a la referencia a «la alteración sustancial en la fortuna de cualquiera de los cónyuges» del art. 100 y a la causa de extinción del derecho a percibir pensión por contraer nuevo matrimonio o hacer vida matrimonial con otra persona que regula el art. 101.

-- La pensión compensatoria y la pensión por alimentos son dos instituciones de naturaleza jurídica diferente determinada por la propia regulación legal (Título IV y VI del libro I del Código Civil), por el debate parlamentario de la Ley 30/1981 y por la interpretación jurisprudencial (s. 2 Dic. 1997), teniendo su origen la primera, no en la situación de necesidad del cónyuge peticionario, sino --como ya hemos indicado-- en la constatación de un efectivo desequilibrio económico generado por la ruptura del vínculo matrimonial. El derecho a percibirla nace en la fecha de la sentencia, que es constitutiva del derecho a percibirla, no siendo derecho necesario sino dispositivo, y perteneciente, por tanto, al orden de la autonomía de la voluntad.

-- Por último destacar que como el art. 97 si bien no prevé una limitación temporal, no lo es menos que ni lo excluye, ni el tenor literal de los arts. 99 a 101 debe desprenderse su imposibilidad por cuanto tanto la doctrina como la Jurisprudencia de los últimos años (A.P. Oviedo 19 Dic. 1991 y 13 Feb. 1992, A.P. Madrid 19 Jun. 1992 y 5 Jul. 1991) defienden que puede fijarse una pensión compensatoria de carácter temporal, bien en el convenio o por el Juez de instancia, cuando ello resulte oportuno, para que la función equilibradora que persigue el art. 97 pueda cumplirse de forma más eficaz, dado que la pensión compensatoria no constituye por antonomasia un derecho absoluto ni vitalicio, sino un derecho relativo, circunstancial, por cuanto su legítima finalidad, no puede ser otra que la de colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad.

En este sentido esta misma Audiencia (ss. 5.7 y 30 Nov. 1995) ha señalado que los derechos a la libertad, autonomía, dignidad., igualdad y capacidad del individuo conllevan que la pensión compensatoria sea entendida, no como una renta o pensión vitalicia derivada del matrimonio, sino como un derecho relativo, circunstancial, condicional y limitado en el tiempo, salvo casos excepcionales, concepción ésta que parte de la idea de que, roto el vínculo matrimonial, ambos cónyuges deben de procurarse dentro de sus respectivas posibilidades y atendidas sus concretas circunstancias, un medio autónomo de subsistencia.

**Cuarto.** Aplicando las precedentes consideraciones al caso enjuiciado la sentencia de instancia, apartado 4 fundamento de derecho 2º analiza de forma detallada como la posición económica del marido es en el momento actual más sólida que la de la esposa y como pese a esa separación de facto de varios años, esta no se ha independizado económicamente de aquél quien, de forma voluntaria pero regular ha venido contribuyendo al sustento de la familia (ver posición 4ª D. Pilar, posición 8ª D. Antonio), ello implica la concurrencia inicial de los requisitos mencionados del art. 97 cc pero no obstante teniendo en cuenta que la esposa también tiene ingresos no cuantificados y especialmente la edad del marido, próximo a jubilarse con la subsiguiente pérdida de la vivienda, la cuantía de la pensión fijada en la sentencia debe ser mantenida.

**Quinto.** Desestimándose ambos recursos la Sala estima no procedente hacer una especial imposición de costas. Art. 896.

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

### Fallamos

Que desestimando el recurso interpuesto por los procuradores Sres. MEDINA LAGUNA Y CAÑETE LEIVA en los nombres y representaciones que ostentan contra la sentencia dictada por el Magistrado Juez de 1ª instancia núm. 3 de CORDOBA en los autos de juicio SEPARACION núm. 86/99 debemos confirmar y confirmamos meritada sentencia, sin expresa condena en costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a su debido tiempo remítanse, junto con los autos originales, certificación de esta sentencia, al juzgado referido, para su conocimiento y cumplimiento, interesándole acuse recibo.

Así por esta nuestra sentencia de la que se unirá certificación al rollo, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

Lo inserto concuerda bien y fielmente con su original a que me remito. Y para que conste se expide el presente en Córdoba a de de 1999