

## Audiencia Provincial de Murcia, Sección 5ª, Sentencia de 26 Oct. 2010, rec. 302/2010

Ponente: Larrosa Amante, Miguel Angel.

Nº de Sentencia: 317/2010

Nº de Recurso: 302/2010

Jurisdicción: CIVIL

DIVORCIO. Medidas relativas a hijos. ALIMENTOS. Legitimación activa de la madre para solicitar la pensión de alimentos de hijo mayor de edad, cuando éste convive con su progenitora y no es independiente económicamente. Interés del cónyuge con quien conviven los hijos mayores de edad necesitados de alimentos a que, en la sentencia que pone fin al proceso matrimonial, se establezca la contribución del otro progenitor a la satisfacción de esas necesidades alimenticias de los hijos, siempre que concurren los requisitos de pendencia pecuniaria y convivencia. Falta de prueba de la independencia económica del hijo, entendida no como una mera capacidad subjetiva de ejercer profesión u oficio, sino como una posibilidad real y concreta en relación con las circunstancias concurrentes. El beneficiario de los alimentos se encuentra cursando estudios universitarios, desarrollando de manera esporádica trabajos de carácter puramente temporal que no le permiten alcanzar la independencia económica exigida. El derecho a percibir una beca no incide en la obligación de prestar alimentos, pues ésta sólo cubre los gastos educativos, pero no el resto de gastos incluidos dentro del concepto amplio de alimentos. Atribución del uso de la vivienda familiar. Prueba de las mayores necesidades de los hijos y de la esposa para ocupar el domicilio familiar, sin que el hecho de que ésta abandonase el domicilio familiar tras la ruptura de la convivencia conyugal suponga un acto propio. NULIDAD DE ACTUACIONES. Denegación de suspensión de la vista del juicio. Inexistencia de vulneración de normas procesales, ni indefensión para la parte, al estar debidamente representado y defendido en el acto del juicio.

Normativa aplicada

## TEXTO

En la ciudad de Cartagena, a 26 de octubre de 2010

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

CARTAGENA

[SENTENCIA: 00317/2010](#)

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MURCIA

SECCION QUINTA (CARTAGENA)

ROLLO DE APELACION Nº 302/10

JUICIO DIVORCIO CONTENCIOSO Nº 601/08

JUZGADO DE 1ª. INSTANCIA Nº 2 DE SAN JAVIER

SENTENCIA NUM. 317/10

Ilmos. Sres.

D. José Manuel Nicolás Manzanares

Presidente

D. Miguel Ángel Larrosa Amante

D. José Joaquín Hervás Ortiz

Magistrados

La Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Murcia, con sede en Cartagena, integrada por los Ilmos. Sres. expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos de Juicio de Divorcio contencioso nº 601/08 -Rollo nº 302/10-, que en primera instancia se han seguido en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de San Javier, entre las partes: como actor D. Balbino , representado por el/la Procurador/a D. Francisco Rubio García y dirigido por el Letrado D. Carlos Garre García, y como demandado Dña. Africa , representado por el/la Procurador/a Dª Alicia Ros Hernández y dirigido por el Letrado D. Juan García García. En esta alzada actúa como apelante D. Balbino y como apelado Dña. Africa . Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Don Miguel Ángel Larrosa Amante, que expresa la convicción del Tribunal.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero:** Por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de San Javier en los referidos autos, tramitados con el nº 601/08, se dictó sentencia con fecha 1 de septiembre de 2009 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que estimando parcialmente la demanda presentada por el Procurador Sr. Rubio García en nombre y representación de D. Balbino contra Dña. Africa , y por la Procuradora Sra. Ros Hernández en nombre y representación de de esta última contra D. Balbino , debo declarar y declaro el divorcio de los cónyuges D. Balbino y Dña. Africa . Y debo de acordar y acuerdo las siguientes medidas definitivas que constan en los fundamentos de derecho anteriores, que consisten en:

1º.- En concepto de alimentos para el hijo Franco , D. Balbino abonará a Doña Africa , por meses anticipadas y dentro del os cinco primeros días de cada mes, la cantidad de 200 euros; esta cantidad será actualizada anualmente según el índice que establezca el Instituto Nacional de Estadística.

2º.- No ha lugar a la concesión de la pensión de alimentos instada por Dña. Africa para sus hijos Norberto y Jose Francisco .

