

Carlos BELTRÁ CABELLO

Secretario Judicial

• **ENUNCIADO:**

Por Antonio P.G. se interpuso demanda de modificación de medidas matrimoniales fijadas en la sentencia de divorcio solicitando se declarara extinguida la pensión de alimentos fijada a favor del hijo común de ambos cónyuges pues éste es mayor de edad y además tiene independencia económica, salario superior en dos veces al SMI, aunque resida en el domicilio materno, otrora conyugal; igualmente solicita que se deje sin efecto la atribución del domicilio conyugal a favor del cónyuge conviviente con el hijo mencionado por los motivos manifestados para dejar sin efecto la pensión.

La sentencia recogió los pedimentos del demandante y por la demandada se interpuso recurso de apelación por los motivos siguientes:

Falta de litisconsorcio pasivo necesario por no haber sido dirigida la demanda, y haber traído a juicio, al hijo del matrimonio por afectarle a él lo interesado.

No debe extinguirse la pensión de alimentos pues aunque el hijo trabaje no puede establecerse de manera independiente.

Imprudencia de la no atribución de la vivienda familiar a la madre y al hijo por entender este núcleo familiar como el más necesitado.

• **CUESTIONES PLANTEADAS:**

- 1.^a Procedimiento a seguir. Postulación y competencia.
- 2.^a Litisconsorcio.
- 3.^a Requisitos de la pensión de alimentos.
- 4.^a Atribución de la vivienda familiar.
- 5.^a Conclusión.

• **SOLUCIÓN:**

1.^a Cuestión.

En los demás procesos a que se refiere el Título Y del Libro IV será preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, incapacitado o esté en situación de ausencia legal.

Fuera de los casos en que, conforme a la ley, deban ser defendidas por el Ministerio Fiscal, las partes actuarán en los procesos a que se refiere este título con asistencia de abogado y representadas por procurador.

Salvo que expresamente se disponga otra cosa, los procesos a que se refiere este título se sustanciarán por los trámites del juicio verbal, pero de la demanda se dará traslado al Ministerio Fiscal, cuando proceda, y a las demás personas que, conforme a la ley, deban ser parte en el procedimiento, hayan sido o no demandados, emplazándoles para que la contesten en el plazo de 20 días, conforme a lo establecido en el artículo 405 de la presente Ley.

Tratándose de modificación de las medidas definitivas, el Ministerio Fiscal, habiendo hijos menores o incapacitados y, en todo caso, los cónyuges podrán solicitar del Tribunal la modificación de las medidas convenidas por los cónyuges o de las adoptadas en defecto de acuerdo, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas.

Estas peticiones se tramitarán conforme a lo dispuesto en el artículo 771. No obstante, si la petición se hiciera por ambos cónyuges de común acuerdo o por uno con el consentimiento del otro y acompañando propuesta de convenio regulador, se seguirá el procedimiento establecido en el artículo siguiente.

Las partes podrán solicitar, en la demanda o en la contestación, la modificación provisional de las medidas definitivas concedidas en un pleito anterior. Esta petición se sustanciará con arreglo a lo previsto en el artículo 773.

Se puede concluir dentro de esta primera cuestión que se suele conceder legitimación al Ministerio Fiscal, algunas veces activa y en otras sólo pasiva; se produce la determinación por la ley de las personas legitimadas bien de modo activo bien de modo pasivo; por último, es siempre necesaria la postulación por medio de abogado y de procurador.

Dentro de la tramitación del procedimiento, el interés público presente en estos procesos lleva, por un lado, al aumento de las facultades del Tribunal en la prueba y por otro a la imposibilidad de que la regulación normal de la prueba conduzca a la disposición por las partes del objeto del proceso. Se permite, dadas determinadas circunstancias, excluir la publicidad de los actos procesales.

2.ª Cuestión.

En el supuesto de hecho planteado, la demandada interpone recurso de apelación contra la resolución que recogió todos y cada uno de los pedimentos de la demandante alegando como motivo primero la falta de litisconsorcio pasivo necesario por no haber sido demandado y traído al proceso el hijo, cuando por el demandante precisamente se solicita la supresión de la pensión de alimentos para dicho hijo.

