

# EDJ 2009/181616

AP Málaga, sec. 6ª, S 7-5-2009, nº 288/2009, rec. 744/2008

Pte: Jurado Rodríguez, Soledad

## Resumen

*Estima la Sala el recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la sentencia de instancia, que declaraba el divorcio de los litigantes y sus efectos, declarando la nulidad de actuaciones y ordenando la repetición del juicio, toda vez que ha incurrido en actos procesales nulos, acogiendo la excepción de litisconsorcio pasivo necesario por no traer a juicio a los hijos mayores de edad para reclamar alimentos, siendo así que lo que se exceptuó por el demandada fue la falta de legitimación activa, pronunciándose sobre la atribución de la vivienda cuando no había sido solicitada, y pronunciándose sobre una pensión compensatoria que no había sido solicitada por reconvención.*

## NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC art.225.3

LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial art.238.3 , art.240.2

RD de 24 julio 1889. Código Civil art.93 , art.96

## ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO .....	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	2
FALLO .....	4

## CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

### MATRIMONIO

#### EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Pensión compensatoria

Otras cuestiones

Pensiones alimenticias a los hijos

Hijos mayores de edad

Legitimación para solicitar la prestación

### PROCESO CIVIL

#### NULIDAD DE ACTUACIONES

### SENTENCIA

#### INCONGRUENCIA

Omisión de pronunciamientos

Incongruencia omisiva

## FICHA TÉCNICA

Favorable a: Esposa divorciada; Desfavorable a: Esposo divorciado

Procedimiento:Apelación, Divorcio

### Legislación

Aplica art.225.3 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Aplica art.238.3, art.240.2 de LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial

Aplica art.93, art.96 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Cita art.465.3 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita Ley 11/1990 de 15 octubre 1990. Reforma Código Civil, Principio de No Discriminación por Razón de Sexo

Cita art.3 de LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial

### Jurisprudencia

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensiones alimenticias a los hijos - Hijos mayores de edad - Legitimación para solicitar la prestación STS Sala 1ª de 24 abril 2000 (J2000/5839)  
Cita en el mismo sentido SAP Málaga de 20 marzo 1998 (J1998/3041)  
Cita en el mismo sentido ATC Sala 2ª de 4 mayo 1992 (J1992/13764)  
Cita en el mismo sentido STC Sala 1ª de 15 abril 1986 (J1986/43)

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia núm. Cuatro de Fuengirola dictó sentencia de fecha 29 de junio de 2008 en el juicio de Divorcio núm. 99/06 del que este rollo dimana, cuya parte dispositiva dice así: "FALLO.- ESTIMO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por la Procuradora Dª MARÍA JOSÉ HUESCAR DURAN, y así decreto la DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL, por causa de divorcio, del matrimonio formado por D. Rogelio Y Dª Rita, acordándose las siguientes medidas:

Se establece una PENSIÓN DE ALIMENTOS a favor de la hija mayor de edad de 180 €, que serán pagaderos por el padre y por anticipado, dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta corriente o libreta de ahorro, que al efecto designe la hija beneficiaria de la misma. Ésta cantidad se actualizará anualmente, con efectos de primero de enero de cada año, en proporción a las variaciones que experimenten los índices de precios al consumo, según el Instituto Nacional de Estadística u organismo que le sustituya.

En atención a la necesidad de alimentos de la hija se confiere a ésta el uso y disfrute de la vivienda conyugal y familiar.

Se declara disuelto el Régimen económico matrimonial de no estarlo ya.

Todo ello sin hacer especial imposición de las costas procesales." (sic)

SEGUNDO.- Contra la expresada sentencia se tuvo por preparada la apelación en virtud de escrito presentado por la Procuradora Dª Rosario Acedo Gómez en nombre y representación de Dª Rita, que interpuso el recurso en plazo y forma, del que se dio traslado a la otra parte, presentado escrito de oposición al recurso, remitiéndose los autos a esta Audiencia, donde al no haberse propuesto prueba ni considerarse necesaria la celebración de la vista, previa deliberación de la Sala, que tuvo lugar el siete de mayo de 2009, quedaron las actuaciones concluidas para sentencia.