3º.- Se atribuye el uso y disfrute de la vivienda familiar a la esposa y los hijos, sito en la C/ DIRECCION000 nº NUM000 de Los Alcázares, debiendo D. Balbino abandonar dicho domicilio en el plazo de quince días desde la notificación de la presente resolución".

**Segundo:** Contra dicha sentencia, se preparó recurso de apelación por D. Balbino que, una vez admitido a trámite, interpuso en tiempo y forma, exponiendo por escrito y dentro del plazo que al efecto le fue conferido, la argumentación que le sirve de sustento. Del escrito de interposición del recurso se dio traslado a Dña. Africa , emplazándolas por diez días para que presentaran escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que les resultara desfavorable, dentro de cuyo término, presentaron escrito de oposición al recurso. Seguidamente, previo emplazamiento de las partes por término de treinta días, fueron remitidos los autos a este Tribunal, donde se formó el correspondiente rollo de apelación, con el nº 302/10, que ha quedado para sentencia sin celebración de vista, tras señalarse para el día 26 de octubre de 2010 su votación y fallo.

**Tercero:** En la tramitación de esta instancia se han observado las prescripciones legales.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero:** Como primer motivo de apelación se denuncia la existencia de infracción de normas y garantías procesales que ha

generado indefensión al apelante, pues le fue imposible asistir al juicio por estar enfermo en la fecha señalada y a pesar de comunicarlo expresamente al juzgado y aportar el justificante médico preceptivo por la juzgadora a quo no se acordó la suspensión del juicio en el que no pudo intervenir el apelante con infracción de su derecho de defensa; por ello solicita la nulidad de las actuaciones hasta el mismo momento del inicio del juicio para que pueda repetirse el mismo con la asistencia del apelante así como del testigo propuesto y que tampoco compareció al juicio señalado.

Por la parte apelada, en relación a este concreto motivo destaca el comportamiento desleal y torticero del apelante y su finalidad principal de prolongar artificialmente el proceso, sin que concurra causa alguna de nulidad de actuaciones, dado que la ausencia en el juicio no generó indefensión alguna para el apelante y era innecesaria la prueba testifical pretendida pues nada aportaba sobre el objeto del proceso.

Este primer motivo debe ser desestimado por no existir ningún tipo de vulneración de normas procesales en la actuación del juzgador a quo y mucho menos se ha generado indefensión para el apelante, siendo significativo que en el recurso, aparte de las alegaciones genéricas de indefensión que se plantean, no se haya especificado en modo alguno en qué ha consistido la alegada indefensión ni cómo ha incidido la misma en el resultado del pleito. Lo primero que es preciso destacar es que no puede haber infracción de normas procesales cuando no concurre causa de suspensión alguna que amparase la petición formulada por escrito y verbalmente al inicio de la vista. En tal sentido el artículo 188.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil regula como causas de suspensión de la vista, en su apartado 4º la imposibilidad absoluta de cualquiera de las partes citadas para ser interrogadas en el juicio o vista, siendo ésta la única base jurídica sobre la cual solicitar la suspensión tanto por la ausencia del propio apelante como del testigo propuesto por dicha parte, siendo evidente que no se daban las circunstancias previstas en la normativa procesal para justificar tal suspensión. Por lo que respecta al testigo, el mismo no comparece ni explica la causa de no comparecencia en las actuaciones, por lo que su simple ausencia no puede justificar ninguna suspensión de la vista. Por lo que respecta al propio apelante, por la parte contraria no se solicitó su interrogatorio, por lo que ninguna intervención hubiera tenido en el juicio oral celebrado.

Lo segundo que debe ser destacado es que el apelante estuvo en todo momento debidamente representado y defendido en el acto del juicio celebrado por lo que no sufrió indefensión alguna. Aun cuando se aceptase que pudiera existir causa de suspensión, lo que tajantemente se rechaza, en modo alguno se hubiera producido la indefensión a la que se condiciona en el artículo 238.3 LOPJ y en el artículo 225.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la declaración de nulidad de actuaciones procesales. En tal sentido, como ya se señaló, ninguna intervención en juicio tendría el apelante dado que no se solicitó su interrogatorio por la contraparte, única parte que podía solicitarlo, lo que implica que su participación en el juicio quedaría limitada a la de mero oyente. Además de lo anterior la presencia del Procurador designado por el apelante cubre la necesidad de asistencia a juicio de la parte en casos como el presente en el que no se solicita interrogatorio alguno, y por otro lado el letrado designado actuó en juicio, proponiendo la prueba que interesó al derecho de su cliente y participando activamente en todas las pruebas practicadas y realizó las alegaciones que consideró oportunas en defensa de su cliente, tal como se aprecia tanto en el acta como en DVD del juicio. En definitiva el apelante estuvo legalmente presente en juicio a través de su procurador y su derecho de defensa y contradicción estuvo igualmente debidamente ejercitado a través de su letrado, por lo que mal puede hablarse de vulneración de normas procesales y mucho menos de indefensión, por lo que procede desestimar este primer motivo de apelación.

