



Roj: **SAP CA 3427/2001 - ECLI:ES:APCA:2001:3427**

Id Cendoj: **11012370012001100377**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Cádiz**

Sección: **1**

Fecha: **21/12/2001**

Nº de Recurso: **176/2001**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FERNANDO FRANCISCO RODRIGUEZ DE SANABRIA MESA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CADIZ

SECCION PRIMERA

SENTENCIA

Ilustrísimos Señores

PRESIDENTE

Doña Rosa Fernández Núñez

MAGISTRADOS

Don Fernando Fco Rodríguez de Sanabria Mesa

Don Pedro M. Rodríguez Rosales

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA

San Fernando núm. Uno

Modificación de medidas 318/00

ROLLO DE SALA 176/01

En Cádiz, a veintiuno de diciembre del dos mil uno

La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Cádiz, integrada por los Ilmos. Srs del margen, ha visto el Rollo de Apelación de la referencia, formado para ver y fallar la formulada contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de San Fernando núm. Uno y en el Juicio sobre modificación de medidas acordadas en procedimiento matrimonial seguido en el mismo bajo el número 318/00.

En concepto de apelante, ha comparecido la Procurador Sra. Sánchez Ferrer, en nombre y representación de D. Luis Miguel , haciéndolo bajo la dirección jurídica del Letrado Sr. Fernández Portillo; así como Dña. Marcelina , representado por el procurador Sr. Hortelano Castro y asistida por el letrado Sr. Roca Suárez

Como apelado lo fueron Dña. Alejandra , Dña. Penélope y Dña. Susana las cuales no comparecieron en esta alzada.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don Fernando Fco Rodríguez de Sanabria Mesa, conforme al turno establecido.

I.- ANTECEDENTES

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia San Fernando núm. Uno se dictó con fecha 21 de mayo de 2.001 Sentencia en los autos de juicio de modificación de medidas adoptadas en procedimiento matrimonial cuyo Fallo es del siguiente tenor literal:



"Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la procuradora Sra. Pizarro en nombre y representación de D. Luis Miguel , debo declarar y declaro sin efecto las pensiones de alimentos acordadas en ejecución de sentencia de divorcio de 19/12/90 procedimiento 124190 de este Juzgado, en favor de las hijas del actor Dña. Marcelina , Dña. Susana y Dña. Penélope .

Desestimo la pretensión de dejar sin efecto la adjudicación del domicilio conyugal a Dña. Alejandra .

No procede pronunciamiento especial sobre costas. "

Notificada dicha resolución, se interpuso contra la misma recurso de apelación por la representación de D. Luis Miguel y de Dña. Marcelina , impugnándose respectivamente los recursos interpuestos, Verificado los traslados preceptivos se remitieron a esta Audiencia Provincial los autos.

SEGUNDO.- Recibidos los mismos se formó el oportuno rollo y tras la tramitación legal, admitida la prueba propuesta por el apelante Sr. Luis Miguel , se señaló la correspondiente vista, celebrándose en el día y hora señalado al efecto con la asistencia de las partes.

TERCERO.- Cumplido lo anterior, y reunida la Sala al efecto, quedó votada la Sentencia acordándose el Fallo que se expresará.

II.- FUNDAMENTOS JURIDICOS.

PRIMERO.- Se instó en su día por la representación del Sr. Luis Miguel un procedimiento de modificación de medidas acordadas en un procedimiento matrimonial, que se concretaban en la supresión de los alimentos establecidos a favor de sus tres hijas mayores de edad, así como que se le atribuya el uso y disfrute de la que fue vivienda conyugal.

El Juzgador a quo dictó sentencia estimando parcialmente la demanda, extinguiendo la obligación de contribuir económicamente, en concepto de alimentos para los hijos, toda vez que Susana había contraído matrimonio el 20 de mayo de 2000; Penélope no convivía en el domicilio familiar estando trabajando, y por tanto con una independencia económica; y respecto de Marcelina , de 23 años de edad, por considerar que la misma si bien está desempleada, no ha efectuado actividad alguna tendente a perfeccionar su formación o intento de acceder a un empleo

SEGUNDO.- El recurso interpuesto por Dña. Marcelina se limita a impugnar el pronunciamiento del Juzgador a quo mediante el cual suprime los alimentos que el Sr. Luis Miguel debía abonar a la Sra. Alejandra para sus hijos, y más concretamente los referidos a la recurrente.