TERCERO.- En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales, siendo Ponente la Il.tra. Sra. Dª Soledad Jurado Rodríguez.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Constituyen los siguientes los antecedentes de la cuestión sometida a esta Sala: 1) se inicia el procedimiento mediante demanda formulada por D. Rogelio frente a Dª Rita en la que solicita el divorcio sin establecimiento de medida alguna, 2) la demandada presenta escrito de contestación a la demanda en la que, además de solicitar el divorcio, interesa el establecimiento de las siguientes medidas: a) la atribución del uso y disfrute del domicilio familiar a la demandada y a los hijos mayores de edad que con ella conviven, b) pensión alimenticia de 300 euros mensuales a favor de la hija Dª Fermina y el pago del 50% de los gastos extraordinarios a cargo del demandante, y, c) pensión compensatoria a favor de la demandada de 400 euros mensuales; 3) se cita a las partes a juicio a celebrar el 1 diciembre de 2006 en cuyo acto el demandante opone dos excepciones: una, la falta de legitimación activa de la demandada para reclamar alimentos en nombre de los hijos al ser éstos mayores de edad, y, dos, la imposibilidad de reclamar pensión compensatoria al no haberse hecho mediante la necesaria reconvencción; 4) el Juzgador de instancia resuelve la primera de estas cuestiones en el sentido de apreciar la falta de litisconsorcio pasivo necesario ante la no presencia como parte de los hijos mayores de edad en el procedimiento, acordándose la suspensión del acto a fin de que se les emplazase; y rechaza la segunda excepción planteada admitiendo la pretensión de pensión compensatoria al considerar que no es necesario formular reconvencción para ello; 5) la hija de los litigantes, Dª Fermina, se persona en el procedimiento formulando demanda contra el inicial demandante reclamándole pensión alimenticia de 300 euros mensuales, 6) se acuerda por el Juzgado la continuación del juicio que finalmente se celebra el 28 junio 2007, en el cual, al ratificarse la parte demandada, Dª Rita, en su petición de que se fije a su favor pensión compensatoria, el Juzgador a quo le niega tal posibilidad afirmando que dicha cuestión ya quedó resuelta en el anterior juicio y que no puede ser objeto de discusión en esta litis, 7) en la sentencia dictada, objeto del recurso, ni se alude ni se resuelve sobre la pensión compensatoria, adoptándose como medidas inherentes al divorcio pensión alimenticia a favor de la hija en la cantidad de 180 euros mensuales y la atribución a ésta del uso y disfrute del domicilio familiar, 8) frente a esta resolución interpone recurso de apelación Dª Rita en el que se denuncia infracción de las normas que regulan la sentencia al incurrir en vicio de incongruencia.

SEGUNDO.- Esta Sala tiene reiterado (desde las sentencias de 19 y 20 de marzo EDJ 1998/3041 y de 25 de Noviembre, todas de 1998) que la finalidad de los procedimientos matrimoniales es la determinación de la nulidad, divorcio o separación matrimonial, por lo que las partes en los mismos únicamente pueden serlo los cónyuges que integran el matrimonio cuya nulidad, divorcio o separación se pretende, cierto es que la redacción dada al artículo 93 del Código Civil EDL 1889/1 por la Ley 11/90, de 15 de octubre EDL 1990/14773, ha venido a introducir un cierto elemento de confusión al añadir que el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes de dicho Código a los hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios si convivieren en el domicilio familiar, pero esa confusión se disipa si contemplamos que dicha modificación no es sino la consagración legislativa de una práctica judicial que venía prorrogando el derecho a la pensión del hijo de familia que, cumplidos los 18 años, continuaba residiendo en el domicilio familiar por encontrarse en fase de formación o, sencillamente, por no encontrar trabajo

para poderse independizar, pero siempre en la consideración de que seguía perteneciendo al núcleo familiar, y dependiente de él, del que no podía ser desarraigado por el hecho de llegar a la mayoría de edad legal, por lo que su derecho a alimentos es un simple elemento contable a la hora de seguir considerando subsistentes el convenio o la resolución judicial existente al respecto, pero siendo siempre deudor un cónyuge y acreedor el otro, el que continúa con los hijos en el domicilio familiar, pues sería impensable mantener en ese núcleo familiar distintos patrimonios formados por cada uno de los perceptores de pensiones con el riesgo de que alguno de ellos no lo aportase al acervo doméstico y la posibilidad de que el progenitor custodio pudiera suprimirle el consecuente servicio de hospedaje. Esta doctrina está recogida por el Tribunal Supremo en su Sentencia, entre otras, de 24 abril 2000 EDJ 2000/5839 , al decir que del artículo 93.2 del Código Civil EDL 1889/1 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 2º del Código Civil EDL 1889/1 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, concluyéndose de todo lo expuesto que el cónyuge con el cual conviven hijos mayores de edad que se encuentran en la situación de necesidad a que se refiere el art. 93, párrafo 2º, del Código Civil EDL 1889/1 , 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. La construcción jurídica aplicada en el acto del juicio emplazando a los hijos de los cónyuges que instan su divorcio infringe la anterior doctrina negando la legitimación activa de la demandada para instar alimentos para sus hijos frente al otro progenitor, aparte de incurrir en el error de, en lugar de estimar dicha excepción tal como fue planteada por el demandante, aprecia la de litisconsorcio pasivo necesario que solo sería planteable, en todo caso, si se hubiera instado la extinción de una pensión alimenticia fijada a favor de hijos que han alcanzado la mayoría de edad, pero en el presente supuesto, la estimación de la excepción planteada (falta de legitimación activa de la demandada) solo podría haber llevado a la desestimación en sentencia de la pretensión de fijar alimentos a favor de los hijos, pero en ningún momento la del suspensión del juicio a fin de llamar a los hijos al procedimiento.