**Segundo:** Como segundo motivo de apelación se impugna la cantidad de 200 euros fijados como pensión de alimentos a favor del hijo mayor de edad Franco . Se insiste por el apelante en la falta de legitimación activa de la madre para solicitar la pensión de alimentos de un hijo mayor de edad, así como en la independencia económica y el desarrollo de sus estudios a través de una beca y el empleo remunerado que dicho hijo lleva a cabo.

Por la apelada se opone a este motivo al entender que no existe duda sobre la legitimación activa de la madre que convive con los hijos mayores de edad, así como que debe mantenerse la pensión dado que no ha terminado todavía los estudios y los

trabajos que pueda realizar son puramente esporádicos.

Comenzando por la falta de legitimación activa alegada por la parte demandada, no se termina de entender porqué se sigue insistiendo en una cuestión que está pacíficamente resuelta tanto por la jurisprudencia del Tribunal Supremo como por las resoluciones dictadas por esta Audiencia Provincial. La sentencia de instancia lleva a cabo un examen pormenorizado y acertado de dicha doctrina, debiéndonos remitir a la misma con el fin de evitar reiteraciones, haciendo nuestra dicha fundamentación e incorporándola a la presente resolución. Ahora bien, a los efectos de responder de nuevo a la cuestión ya planteada, debe de reafirmarse la legitimación de los progenitores que convivan con los hijos mayores de edad no independientes económicamente para poder solicitar la pensión de alimentos a favor de éstos en un proceso de familia. El Tribunal Supremo ha sido muy claro al respecto desde la STS de 24 de abril de 2000 , citada en la sentencia apelada, cuando establece: "Del art. 93.2 del Código Civil emerge un indudable interés del cónyuge con quien conviven los hijos mayores de edad necesitados de alimentos a que, en la sentencia que pone fin al proceso matrimonial, se establezca la contribución del otro progenitor a la satisfacción de esas necesidades alimenticias de los hijos. Por consecuencia de la ruptura matrimonial el núcleo familiar se escinde, surgiendo una o dos familias monoparentales compuestas por cada progenitor y los hijos que con él quedan conviviendo, sean o no mayores de edad; en esas familias monoparentales, las funciones de dirección y organización de la vida familiar en todos sus aspectos corresponde al progenitor, que si ha de contribuir a satisfacer los alimentos de los hijos mayores de edad que con él conviven, tiene un interés legítimo, jurídicamente digno de protección, a demandar del otro progenitor su contribución a esos alimentos de los hijos mayores. No puede olvidarse que la posibilidad que establece el art. 93, párrafo 2 del Código Civil de adoptar en la sentencia que recaiga en estos procedimientos matrimoniales, medidas atinentes a los alimentos de los hijos mayores de edad se fundamenta, no en el indudable derecho de esos hijos a exigidos de sus padres, sino en la situación de convivencia en que se hallan respecto a uno de los progenitores, convivencia que no puede entenderse como el simple hecho de morar en la misma vivienda, sino que se trata de una convivencia familiar en el más estricto sentido del término con lo que la misma comporta entre las personas que la integran". Por tanto de esta sentencia se pueden establecer claramente cuales son las condiciones precisas para la legitimación de uno de los progenitores para reclamar pensión de alimentos de un hijo mayor de edad: a) solicitud en un proceso de separación o divorcio; b) convivencia del hijo mayor de edad con el solicitante en el mismo domicilio; y c) falta de independencia económica del hijo mayor de edad. Aunque no ha existido una sentencia posterior del Tribunal Supremo lo cierto es que en aquellos casos en los que se ha denegado la legitimación a un progenitor para reclamar la pensión por alimentos de un hijo mayor de edad lo han sido por la falta de convivencia o por solicitarse en un procedimiento inadecuado (SSTS de 6 de junio de 2003 ó 28 de noviembre de 2007). La Audiencia Provincial de Murcia ha seguido este mismo criterio jurisprudencial y así lo ha establecido la SAP Murcia (1ª) de 6 de febrero de 2006 , al señalar que: "...Como ya sentó esta misma Sala en sentencia 56/03, de 2 de junio , de conformidad con el párrafo segundo del artículo 93 del Código Civil , condición indispensable para que un progenitor pueda reclamar del otro alimentos para un hijo mayor de edad que no ha adquirido independencia económica es que resida en el domicilio familiar, debiendo concurrir ambas circunstancias: dependencia pecuniaria y convivencia. La teleología de la norma no es otra que evitar el desamparo de los hijos mayores de edad que viven bajo la guarda y protección de sus padres, y cuya situación, sino jurídicamente, sí de hecho, es asimilable en su necesidad de protección a los menores de edad, logrando en un mismo proceso resolver todas las cuestiones derivadas del conflicto matrimonial. Por ello, porque tal objetivo se cumple, el requisito de la permanencia en el domicilio familiar de los hijos es compatible con la salida temporal de éste por razones de estudio, en que subsiste la dependencia y en que concurre una causa cabal y necesaria que justifica la marcha del domicilio, no perdiendo en estos casos el progenitor titular del crédito alimenticio la legitimación que le otorga el mentado precepto para exigir del obligado su puntual cumplimiento"; por su parte esta misma sección lo tiene igualmente reiterado en sus resoluciones, pudiéndose citar a título de ejemplo la SAP Murcia (5ª) de 12 de marzo de 2004 en la que se señalaba que: "La esposa puede reclamar alimentos para los hijos que con ella convivan aunque estos hayan cumplido la mayoría de edad, sin necesidad de que se cumpla cualquier otro requisito, careciendo de legitimidad únicamente en el caso de ausencia de convivencia o por oposición expresa del hijo acreedor, debiéndose de presumir el consentimiento tácito de éste por