Como cuestión previa ha de tenerse en cuenta que la reforma operada en el artículo 93 del Código Civil por Ley 11/1990, de 15 de octubre, introduciendo un segundo párrafo con del siguiente tenor literal: si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el juez, en la resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y ss de este Código, no pretendía más que solventar los problemas que se planteaban en orden a determinar si el simple hecho de alcanzar la mayoría de edad los hijos habidos en el matrimonio era o no causa de extinción de los alimentos para ellos fijados con cargo a uno u otro cónyuge o no, supuso la creación de graves discrepancias doctrinales y jurisprudenciales en la práctica diaria; problemas que se concretaban especialmente en el momento de determinar la legitimación para efectuar este tipo de reclamaciones surgiendo dos posiciones contradictorias:

a) Una tendencia jurisprudencial han mantenido el criterio de que en estos supuestos no se encuentra legitimado el progenitor, lo que implica que deba ser parte el hijo mayor de edad. En este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Soria de 27 de mayo de 1.992 señalaba que la única persona a quien se atribuye el derecho subjetivo familiar de exigir alimentos es al hijo que ha llegado a la situación de mayoría de edad; derecho que no se confiere a ninguno de los ascendientes con los que conviva, ya que, al extinguirse el vínculo jurídico de la patria potestad el mayor de edad queda fuera del ámbito de dependencia que por imperativo legal existía hasta ese momento. No teniendo en tal supuesto aplicación el principio de representación legal de los padres (artículo 162.2 del Código Civil), solo estará legitimado dentro del ámbito familiar para reclamar los alimentos que establece el artículo 93 del Código Civil el descendiente que ha cumplido la mayoría de edad, en este mismo sentido se pronunciaban las Sentencias de las Audiencias Provinciales de Oviedo de 25 de julio de 1.992; Valladolid de 7 de diciembre de 1.993; Granada de 26 de junio de 1.993, Palma de Mallorca de 16 de noviembre de 1.993, e incluso de esta Audiencia Provincial de Cádiz en Sentencias de la Sección 3ª de 27 de abril de 1.994 y Sección 1ª de 27 de abril de 1.998.

b) Frente a la anterior postura, otra tendencia jurisprudencia, pudiéndose citar entre otras muchas las Sentencias de las Audiencias Provinciales de Pontevedra de 12 de abril de 1.992 y 27 de junio de 1.995, Almería de 2 de junio de 1.992; Oviedo de 25 de julio de 1.992, Valencia de 14 de septiembre de 1.993; Zaragoza de 7



de julio de 1.993, Alicante de 20 de julio de 1.993; La Coruña de 16 de abril de 1.994, Badajoz de 24 de mayo de 1.996, o de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Cádiz de 11 y 26 de mayo de 1.992; se decanta por considerar que la legitimación corresponde al cónyuge con el que conviva el hijo mayor de edad y ello por considerar que la pensión reconocida a los hijos en una sentencia de separación o divorcio no es en puridad una pensión alimenticia, sino una contribución al levantamiento de las cargas familiares, tanto si los hijos son menores como si son mayores de edad, produciéndose una disociación entre el titular y el beneficiario de forma que, el progenitor a quien corresponde mantener en el hogar familiar a los hijos mayores de edad debe correr con esta carga, que será proporcional a sus propios recursos y ostentando la facultad de exigir del otro progenitor que también contribuya al levantamiento de dicha carga.

Tanto una como otra posición jurisprudencial, pese a abordar el tema de la legitimación (los hijos, en cuyo caso habría que considerarlos parte en un procedimiento en el que realmente no lo son; o el progenitor, en cuyo caso reclamaría unos alimentos asumiendo una representación de la que carecen), lo que realmente se está cuestionando es la verdadera naturaleza de esos "alimentos", así como la titularidad del derecho.

El Tribunal Supremo, en su reciente Sentencia de fecha 24 de abril de 2.000, dictada a en el recurso de casación en interés de Ley interpuesto por el Ministerio Fiscal, ha venido a decantarse básicamente por la segunda de las tesis señaladas anteriormente aclarando tanto el contenido del derecho, requisitos para su fijación y legitimación para reclamarlos.

Los "alimentos" a que se refiere el artículo 93.2 del Código Civil, no son lo contemplados en el artículo 142 y ss del citado texto legal, sino que es un verdadero derecho del progenitor con el que conviven los hijos del matrimonio, aún siendo estos mayores de edad, y que por tanto, dándose los requisitos previstos en el ya reiterado artículo 93 el progenitor con el que conviven los hijos mayores de edad asume, tras la ruptura matrimonial, las funciones de organización y dirección de la vida familiar, incluida la alimentación (en sentido amplio) de esos hijos, creando en dicho progenitor una situación de patente necesidad que justifica pueda reclamar del otro progenitor que contribuya a los mismos; lo que implica que el titular del derecho recogido en el ya citado artículo 93 es el progenitor con el que quedan conviviendo los hijos mayores de edad y, por tanto, quien está legitimado para reclamarlos.

