

**COMENTARIO DE LA SENTENCIA  
DEL TRIBUNAL SUPREMO  
DE 5 DE SEPTIEMBRE DE 2011 (6237/2011)**

**Limitación temporal de la pensión compensatoria  
cuando de las circunstancias concurrentes  
se deduzca la posibilidad de que cumpla su función  
reequilibradora dentro de un plazo previsible.  
Atribución de uso al cónyuge más desfavorecido**

Comentario a cargo de:  
Ana Laura Cabezuelo Arenas  
Profesora Titular de Derecho Civil  
Universidad de Sevilla

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO  
DE 5 DE SEPTIEMBRE DE 2011**

**ID CENDOJ:** 28079119912011100013

**PONENTE:** *EXCMO. SR. DON JUAN ANTONIO XIOL RÍOS*

**Asunto:** La sentencia de 5 de septiembre de 2011 se pronuncia sobre una cuestión controvertida: para atribuir el uso de la vivienda familiar, existiendo hijos mayores de edad, sólo se tendrán en cuenta las circunstancias particulares de cada uno de los cónyuges. La decisión del hijo mayor de edad de permanecer con uno de los progenitores carece de trascendencia a los efectos de condicionar por sí misma la suerte del inmueble. En otro orden de cosas, entenderá que, en este caso, se ha servido a la finalidad reequilibradora de la pensión compensatoria con la imposición de un plazo generoso, idóneo para superar el desequilibrio existente.

**Sumario:** 1. **Resumen de los hechos.** 2. **Soluciones dadas en primera instancia.** 3. **Soluciones dadas en apelación.** 4. **Los motivos de casación alegados.** 5. **Doctrina del Tribunal Supremo:** 5.1 Función reequilibradora de la pensión. ¿Verdaderamente era coyuntural este desequilibrio?. 5.2 La relación entre los arts. 96.1 y 93.2 CC. Posturas contradictorias en nuestras Audiencias. 5.3 Indebidamente se aplicó el automatismo en la atribución del uso de la vivienda existiendo un hijo mayor de edad. 6. **Bibliografía utilizada.**

## 1. Resumen de los hechos

En la Sentencia 624/2011 se abordan los efectos económicos derivados de un divorcio, resolviéndose favorablemente la pretensión de limitar en el tiempo la pensión compensatoria solicitada por la esposa. Asimismo se acuerda la asignación del uso de la vivienda familiar decretada por el Juzgado a favor de aquélla, que fue dejada sin efecto por la Audiencia ante la decisión de los hijos mayores de edad de pasar a convivir con el padre.

## 2. Soluciones dadas en primera instancia

El Juzgado de Primera Instancia Número 5 de Torrelavega dictó sentencia de fecha de 19 de octubre de 2007, por la que declaró disuelto por divorcio el matrimonio contraído por Doña Visitación y Don Gerardo. Acogiendo parcialmente las demandas interpuestas por ambos, decretó, entre otras medidas, que el uso de la vivienda familiar y del ajuar doméstico existente en el mismo correspondería a Doña Visitación y a los hijos mayores de edad que permanecían con ella, hasta el momento en que se liquidara la sociedad de gananciales. A aquélla le reconoció también, en concepto de pensión compensatoria, 400 euros mensuales. Sobre Don Gerardo recaería la obligación de abonar 150 euros mensuales para cada uno de sus hijos y el préstamo hipotecario que gravaba la vivienda familiar.

## 3. Soluciones dadas en segunda instancia

La Sentencia dictada en Primera Instancia fue recurrida por ambas partes. La sentencia de 14 de mayo de 2008 dictada en Apelación por la Sección 2ª de la Audiencia de Barcelona estimó parcialmente ambos recursos. De un lado, asignó el uso de la vivienda a Don Gerardo hasta el instante en que concluyeran su formación los hijos que habían elegido vivir con él, estimando que con ello daba cumplimiento a su obligación de alimentarlos, al recibirlos y mantenerlos en su propia casa. De otro, elevó a 500 euros la pensión compensatoria de Doña Visitación, aunque limitando su percepción a 15 años.

#### 4. Los motivos de casación alegados

En su recurso de casación Doña Visitación alegó existencia de interés casacional, entendiendo que con la decisión de acotar en el tiempo su pensión compensatoria resultó infringida la Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre limitación temporal de la compensación del art. 97 CC, contenida en las SSTs de 10 de febrero y 28 de abril de 2005.

Asimismo, se basaba en la existencia de doctrina contradictoria en las Audiencias Provinciales en relación a cómo debía asignarse el uso de la vivienda familiar cuando los hijos eran mayores de edad carentes de autonomía económica. La recurrente estimaba que la asignación ordenada a su favor por el Juzgado no debió ser dejada sin efecto por la Audiencia, al ser ella el cónyuge más necesitado de protección *ex* art. 96.3 CC, dada su carencia de ingresos. Imponiéndose en tal caso prescindir del interés de los hijos por ser éstos mayores de edad.