Es de señalar, en primer término, que basta para desestimar la pretensión de la demandada-recurrente remarcar que el hijo no está legitimado ni para accionar ni para ser demandado en los procesos matrimoniales, aunque se den los presupuestos establecidos en el artículo 93.2 del Código Civil (CC), ya que sólo los cónyuges o ex cónyuges -y el Ministerio Fiscal cuando existen hijos menores de edad- pueden ser parte en los procesos matrimoniales que se interpongan para conseguir la separación, el divorcio, o las sucesivas modificaciones de efectos de dichas sentencias. La reforma del artículo 93 del CC, que introdujo su párrafo segundo, relativo a que se había de fijar o mantener la pensión alimenticia para los hijos mayores de edad no independientes, no sustituyó la representación de éstos por parte del Ministerio Público, ni estableció una intervención adhesiva de los mismos como coadyuvantes, necesaria o litisconsorcial, ni como terceros pretendientes, sino que dejó

en manos de los progenitores la discusión acerca de los alimentos de tales hijos, forjando así una especie de extensión de la representación de éstos, en el orden procesal, siempre y cuando se dieren los presupuestos del mentado precepto, es decir, que exista convivencia en el domicilio familiar y que no sean independientes económicamente, de manera que, siéndolo, el progenitor obligado al pago puede pedir la extinción de su obligación, debiendo demandar sólo al otro progenitor, antiguo custodio, y no a éste y a sus hijos a la vez.

No es imprescindible demandar a los hijos mayores comunes en los pleitos sobre modificación de medidas, regidos, tales litigios, por los mismos trámites y principios que el pleito en que se adoptaron aquéllas. Por lo que si en el pleito matrimonial no es necesario demandar a los hijos mayores de edad cuando se soliciten alimentos para ellos, tampoco es preciso que en una cuestión incidental, derivada de ese pleito, y regida por los mismos principios, sean demandados tales hijos mayores, que no fueron parte, ni debieron serlo, en la contienda judicial básica y antecedente, puesto que ninguna norma permite alterar los términos del debate, que, en su día, fue correctamente entablado. Es cierto que la situación de los hijos mayores puede verse alterada por la resolución que se dicte en el proceso sobre modificación de medidas, pero ello no sitúa necesariamente en una situación de indefensión material a los referidos hijos. Porque, de un lado, los intereses de estos últimos se encuentran defendidos por la actuación del progenitor con el que conviven, quien si puede, en virtud de la habilitación que la ley le otorga, interesa la adopción de las medidas (lo más, o principal, en sentido dialéctico) también debe contar con esa habilitación cuando se trata de mantener las propias medidas. Y de otro lado, la propia naturaleza de las medidas que se pueden adoptar, que no producen efectos de cosa juzgada en sentido material, y que pueden alterarse cuando exista causa idónea para la variación de ellas. De tal manera, se excusa la necesidad de que sean parte en el juicio los hijos mayores, que siempre podrán acudir a una vía procesal autónoma en defensa de sus derechos alimentarios; y, así, queda satisfecha la exigencia constitucional de no causar indefensión.

Por lo tanto, del artículo 93.2 del CC 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. Como 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 artículo 93, párrafo 2.º, del CC 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 exigirlos 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.

De todo lo expuesto se concluye que el cónyuge con el cual conviven hijos mayores de edad que se encuentran en la situación de necesidad a que se refiere el artículo 93, párrafo 2.º, del CC, se halla legitimado para demandar del otro progenitor la contribución de éste a los alimentos de aquellos hijos, en los procesos matrimoniales entre los comunes progenitores.

3.ª Cuestión.

En caso de ruptura matrimonial tiene obligación de prestar alimentos a sus hijos menores el cónyuge progenitor que no los tiene en su compañía, estableciéndose una distribución proporcional entre el padre y la madre obligados a prestarlos conforme al artículo 145 del CC. La fijación de alimentos se hace en consideración a los ingresos del obligado y a las necesidades del acreedor. Tratándose de hijos mayores que convivan en el hogar familiar sin independencia económica se puede plantear si sigue vigente la obligación de prestar alimentos para el ex cónyuge no custodio y nos encontramos con el artículo 93 del CC que regula que si convivieren en el domicilio familiar hijos mayores de edad que carecieren de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes del CC.