Sentada que la titularidad y legitimación para exigir estos "alimentos", corresponde al progenitor con el que conviven los hijos mayor de edad, y dado que la Sra. Alejandra , pese a ser parte en el proceso, ha mostrado su conformidad con la extinción de los alimentos señalados para sus tres hijos, no recurriendo la Sentencia, debe confirmarse este punto, desestimando el recurso interpuesto por Dña. Marcelina , dada su ausencia de legitimación en la presente causa y ello sin perjuicio de los derechos de alimentos que a ella pudieran corresponderle conforme a lo dispuesto en el artículo 142 y siguientes del Código Civil.

TERCERO.- El recurso interpuesto por la defensa del Sr. Luis Miguel debe ser igualmente desestimado, asumiendo esta Sala y dando por reproducidos los fundamentos jurídicos de la resolución impugnada.

Reitera en esta alzada el Sr. Luis Miguel los mismos argumentos esgrimidos en la instancia en orden a que se le atribuya el uso y disfrute del que fuera domicilio conyugal, manteniendo que el mismo no es utilizado por la ex- esposa e hijas. Ciertamente, como se reconoce en la sentencia impugnada, la esposa ha estado conviviendo en dicho domicilio a excepción de un determinado período de tiempo que residió en Valencia, si bien este cambio estaba justificado debido a la enfermedad del padre y necesidad de cuidarlo, sin que ello implicara un cambio de domicilio ya que simplemente ha quedado constatado que hace numerosos viajes a Valencia, y en este sentido se pronuncia el testigo D. Ángel Jesús , Dña. Gema ; los cuales afirman que la Sra. Alejandra hace viajes a Valencia y que eran frecuentes debido a una enfermedad de un familiar. El propio Sr. Luis Miguel , en su confesión, al contestar a la posición cuarta simplemente afirma que su ex esposa pasa muchas temporadas en Valencia, pero ni siquiera afirma que se ha trasladado allí a vivir, reconociendo expresamente que tanto su esposa como su hija Marcelina viven en San Fernando, en la vivienda sita en C/ DIRECCION000 núm. NUM000 . La prueba testifical practicada en esta alzada, limitada a tres de los testigos ya que el cuarto no compareció, no aclara nada sobre la ocupación o no de la vivienda, incurriendo en contradicciones tales como afirmar D. Carlos Daniel que la vivienda referida tiene síntomas de que en ella no vive nadie, cuando consta que, al menos si vive en ella una de las hijas y así lo reconoce el testigo D. Adolfo , el cual reconoce igualmente que la Sra. Alejandra viajaba a Valencia por la enfermedad de un familiar y que volvió cuando falleció el padre. El testimonio de la testigo que no compareció, no resulta imprescindible ya que con dicho testigo se pretendía probar un hecho que ha sido probado y reconocido por las partes: que la Sra. Alejandra pasaba temporadas en Torrente (Valencia). En definitiva, no ha quedado acreditado que concurra ninguna circunstancia sobrevenida que altere sustancialmente las condiciones tenidas en cuenta en su día para atribuir el uso y disfrute del que fuera domicilio conyugal a la esposa, con la que incluso en la actualidad convive en el mismo una de las hijas del matrimonio.



CUARTO.- Teniendo en cuenta el régimen legal sobre las costas, así como las especiales circunstancias concurrentes en el mismo y desestimación de los recursos planteados por las partes personadas en esta alzada, no debe hacerse especial pronunciamiento sobre las causadas en esta alzada.

Por todo lo anterior, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación

III.- FALLAMOS

PRIMERO.- Que debemos DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el Recurso de Apelación sostenido en esta Instancia por el Procurador Sr. Hortelano Castro en nombre de Dña. Marcelina , y la procuradora Sra. Sánchez Ferrer, en nombre y representación de D. Luis Miguel contra la Sentencia de fecha 21 de mayo de 2.001, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. Uno de San Fernando en el Juicio sobre modificación de medidas adoptadas en procedimiento matrimonial seguido en el mismo bajo el número 318/00, CONFIRMÁNDOLA ÍNTEGRAMENTE.

SEGUNDO.- Todo lo anterior sin hacer expresa mención sobre las costas procesales causadas en esta alzada.

Notifíquese esta resolución a las partes conforme a lo dispuesto en el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Así por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando en esta segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/.