#### 5. Doctrina del Tribunal Supremo

En lo concerniente a la limitación de la pensión compensatoria, la sentencia se remite a otras anteriores que obligan a respetar en casación la decisión adoptada en la instancia ora de concederla con carácter vitalicio, ora de acometer una limitación temporal, siempre que se asiente en los parámetros del art. 97 CC y sea el resultado de un juicio prospectivo razonable.

En relación a la asignación de uso de la vivienda familiar, fija como doctrina jurisprudencial que *«la atribución del uso de la vivienda familiar en el caso de existir hijos mayores de edad, ha de hacerse a tenor del párrafo 3º del artículo 96 CC, que permite adjudicarlo por el tiempo que prudencialmente se fije a favor del cónyuge, cuando las circunstancias lo hicieren aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.»*

Esta doctrina se fundamenta en que no existe conexión alguna entre el art. 93.2 CC y el 96.1 CC.

##### 5.1. *Función reequilibradora de la pensión. ¿ Verdaderamente era coyuntural este desequilibrio?*

¿Era perpetuo o coyuntural el desequilibrio que aquí se esboza? Partiremos de que la Audiencia en este caso ha aplicado el sistema subjetivo, esto es, ha ponderado diversos elementos del art. 97 CC para llegar a dos conclusiones: la primera, que se gestó un desequilibrio afectante a la esposa. Y la segunda, dudosa para mí, que ésta podría superarlo con un mínimo de implicación en un plazo predeterminado, esto es, que aquél era meramente coyuntural.

La recurrente vio en esto último una decisión ilógica, por cuanto no entendió que a una mujer carente de formación y de experiencia laboral, cuyo matrimonio había durado 24 años, se le privara al cabo de quince de una pensión que, para ella, no lograría borrar las secuelas que habían hecho mella en su posición. Y opuso que la Audiencia basó su decisión exclusivamente en la duración del matrimonio, sin ponderar otros factores adicionales.

El Tribunal Supremo confirma la decisión de la Audiencia en este punto concreto, indicando que han sido valorados asimismo otros parámetros, y que la función reequilibradora de la pensión puede ser perfectamente cumplida. El Alto Tribunal desestima este motivo del recurso basándose en que la Audiencia fija un plazo de quince años, que es *«sensiblemente superior al que suele ser habitual en situaciones similares»* tras valorar, dice, no sólo que la convivencia se prolongó a lo largo de 24 años, sino también que la demandante dependió completamente de su marido, estuvo apartada del mercado de trabajo, y a la edad de 46 años carece de preparación y experiencia profesional.

Ante todo, estamos de acuerdo con que el plazo elegido supera con creces el que ordinariamente imponen nuestros jueces en estos supuestos que, a lo sumo, oscila entre los tres y los cinco años. Admitiremos asimismo, que una prolongación de aquél llevaría a una desproporción entre la duración del matrimonio mismo y la de la compensación del art. 97 CC. Pero si el daño que experimentó la recurrente fuera irreversible, todas aquellas consideraciones estarían de más. Así, nos consta que una unión efímera no genera este tipo de derechos y, mucho menos con carácter indefinido. No en vano, la duración del matrimonio es uno de los criterios tomados en consideración para decidir si es creíble que el desequilibrio se haya podido gestar. Pero excepcionalmente deberíamos admitir, y así lo defendí alguna vez, que por corta que fuera la duración del matrimonio y jóvenes que fueran las solicitantes de la pensión, si estuvieran apartadas para siempre de mercado de trabajo, al quedar condenadas de por vida al cuidado de hijos dependientes, el desequilibrio sería perpetuo y tendrían derecho a una pensión indefinida (Cabezuelo Pág 537 y 553). De donde apreciamos que toda regla general, tiene sus excepciones. Y que incluso mujeres jóvenes, cualificadas y cuyo matrimonio apenas duró escasos años, pudieran quedar marcadas para siempre por aquél y demandar el oportuno resarcimiento. Aun cuando lo común es que la concurrencia de esos tres factores del art. 97 CC arrojen la conclusión contraria.

Por tanto, esa preocupación porque exista cierta paridad entre el tiempo que duró la convivencia y el período reconocido a la pensión está de más cuando, por reducido que sea el primero, el daño causado a uno de los esposos fuera inconmensurable. Porque la fijación de un plazo *ex ante* tiene que basarse en una potencialidad real de superar el desequilibrio por parte de la esposa en nuestro caso. El Juez tiene que moverse en términos de certidumbre. Y cuando no se atisba esa superación como una posibilidad cierta, no pueden fijarse

términos a su percepción por generosos que éstos sean, pues colocamos al perceptor en una situación de indefensión al cabo de los mismos. STS de 20 de julio de 2011 (RJ 2011, 7377).