la mera convivencia". A la vista de estas resoluciones constantes, no cabe duda alguna que procede la aceptación de la legitimación de la madre para reclamar una pensión de alimentos a favor del hijo mayor de edad que convive con ella.

Por lo que respecta a la segunda cuestión planteada, relativa a la independencia económica del hijo, la misma debe ser rechazada por los mismos argumentos dados por la sentencia apelada que analiza y razona la inexistencia de tal independencia en Franco , a diferencia de sus otros dos hermanos. El derecho de alimentos entre parientes, entre los que se encuentran los hijos, bien sean mayores o menores de edad, descansa en principios de solidaridad familiar, alcanzando inclusive rango constitucional en lo concerniente a los hijos, según el artículo 39.2 y 3 CE , que sin embargo viene a distinguir entre la asistencia debida a los hijos durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. Concretamente en cuanto a los hijos mayores de edad, los artículos 142 y siguientes del Código Civil , configuran el derecho a los alimentos a favor de los mismos como una obligación legal que se impone a personas determinadas, como consecuencia de la vinculación con el beneficiario por vínculos de parentesco o estado, y que en sus límites obligacionales se concreta así mismo legalmente a lo indispensable para el sustento, habitación, asistencia médica, vestido y educación, derecho que subsiste en los hijos, aun después de la mayoría de edad, si permanece la situación de necesidad por causa que no sea imputable al alimentado, circunscribiendo la institución la obligación de prestar los citados alimentos, a los sujetos que se encuentran dentro del círculo familiar, cual se previene en el artículo 143 del Código Civil , y cesará la obligación cuando el hijo no conviva en casa o tenga recursos propios, conforme señala el número 3 del artículo 152 del Código Civil . entendidos, no como una mera capacidad subjetiva de ejercer profesión u oficio, sino como una posibilidad real y concreta en relación con las circunstancias concurrentes, debiendo emplear el hijo la debida diligencia en la búsqueda de un trabajo, so pena de perder el derecho, salvo que no haya aún terminado su formación académica por causa que no le sea imputable. De las pruebas practicadas se ha acreditado que Franco todavía se encuentra desarrollando sus estudios universitarios y que no desarrolla nada más que esporádicos trabajos de carácter puramente temporal que no le permiten alcanzar la independencia económica exigida para el cese de la obligación de alimentos para los padres respecto de sus hijos, estando en una situación normal para su edad y condición de estudiante. El hecho de tener una beca tampoco implica independencia, pues la misma únicamente cubrirá los gastos educativos (desplazamiento de Los Alcázares a la facultad, matrícula, libros, etc.) pero no servirá para atender a otros gastos incluidos dentro del concepto de alimentos como son los de vestido, alimento y habitación. Procede en consecuencia desestimarse el segundo motivo de apelación y confirmar la pensión de alimentos a favor de Franco .