Pero, si bien lo hasta ahora señalado es de aplicación a los hijos mayores de edad sin independencia económica que conviven en el domicilio familiar, no puede aplicarse ese criterio al supuesto de hecho planteado: el hijo es mayor de edad y con independencia económica que aunque convive en el domicilio familiar no es menos cierto que tiene unos ingresos salariales que le permitirían independizarse no haciéndolo por voluntad propia, siendo procedente la extinción de la pensión de alimentos a favor del hijo y con cargo al padre por lo manifestado.

4.ª Cuestión.

En lo referente a la vivienda, la atribución del uso del domicilio conyugal a la esposa e hijo, toda vez que, al ser la vivienda copropiedad de ambos consortes y ser el hijo mayor de edad y económicamente independiente, ha perdido la finalidad por la que aquél fue atribuido y no puede olvidarse ni desconocerse que la asignación del uso de la vivienda familiar concurriendo tales circunstancias nunca puede tener carácter indefinido. En efecto, en ausencia de hijos comunes o cuando éstos sean independientes económicamente, la atribución a uno de los cónyuges del uso del que fuera domicilio común no puede prorrogar de forma indefinida su vigencia, en cuanto que de tal manera el derecho de quien, en tal sentido, ha de merecer una protección preferente, conforme prescriben los artículos 96 y 103 del CC, entraría en colisión con los legítimos derechos que al otro consorte puedan corresponder sobre el referido inmueble, no tanto en cuanto a su uso, como y fundamentalmente en lo relativo a su disposición, a través de la venta u otra operación que permita la efectiva liquidación del patrimonio común, y que, por aquella vía de la asignación del uso sin límite temporal, puede ver frustrado en la práctica su derecho de reparto efectivo de los bienes comunes.

Así, ya el propio artículo 96 del CC establece la asignación del uso con carácter temporal al cónyuge no titular del inmueble, criterio que, conforme constante interpretación judicial, es perfectamente asimilable a los casos de titularidades compartidas, pues de otra forma las facultades dominicales de uno de los cónyuges, precisamente el no beneficiario por el derecho de uso, quedarían largo tiempo, cuando no indefinidamente, frustradas, transgrediéndose de tal forma los derechos, que en cualquier otro caso de comunidad de bienes reconocen los artículos 392 y siguientes del CC, y en especial el de instar la división de la cosa común sancionado por el artículo 400 del CC. Una interpretación lógica y extensiva del artículo 96.3 del CC lleva a considerar, no habiendo hijos, debe entenderse también cuando éstos sean mayores de edad y tengan ingresos propios, como ocurre en el supuesto de hecho planteado, la posibilidad de acordar el uso de la vivienda por un tiempo prudencialmente determinado, por lo cual el derecho de uso del domicilio que fue en su día conyugal debe decaer, dado el tiempo que el mismo ha sido ya disfrutado por la apelante.

5.ª Cuestión.

Como conclusión a todas las cuestiones planteadas relativas al supuesto de hecho enunciado podemos establecer que el cónyuge con el cual conviven hijos mayores de edad que se encuentran en la situación de necesidad a que se refiere el artículo 93, párrafo 2.º, del CC, se halla legitimado para demandar del otro progenitor la contribución de éste a los alimentos de aquellos hijos, en los procesos matrimoniales entre los comunes progenitores; si el hijo es mayor de edad y con independencia económica aunque conviva en el domicilio familiar no es menos cierto que tiene unos ingresos salariales que le permitirían independizarse no haciéndolo por voluntad propia, siendo procedente la extinción de la pensión de alimentos a favor del hijo y con cargo al padre alimentante; una interpretación lógica y extensiva del artículo 96.3 del CC lleva a considerar, no habiendo hijos, debe entenderse también cuando éstos sean mayores de edad y tengan ingresos propios, como ocurre en el supuesto de hecho planteado, la posibilidad de acordar el uso de la vivienda por un tiempo prudencialmente determinado, por lo cual el derecho de uso del domicilio que fue en su día conyugal debe decaer.

• SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- **SAP de Toledo (Secc. 2.ª) de 10 de enero de 2000.**
- **SAP de Madrid (Secc. 22.ª) de 20 de junio de 2002.**
- **STS de 24 de abril de 2000.**
- **SAP de Madrid (Secc. 22.ª) de 25 de junio de 2002.**
- **SAP de Barcelona (Secc. 18.ª) de 2 de septiembre de 2002.**
- **Código Civil, arts. 93, 96, 396 y 400.**
- **Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, arts. 753, 771 y 777.**