Así para la SAP de Navarra de 22 de diciembre de 2014 (JUR 2015, 101929), por muy generosos que fueran los plazos, no cabe entender que sirvan para reintegrar en el mercado laboral a quien ha sido ya desplazada para siempre del mismo. Juzgándose que quien se ha ocupado simplemente de las tareas domésticas desde que contrajo matrimonio y carece de cualificación, no puede emprender en solitario a los 56 años la tarea de encontrar un medio de vida propio en las actuales condiciones socioeconómicas.

He aquí que la recurrente de nuestra sentencia permanece 24 años cuidando del hogar y dedicándose a los hijos. Al tiempo de la ruptura, con 46 años, carece de formación y de experiencia laboral. Entiende, y no le falta razón, que la incorporación al mercado laboral será tarea ardua en semejantes condiciones. Porque ya no está en edad de formarse, obviamente, y por más que encuentre una ocupación –que es harto improbable– será de bajo perfil. Añadiéndose a lo anterior que su nula vida laboral le ha impedido irreversiblemente cotizar lo suficiente para garantizarse una jubilación que, en cambio, sí tiene asegurada su marido. Preocupación de la que se deja constancia en el recurso.

El Alto Tribunal entiende, sin embargo, que la decisión de la Audiencia se ajustó a los parámetros legales, no derivó en el futurismo o la adivinación y se basó en la apreciación de la potencialidad real de la perceptora para superar el desequilibrio. Recordando a ésta que no estamos ante una pensión de alimentos, ni tampoco ante un instrumento de nivelación de patrimonios.

Por supuesto, es indiscutible que la misión de la compensación del art. 97 CC no se centra en propiciar una nivelación a ultranza de dos patrimonios. Y también está fuera de toda duda que no estamos ante una pensión alimenticia. Aclarado esto, nada impide reconocer este beneficio con carácter indefinido cuando las circunstancias así lo demanden. Porque quien satisface este concepto a un esposo que no conseguirá remontarse por más tiempo que transcurra del daño experimentado tras la ruptura, ni abona alimento alguno (dado que esta obligación deja de existir tras el divorcio), ni coadyuva indebidamente a igualación patrimonial de ningún tipo. Simplemente, compensa por un daño existente y previamente acreditado, de extraordinaria magnitud.

Y si censurable es que un cónyuge pretenda aprovecharse de otro y vivir para siempre a su costa, aferrándose a simples diferencias económicas que no se han gestado durante el matrimonio (STS de 23 de enero de 2012, RJ 2012, 1900), no menos reprochable resultaría que cuando éstas se originaron a lo largo de la convivencia y son absolutamente irreversibles no encuentren el paliativo que demandan.

Según se hizo constar en el Informe del Ministerio Fiscal, la Audiencia no se apartó de la Jurisprudencia existente. Se consignó literalmente en aquél que *«quince años es tiempo suficiente para que pueda lograr una estabilidad económica o laboral o acogerse a los programas de subvención o subsidios disponibles para las personas mayores, teniendo en cuenta además que en ese plazo sus hijos tendrán autonomía económica y podrá llevarse a cabo la venta de la vivienda con el consiguiente ingreso para los cónyuges»*.

En términos llanos, el Ministerio Fiscal confía que el remedio de la situación en que quede la recurrente si extinta la pensión del art.97 CC, y agotado lo que obtenga con la venta del inmueble común, no ha desarrollado su «potencial» se hallará, en última instancia, en las pensiones no contributivas que el Estado reconoce a quienes, como ella, no han podido cotizar por sí mismos para garantizarse una jubilación. Y que, en el peor de los casos, siempre le restará depender económicamente de sus hijos.

Considero inaceptable un argumento como el anterior, que ha sido rechazado, además, por la Jurisprudencia más reciente. La SAP de Santa Cruz de Tenerife de 24 de Junio de 2015 (JUR 2015, 217412) los rebate dejando sin efecto una limitación temporal basada precisamente en que la beneficiaria, tras 37 años de matrimonio, obtendría ingresos tras la liquidación de la sociedad de gananciales, o bien podría percibir una pensión no contributiva o apelar a la obligación general de alimentos, haciéndola valer frente a sus hijos. Sabiamente, la sentencia deja constancia de los siguientes extremos, que guardan relación con nuestro caso: 1) sobre el patrimonio ganancial penden también deudas. Naturalmente. La SAP de Cantabria de 14 de mayo de 2008 (JUR 2008,331081), recurrida en el caso que comentamos, aunque impone al marido la obligación de hacer frente a las cuotas del crédito hipotecario solicitado por ambos, deja a salvo, obviamente, el derecho a reclamar a su esposa los conceptos correspondientes en el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales. Dado que era aquélla una obligación solidaria, asumida por ambos. 2) Aun cuando quedase un remanente, descontadas las deudas, éste deberá partirse por mitad entre los cónyuges, no proporcionando independencia económica a una esposa que tendrá que procurarse un alojamiento dedicando lo obtenido a tal fin. 3) Respecto a confiar su mantenimiento a que se le reconozca una pensión no contributiva, dirá la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 24 de Junio de 2015 (JUR 2015, 217412) que *«se trata de una mera conjetura, que no una expectativa de Derecho y lo mismo cabe decir sobre los alimentos que eventualmente pueda reclamar a los hijos, pues dependerá de que se encuentren en situación de prestarlos»*.