**Tercero:** El último motivo de apelación radica en la atribución realizada en la sentencia apelada del uso de la vivienda familiar a la esposa y a los hijos mayores de edad. Considera el apelante que dicha decisión debe revocarse dado que fue la esposa la que abandonó voluntariamente la vivienda familiar, al igual que los tres hijos, sin que nadie pueda ir contra sus propios actos.

Por la apelada se opone a este motivo argumentando que ésta es la razón esencial del procedimiento, estando debidamente justificadas las mayores necesidades de los hijos y de la esposa para ocupar el domicilio familiar dada la situación actual de precariedad en la que viven; niega que hubiese abandono voluntario del domicilio y entiende que el esposo tiene una mayor disponibilidad económica para poder ocupar otra vivienda.

Este último motivo debe ser igualmente desestimado y confirmado por ello la sentencia apelada en su integridad. Lo primero que llama la atención es el hecho de que no se discuta en el mismo en modo alguno la situación de mayor necesidad de la esposa y los hijos, fundamento de la resolución contenida en la sentencia apelada, sino que se centre toda la impugnación en quién abandonó el domicilio familiar y la teoría de los actos propios. Ciertamente, en base a esta argumentación no cabe otra solución que la confirmación de la resolución recurrida pues no se da un solo argumento en contra de la motivación seguida en la sentencia de instancia para la consideración del interés más necesitado de protección que se configura en el artículo 96 del Código Civil como el elemento básico de decisión sobre la atribución del uso de la vivienda familiar. En toda separación matrimonial uno de los cónyuges debe de abandonar el domicilio familiar pues la ruptura de la convivencia conyugal así lo impone. Si dicho abandono es

voluntario o impuesto por el otro cónyuges es una cuestión totalmente indiferente a los efectos de determinar el interés más necesitado de protección para el uso de la vivienda familiar, pues el cónyuge que continúa en el uso de la misma durante la tramitación del proceso de separación no adquiere derecho alguno sobre la misma, debiendo ser una de las cuestiones a consensuar por los cónyuges o en su defecto a resolver judicialmente, al adoptar las medidas que deben regir el matrimonio disuelto. Por ello, aunque se aceptase el abandono voluntario de la esposa, como se sostiene por el recurrente, nunca iría contra la doctrina de los actos propios la solicitud en el proceso de divorcio correspondiente de la atribución del uso de la vivienda familiar. Ante la falta de otros argumentos es evidente que la resolución de instancia es ajustada a derecho al analizar la prueba practicada y entender que la situación de la esposa y los tres hijos que todavía conviven con ella está más necesitada de protección que la del apelante, debiéndonos remitir a lo ya dicho en la sentencia apelada sobre este extremo con el fin de no incurrir en repeticiones innecesarias.

**Cuarto:** Siguiendo el criterio habitual de esta sección en materia de procesos de familia, no procede la condena al pago de las costas de esta alzada a ninguna de las partes, a pesar de la desestimación íntegra del recurso de apelación.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

#### FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por D. Balbino , contra la sentencia dictada en fecha 1 de septiembre de 2009 por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de San Javier , en los autos de Juicio nº 601/08, debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS íntegramente la citada resolución, y todo ello sin expresa condena al pago de las costas de esta alzada.

Notifíquese esta sentencia conforme a lo establecido en el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , haciéndose saber que esta sentencia, en principio, es firme y contra la misma no cabe recurso alguno y, en su momento, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, de los que se servirá acusar recibo, acompañados de certificación literal de la presente resolución a los oportunos efectos de ejecución de lo acordado, uniéndose otro al rollo de apelación.

No obstante lo anterior, al tratarse de un juicio verbal por razón de la materia, contra dicha sentencia podría interponerse recurso de casación en el caso de que el asunto presente interés casacional en los términos del artículo 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artículo 479.4 del mismo texto procesal, en cuyo caso deberá de interponerse el mismo, previo depósito en la cuenta de consignaciones de este Juzgado de la cantidad de 50 €, en el plazo de cinco días siguientes a la notificación de la presente resolución mediante su consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sala, debiendo acreditar el pago de dicho depósito con el escrito preparando el recurso de casación, de conformidad con lo previsto en la Disposición Adicional 15ª apartados 1, 3 y 6 añadida a la Ley Orgánica del Poder Judicial por la LO 1/2009.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.