TERCERO.- La sentencia atribuye el uso y disfrute del domicilio familiar a la hija D<sup>a</sup> Fermina, medida que incurre en el defecto legal de incongruencia al no haber sido solicitada por la misma e incurre en infracción legal al no otorgar simultáneamente tales derechos a la demandada pues el artículo 96 del Código Civil EDL 1889/1 no permite esta medida sino imperativamente la de que esos derechos corresponden a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Por otra parte, no cabe que en el acto del juicio celebrado el 1 diciembre de 2006 el Juez resuelva que se admite como pretensión la fijación de pensión compensatoria a favor de la demandada al considerar que no es necesario para ello formular demanda reconvenzional, y que se inadmita en la continuación de dicho acto, celebrado el 28 junio 2007, razonándose erróneamente por el Juzgador que esa cuestión ya fue resuelta en el sentido de inadmitirla el 1 diciembre de 2006, pues esto no fue lo acaecido, sin que en sentencia se razone nada respecto de esta cuestión que simplemente se obvia, causando indefensión a la parte demandada, máxime cuando en el primer juicio se admite la suspensión para subsanar la estimada erróneamente falta de legitimación activa pues si se apreciaba que esta excepción no acarrearía el dictado de una sentencia desestimando la pretensión de pensión alimenticia, en congruencia con ello, también debió entenderse que procedía la suspensión a fin de subsanar la petición de pensión compensatoria en forma, posibilidad de la que se privó a la parte que ante su admisión sin reconvección llegó a la continuación del juicio con el convencimiento que la pensión compensatoria era uno de los objetos del litigio, tal como se había resuelto.

CUARTO.- Conforme a los artículos 238.3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 225.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 , los actos procesales serán nulos de pleno derecho cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión, y en virtud de estos preceptos en relación con lo establecido en el artículo 240.2º de la primera de estas Leyes, procede declarar la nulidad de actuaciones retrotrayéndose éstas hasta la celebración del juicio de 1 diciembre de 2006, incluido éste, pues causándose indefensión a las partes, los trámites procesales son, como es de todos conocidos, materias de orden público, el que debe ser entendido como el conjunto de principios y normas esenciales que inspiran la organización política, social y económica de España, con inclusión desde luego de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, pero no sólo de ellos, operando, en consecuencia, como un límite necesario e imprescindible a la autonomía de la voluntad, a fin de garantizar la efectividad de los derechos constitucionales de los ciudadanos, el fundamento de las instituciones y la protección de los conceptos y valores inspiradores del sistema de democracia social constitucionalmente consagrado, límite que se impone en la Jurisdicción tanto al Juez o Tribunal como a las partes, y que éstos no pueden traspasar, constituyendo este motivo de anulación precisamente un control jurisdiccional de ese límite, a fin de garantizar que las decisiones judiciales respeten ese conjunto de derechos y valores indisponibles, y según sostiene el Tribunal Constitucional (entre otros, Sentencia 43/1986, 15 abril EDJ 1986/43 y Auto 116/1992, 4 mayo EDJ 1992/13764 ), la cláusula de orden público se ha impregnado desde la entrada en vigor de la Constitución con el contenido de su art. 24, procediendo por ello la nulidad de la sentencia y del procedimiento, tal como se ha indicado, en virtud de lo establecido en el artículo 465.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 , al tratarse la infracción procesal en la que se ha incurrido de las que originan la nulidad radical de las actuaciones.

QUINTO.- De acuerdo a lo establecido en el artículo 398.2 de la misma Ley, cuando sean estimadas las pretensiones de un recurso de apelación, no se condenará en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes.

Vistos los artículos citados y los demás de general y oportuna aplicación,

## FALLO

Que estimando el recurso de apelación formulado por la Procuradora D<sup>a</sup> Rosario Acedo Gómez en nombre y representación de D<sup>a</sup> Rita contra la sentencia dictada el veintinueve de junio de 2.009 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Fuengirola en el Juicio de Divorcio núm. 99/2006, debemos acordar y acordamos la nulidad de las actuaciones desde el juicio celebrado el 1 diciembre de 2006, incluido éste, a fin de que se celebre en los términos recogidos en esta resolución, sin hacer pronunciamiento sobre las costas causadas en ambas instancias.

Así por ésta, nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/

Publicación.- Dada, leída y publicada ha sido la anterior Sentencia, por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente D<sup>a</sup> Soledad Jurado Rodríguez, constituida en Audiencia Pública en la Sección Sexta de esta Audiencia Provincial de Málaga, en el día de su fecha. Doy fe.-

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 29067370062009100213