En síntesis, no parece de recibo que se inste a una mujer a dejar de depender del marido para pasar a depender de sus hijos si no lograr tener un medio de vida propio. Porque entiendo que se tiene que partir de la premisa, al limitar la pensión, de que se estará en condiciones de ser autónoma alguna

vez. Y esta potencialidad es lo que justifica la imposición de un plazo cuando el Juez tenga esa certidumbre (A título de ejemplo, entre otras muchas, citaremos SSTs de 19 de enero de 2010. RJ 2010, 417 y 4 de noviembre de 2010, RJ 2010, 8023. Y posteriores a la comentada: SSTs 23 de octubre de 2012 RJ 2012, 10114 y 20 de noviembre de 2013. RJ 2013, 7823).

Albergo serias dudas, a la vista de otras sentencias recientes, de que este desequilibrio fuera coyuntural, como aquí se concluye, teniendo razones para entender que fue perpetuo en realidad. Pues en esta última catalogación se han incluido los desfases experimentados por amas de casa carentes de estudios que oscilan entre los cuarenta y los cincuenta años (SSTs 3 de julio de 2014 RJ 2010/4254 y 20 de julio de 2011 RJ 2011 /7377) aun cuando muchas de ellas estaban en posesión de una titulación e incluso de un patrimonio de los que carece la recurrente. Tal fue el parecer de la SAP de Murcia de 14 de febrero de 2013 (JUR 2013, 126832) que entiende que aunque la esposa sea abogada, su actividad en un despacho es meramente testimonial y carente de resultados prácticos. Por lo que mantiene una pensión indefinida a su favor, al no reputar creíble que vaya a ganarse la vida con aquello, por más que se esté esforzando por abrirse camino en ese sector.

Por otro lado, si las normas han de ser interpretadas de acuerdo con la realidad social del momento en que se aplican (art.3.1 CC), tendríamos que decir con la SAP de Murcia de 23 de marzo de 2010, que una mujer de 46 años, carente de cualificación, esto es, que comparte el escenario de nuestra recurrente, debe tener garantizada en el contexto que atravesamos una pensión indefinida. Porque aunque aquélla se apuntó a la oficina de Empleo, sus intentos fueron vanos «*lo que tampoco ha de sorprender –razona el Tribunal– habida cuenta la coyuntura económica y de dicho mercado y sus referidas circunstancias personales*».

Además, tampoco reputo carente de fundamento la pretensión de la recurrente de instar una pensión indefinida apelando a que el matrimonio le impidió cotizar. Estamos ante una mujer que se halla próxima a cumplir los cincuenta años, que difícilmente encontrará ocupación en las condiciones actuales, y que alternará, en el mejor de los casos, empleos mal retribuidos que en quince años de vida laboral no le garantizarían una jubilación digna.

Reiteramos que la compensación del art. 97 CC cubre un desequilibrio puesto en evidencia ahora, en el instante de la ruptura (STS de 10 de febrero de 2005), y no el que se desencadene aisladamente en el futuro por avatares desconectados de aquélla (SAP de Guipúzcoa de 27 de enero de 2000 (JUR 2000\219092). Por esta razón, la STS de 22 de junio de 2011 (RJ 2011\5666) instó a no entrar en divagaciones acerca de acontecimientos venideros que serían irrelevantes de no asistir en el presente a un desequilibrio entre las partes. No existiendo nada que reparar en tal momento, todo lo que suceda después

(jubilación futura, desempleo sobrevenido) carece de interés a los efectos de obtener la pensión que estudiamos.

Pero es que no estamos ante un suceso desligado de las condiciones en que discurrió la vida matrimonial, sino íntimamente enlazado a aquéllas, de la que trae causa. Es meridiano que el escenario en que se desarrolló la vida matrimonial repercutió negativamente en su esfera patrimonial, restándole oportunidades. Y que ahora, cuando surge la crisis matrimonial, se acusa el contraste entre la situación en que ya se encuentra su marido y aquella en que se halla la recurrente, que se prolongará indefectiblemente en lo venidero. Si no hubiera estado apartada del mercado laboral, no hubiera tenido que apelar, como ahora le insta el Fiscal, a la caridad de sus hijos o a subsidios estatales, dependiendo de lo que otros tengan a bien concederle o estén en disposición de darle. Como bien se ha expresado es un desequilibrio latente, pues ya se ha gestado al tiempo de la ruptura y está vinculado al matrimonio, aunque tardará en manifestarse algún tiempo: concretamente el que reste a la beneficiaria de la pensión para alcanzar la edad de jubilación (Legrén Molina, A. Pág 394).

Reforzaré mi tesis citando la solución adoptada por la SAP de Alicante de 26 de noviembre de 2014 JUR 2015\75793. Ésta concede indefinidamente la pensión a una mujer que, por dedicarse a la familia, ha carecido de vida laboral estable y va a tener, al cabo de los años, una pensión de jubilación miserable. Remitiéndose precisamente a la STS de 22 de Junio de 2011 (RJ 2011, 5666) entiende que tal postura es plenamente coherente con la doctrina del Alto Tribunal sobre la naturaleza y finalidad de la pensión. Lo que hacemos extensivo al caso que comentamos. Ya que el abismo económico que se abre entre los cónyuges se ha cimentado a lo largo de la convivencia. Guarda relación con el matrimonio de la esposa de nuestra sentencia que la base sobre la que se calcularan sus respectivas pensiones de jubilación fuera superior en el caso del marido, deviniendo inexistente, con toda probabilidad, para la esposa. Por lo que comparto plenamente la solución adoptada en dicha sentencia que, entiendo, hubiera podido ser idéntica en el caso que ahora comento.

Y justifica de este modo que se deba conceder una pensión indefinidamente a la esposa:

*«Realmente en la sentencia impugnada se tiene en cuenta la situación económica radicalmente dispar que se va a generar tras la sentencia de divorcio pues ella percibirá una pensión de jubilación más de dos veces inferior a la de él. Como hemos reflejado la pensión compensatoria no pretende equilibrar patrimonios, pero sí nivelar el desequilibrio existente, que en este caso es manifiesto, dado que los ingresos son abrumadoramente desiguales.»*

La SAP de Alicante de 26 de noviembre de 2014 JUR 2015\75793 contrapuso unas «*expectativas netamente favorables a la obtención de una pensión por jubila-*

*ción del Sr. Victorino, que reconoció haber cotizado durante treinta y siete años y medio» frente a «la situación de la demandada (...) francamente aciaga debido al escaso tiempo que lleva cotizado y su edad actual». Algo que no se borra con quince años de pensión por más que lo común sea reconocer tres o cinco años.*

### 5.2. *La relación entre los arts. 96.1 y 93.2 CC. Posturas contradictorias en nuestras Audiencias*

Establece el artículo 96.1 CC que *«en defecto de acuerdo con los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde al cónyuge en cuya compañía queden».*

La norma estaba redactada en unos términos tan sumamente ambiguos, que originó una polémica en nuestras Audiencias acerca de cuál habría de ser el significado de la expresión «quedar en compañía». Dos fueron las posturas defendidas acerca del significado de dicha expresión (Martín Meléndez. Págs 169-189)

Una primera, lo hizo extensivo no sólo a los hijos menores confiados a la guarda, sino también a aquellos mayores de edad que permanecían en el que fuera hogar familiar con uno de los progenitores por no gozar aún de independencia económica, queriendo apreciar entonces un enlace entre los arts. 96. 1 y 93.2 CC. (SAP de Barcelona de 17 de abril de 2000 AC 2000, 1933. SAP de Almería de 16 de octubre de 2003. JUR 2003, 721399. SAP de Asturias de 12 de mayo de 2003. JUR 2003, 232581). La excesiva generalidad con que se expresó nuestro legislador en el art. 96.1 CC, se explicaba, no permitiría denegar una medida solicitada por estos últimos, introduciendo distinciones no avaladas por la letra de la norma. Así lo entendió la SAP de Madrid de 22 de mayo de 2007 (JUR\2007\313032): *«Efectivamente el párrafo primero del artículo 96 del Código Civil es aplicable, no sólo en los casos en que los hijos son menores de edad o incapacitados, sino también en aquellas otras hipótesis en que, aun siendo mayores de edad, mantienen una situación de convivencia en el seno del hogar, acompañada de falta de autonomía económica; en efecto dicha interpretación dimana de la propia redacción de tal precepto, que no constriñe su ámbito de aplicación a los hijos sometidos a la patria potestad, en su correlación con el artículo 93-2 del mismo texto legal, en cuanto la cobertura de las necesidades de alojamiento queda integrada en el concepto legal de alimentos, según previene el artículo 142 del Código Civil».*

De no estar incluidos todos los hijos sin distinción alguna en el art. 96.1 CC, se aducía, resultaría incomprensible la referencia en el párrafo tercero a cómo habría de proceder el Juzgador “no habiendo hijos”. Pues no especificó el legislador que tan sólo estuviera considerando la falta de hijos menores. El problema se resolvía, pues, desde esta perspectiva, efectuando una aplicación analógica del art. 93.2 CC (Madrid 5 de julio de 2000 JUR 2003\27636. SAP Madrid de 5 de julio de 2002. JUR 2003\27636, SAP Asturias 27 abril 1992.

AC 1992\542. SAP de Jaén de 25 de enero de 2007. JUR 2007\156998). Así lo entendería la SAP de Jaén de 7 de mayo de 1999 (AC 1999\5882): «*No existen hijos menores en el matrimonio (...) No obstante, ello no es óbice para desproteger a las hijas mayores que no tienen independencia económica y conviven con el padre, pues si el artículo 93.2 les confiere el derecho a obtener una prestación alimenticia en esos casos, por la misma razón ha de considerarse que también en este supuesto han de protegerse sus intereses*».

Para una segunda corriente, en cambio, que es la que ha logrado imponerse en la sentencia que comentamos, el art. 96.1 CC quedaba circunscrito tanto sólo a los hijos menores, por ser la conclusión que arrojaba tanto una interpretación puramente gramatical del art. 96.1 CC, como otra conjunta y sistemática con los arts. 90.2, 91, 92 y 93.1 CC. SSAAPP Cantabria de 24 de abril de 2000 (JUR2000\209391) y Álava de 18 de marzo de 2002 (JUR 2002\220440). Recalcándose que el art.96.1 CC posee una *ratio* y alcance que difieren por completo de la que caracteriza a la medida del art. 93.2 CC, con la que no cabía establecer enlace alguno.

Como sabemos, el párrafo segundo del art. 93 CC fue añadido por la Ley 11/1990 de 15 de octubre, haciéndose eco el legislador de que la dependencia económica de hijos que sobrepasaban con creces la mayoría de edad era, por desgracia, un fenómeno más que extendido socialmente, y que generaría los consiguientes problemas a quienes se enfrentaran a una crisis matrimonial. También esta modificación legislativa suscitó dos interpretaciones, tal era la confusión creada por la relación entre el art. 93.2 CC y 96.1 CC.

Algunos quisieron ver en ello un deseo combatir con el 93.2 CC la rigidez del art.96.1 CC. Se reforzaría así la tesis de que el ámbito del art. 96.1 CC se expandía a los mayores de edad, pues con aquella iniciativa se garantizaba la complementariedad de ambas normas. Desde este punto de vista, entendió la SAP de Asturias de 27 de abril de 1992 (AC 1992\542) que: «*En este sentido la reciente reforma del art. 93 del Código Civil operada por Ley de 15-10-1990 (RCL 1990\2139) favorece la última interpretación al establecer que el Juez fijará alimentos para los hijos mayores de edad que convivan en el domicilio familiar lo que viene a indicar que se pretende la protección de éstos evitando que les perjudique una concepción rígida de las medidas a adoptar en favor de los mismos; sin que deba olvidarse que, en todo caso, dentro de la obligación alimenticia se encuentra la de proporcionar vivienda adecuada como expresa el art. 142 del Código Civil*».

Para otros, en cambio, desde el año 1981 tanto el art. 96.1 CC como el 93 CC tan sólo repararon en los hijos menores. Y si nueve años más tarde se completó el segundo precepto con una referencia a los mayores, se marcó con ello la frontera entre dos obligaciones alimenticias completamente distintas. De ahí la referencia expresa al régimen general previsto en los arts. 142 y ss CC, aplicable a los mayores de edad y cuyas limitaciones no afectan a los menores (SSTS 5 de octubre de 1993 y más recientemente STS de 24 de octubre de

2008 (RJ 2008, 5794) (Cabezuelo, Pág 476). Con razón se dijo respecto a estos últimos que los padres eran, mientras estaban sometidos a su potestad, algo más que «suministradores de alimentos», pues no era equiparable su posición a la de cualquier pariente menesteroso que reclamase asistencia. La requerida por el menor trasciende el plano puramente material para incidir en el espiritual, centrado en seguir y vigilar la evolución y el desarrollo de la personalidad del hijo. Cometidos que no se consiguen con una simple aportación financiera. (Delgado Echeverría. Págs 2130 y 2131).

Ahora bien, como previniera la SAP de Cádiz de 27 de enero de 1995. AC 1995\165: «*la mayoría de edad de los hijos conlleva que la obligación de mantenimiento que recae sobre los progenitores como contenido patrimonial de la patria potestad se transmute en un derecho alimenticio sujeto al régimen ordinario de los alimentos entre parientes recogido en los artículos 142 y siguientes del Código Civil...*». En lo que ha incidido últimamente la STS de 30 de marzo de 2012 (RJ 2012, 4584). (Tena Piezuelo, I. Pag 227-228).

Con esta diversificación decae el argumento de la complementariedad de los arts. 96.1 CC y 93.2 CC. Tendríamos, pues, que la asignación del uso de la vivienda del art. 96.1 CC estaría orientada a la preservación del entorno en el que se desarrolló la vida del menor, poniéndole a salvo de las consecuencias dañosas que tendría para él la ruptura de sus progenitores (SSAAPP Castellón de 20 de septiembre de 2000. AC 2000/1796 y Cantabria de 24 de abril de 2000 JUR\2000\209391).

Fácilmente se comprende que si la conservación de un entorno inspira la adopción de esta medida en el art. 96.1 CC garantizando al menor la permanencia en su ambiente cotidiano (SAP de Murcia de 6 de junio de 2000 AC 2000\2518. SAP Vizcaya 13 abril 2005 (JUR\2005\204454), los deseos puramente especulativos del titular del inmueble han de ser sacrificados ante lo que se considera un interés superior: estarán prohibidas las limitaciones temporales del uso de la vivienda, a no ser que hagan coincidir el cese de aquél con la mayoría de edad del hijo. STS de 30 de marzo de 2012 (RJ 2012, 4584).

Y será irrelevante la posición económica del guardador, pues el beneficiario del uso es el menor y *per relationem* el progenitor custodio ostenta la titularidad del derecho. Con lo cual, las variaciones al alza experimentadas por la economía de este último, o su ulterior matrimonio no despliegan eficacia alguna en nuestro art.96.1 CC en orden a modificar la atribución de uso conferida en su momento, que depende exclusivamente de que se mantenga la titularidad de la guarda y sirva al interés del menor.

En dicho escenario, la STS de 11 de noviembre de 2013, que aplica la doctrina establecida en la sentencia que comentamos, apuesta claramente por el automatismo, construyendo la discrecionalidad del Juzgador. Mas aclara que todo ello tocará a su fin al emanciparse los hijos: «*adquirida la mayoría de edad*

*por los hijos, tal variación objetiva hace cesar el criterio de atribución automática del uso de la vivienda que el artículo 96 establece a falta de acuerdo entre los cónyuges, y cabe plantearse de nuevo el tema de su asignación, pudiendo ambos cónyuges instar un régimen distinto del que fue asignación inicialmente fijado por la minoría de edad de los hijos, en concurrencia con otras circunstancias sobrevenidas».*

### 5.3. *Indebidamente se aplicó el automatismo en la atribución del uso de la vivienda existiendo un hijo mayor de edad*

Ya tenemos claro, pues, que el art.96.1 CC está concebido sólo para proteger los intereses de menores, presumiéndose que el interés más necesitado de protección reside en aquéllos y *per relacionem*, en quien ostente en cada momento la guarda. El custodio no ha de desplegar adicionalmente labor probatoria alguna tendente a demostrar que sus recursos son inferiores a los del otro progenitor. La medida del art. 96.1 CC encierra un imperativo legal que el Juez está obligado a acatar.

Pero este planteamiento no puede hacerse extensivo a aquellos supuestos en los que se constituye una familia monoparental tras la crisis matrimonial integrada por uno de los progenitores e hijos mayores de edad. Y esta fue precisamente la interpretación sustentada por la Audiencia, que la sentencia comentada se propone erradicar.

Claro. El Alto Tribunal apuesta ahora, mediando hijos mayores de edad, por sacrificar la posición del titular o cotitular de la vivienda sólo cuando exista un interés atendible en el otro cónyuge. No requiriéndolo éste, el propietario o cotitular de la vivienda no va a quedar a merced de lo que decida un hijo mayor de edad sin recursos al que puede abonar, sin más, una pensión, y con quien, además, no tiene que convivir si no lo desea. Pues escrupulosamente cumple la obligación alimenticia procediendo del modo antedicho. Por otro lado, de quedar en manifiesta precariedad uno de los cónyuges, no va a correr éste la suerte que dicho descendiente tenga a bien otorgarle con sus cambios de opinión, que es lo que resuelve el Tribunal, reponiendo a la recurrente en un uso concebido originariamente para colmar sus necesidades, que son las únicas en las que se ha de reparar.

Ya que, siendo hijos menores, el art 96.1 CC impone al titular una privación involuntaria del uso de la vivienda. Porque constituye «una cuestión de orden público que se integra en el «*ius cogens*» dar al hijo menor el uso del domicilio conyugal en unión del progenitor con quien conviva» (SAP de Barcelona de 8 de septiembre de 1997. AC 1997\1914).

En cambio, los hijos mayores de edad no tienen derecho a ocupar contra la voluntad paterna el que fuera domicilio familiar apelando al derecho de alimentos que ostentan frente a sus progenitores. A ellos no se les ha de garantizar la permanencia en un ambiente. Que es objetivo prioritario,

en cambio, cuando existen menores. Para el progenitor ya no existe ya el deber de tener al hijo en su compañía, ni de velar por él, pues éste tocó a su fin con la mayoría de edad del descendiente. (SAP de Las Palmas 31 de marzo de 2005 (JUR 2005\111159). (Martín Meléndez MT. Pág 146 y Salazar Bort Pág.113).

El alimentante es libre, pues, de elegir entre mantener en su propio domicilio al hijo mayor de edad o abonarle, en lugar de lo anterior, una suma dineraria (art.149 CC). En virtud de lo previsto en el art. 149 CC, la convivencia del alimentista con el progenitor alimentante constituye para este último una opción por la que libremente puede decantarse si lo desea, sin que el alimentista pueda unilateralmente desposeerle de sus bienes para colmar su necesidad (SAP Navarra 1 de septiembre de 2001. AC 201,2582).

Al desaparecer la obligación de preservar el espacio físico en que discurre la vida del hijo para evitarle traumas, ya no opera el automatismo que sí rige, en cambio, cuando está en juego la evolución de un menor.

De manera que la sola convivencia de uno de los progenitores con un hijo mayor de edad no confiere una posición más digna de tutela al núcleo familiar así integrado. Ni se ha confiado al capricho de estos descendientes la suerte que ha de correr la satisfacción de las necesidades habitativas de sus progenitores. El Juzgador tiene conferida la facultad de determinar cuál es el interés más necesitado de protección (art.96.3 CC) valorando tan sólo las particulares circunstancias de cada uno de los esposos. Operándose entonces como si dichos hijos no existieran (art. 96.3 CC).

La decisión del hijo mayor de morar con uno de los progenitores no goza de relevancia en sí misma para inclinar la balanza a favor o en contra de cualquiera de sus progenitores ora confiriéndole el uso, sin más, ora comprometiéndolo después la conservación del derecho una vez adquirido.

Por esta razón, el logro de autonomía económica y posterior independización de dichos descendientes no abocaría automáticamente a una modificación de medidas, al no girar originariamente la asignación del uso en torno a aquéllos. Así lo ha desarrollado tras el dictado de la sentencia que comentamos la STS de 12 de febrero de 2014. RJ 2014\2090: *«debe señalarse que la ausencia de los requisitos del artículo 93, párrafo segundo, del Código Civil (LEG 1889, 27), esto es, la inexistencia de la convivencia familiar de hijos mayores de edad o emancipados que ya obtienen ingresos propios, no comporta, per se, una aplicación en clave automática de la denegación del uso de la vivienda, ni tampoco puede ser interpretado como un factor determinante a la hora de privar al cónyuge del derecho a usar el domicilio familiar. En parecidos términos, respecto de la decisión de los hijos mayores de convivir con el progenitor que no ostenta el uso del domicilio familiar, que tampoco debe considerarse como factor determinante en orden a la modificación del uso establecido».*

## 6. Bibliografía

- Cabezuelo Arenas, AL. “La contribución a las cargas del matrimonio y la prestación de alimentos” en *Tratado de Derecho de la Familia* (Volumen II). Thomson Reuters. Aranzadi 2011. Dir M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas. Págs 468 -515.
- “La pensión por desequilibrio económico”. *Tratado de Derecho de la Familia* (Volumen II). Dir M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas. Thomson Reuters. Aranzadi 2011. Págs 517- 607.
  - Polémicas judiciales sobre significado, fijación, contenido y variabilidad de la pensión de alimentos de los hijos tras la separación y el divorcio (art.93 CC). Thomson Reuters Aranzadi 2010.
  - «*La limitación temporal de la pensión compensatoria en el Código Civil. Estudio Jurisprudencial y doctrinal*». Aranzadi Thomson. Cizur Menor. Navarra. 2002.
- Cuenca Casas, M. El régimen jurídico de la vivienda familiar. *Tratado de Derecho de la Familia* (Volumen III). Thomson Reuters. Aranzadi 2011. Dir M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas. Págs 275-442.
- Delgado Echeverría J. «Alimentos a hijos mayores de edad (padres separados). Comentario a la STS de 5 de noviembre de 1984.» *CCJC*, N° 7, 1985.
- Legerén Molina, A. “Imposibilidad de tener en cuenta eventos posteriores al momento de la ruptura para la determinación del desequilibrio generador de una prestación compensatoria. Sentencia de 27 de noviembre de 2014 (RJ 2014, 6034) *CCJC Mayo-agosto 2015*. Págs 376- 394.
- Martín Meléndez, MT *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (art. 96, p 1, 2, y 3 CC) Teoría y práctica Jurisprudencial*. Thomson Cívitas. 2005.
- Salazar Bort, S. *La atribución de uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales. Amplio estudio jurisprudencial*. Aranzadi. 2001.
- Tena Piezuelo, I. *La prestación de alimentos a los hijos tras la ruptura de pareja: pensiones, gastos, vivienda. Doctrina y Jurisprudencia*. Thomson Reuters. Aranzadi 2015.