

Roj: STS 6237/2011  
Id Cendoj: 28079119912011100013  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil  
Sede: Madrid  
Sección: 991  
Nº de Recurso: 1755/2008  
Nº de Resolución: 624/2011  
Procedimiento: CIVIL  
Ponente: JUAN ANTONIO XIOL RÍOS  
Tipo de Resolución: Sentencia

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Civil**

**PLENO**

**Presidente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos**

**SENTENCIA**

**Sentencia Nº:** 624/2011

**Fecha Sentencia :** 05/09/2011

**CASACIÓN**

**Recurso Nº :** 1755/2008

**Fallo/Acuerto:** Sentencia Estimando Parcialmente

**Votación y Fallo:** 20/07/2011

**Ponente Excmo. Sr. D. :** Juan Antonio Xiol Ríos

**Procedencia:** Audiencia Provincial de Santander

**Secretaría de Sala :** Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

**Escrito por :** CLM/MPL

**Pensión compensatoria. Posibilidad de fijarla con carácter temporal. Decisión de la Audiencia Provincial favorable a la temporalidad que encuentra adecuada justificación en las circunstancias fácticas valoradas por el tribunal, no revisables en casación, que permiten prever, con alto grado de certeza, y actuando con prudencia y ponderación en el juicio pronóstico, que la función reequilibradora de la pensión se va a alcanzar en un determinado plazo. Atribución del uso de la vivienda al cónyuge más desfavorecido, en supuestos de hijos mayores de edad.**

**CASACIÓN Num.:** 1755/2008

**Ponente Excmo. Sr. D.:** Juan Antonio Xiol Ríos

**Votación y Fallo:** 20/07/2011

**Secretaría de Sala:** Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Civil**

**PLENO**

**SENTENCIA Nº:** 624/2011

**Excmos. Sres.:**

**D. Juan Antonio Xiol Ríos**

**D. Xavier O' Callaghan Muñoz**  
**D. Jesús Corbal Fernández**  
**D. Francisco Marín Castán**  
**D. José Ramón Ferrándiz Gabriel**  
**D. José Antonio Seijas Quintana**  
**D. Antonio Salas Carceller**  
**D<sup>a</sup>. Encarnación Roca Trías**  
**D. Francisco Javier Arroyo Fiestas**  
**D. Román García Varela**

En la Villa de Madrid, a cinco de Septiembre de dos mil once.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación que con el n.º 1755/2008, ante la misma pende de resolución, interpuesto por D.<sup>a</sup> Visitacion , aquí representada por la procuradora D.<sup>a</sup> Carmen Olmos Gilsanz, contra la sentencia de 14 de mayo de 2008 dictada en grado de apelación, rollo n.º 30/08, por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Cantabria , dimanante de autos de divorcio contencioso n.º 148/07, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Torrelavega. Es parte recurrida D. Gerardo , que no ha comparecido, así como el Ministerio Fiscal.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** - El Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Torrelavega dictó sentencia de 19 de octubre de 2007 , en el juicio de divorcio n.º 148/2007 cuyo fallo dice:

«Fallo.

»Que estimando parcialmente las demandas interpuestas por las procuradoras Sras. García Alonso y Alonso de la Riva, en nombre y representación respectivamente de D<sup>a</sup> Visitacion y D. Gerardo , debo declarar y declaro la disolución por causa de divorcio, del matrimonio formado por los anteriormente mencionados cónyuges, con todos los efectos legales inherentes a este pronunciamiento y con la adopción de las siguientes medidas definitivas:

»1) Se atribuye el uso de la vivienda conyugal, así como del ajuar doméstico existente en el mismo, a los hijos del matrimonio y a la Sra. Visitacion , hasta el momento de la liquidación de la sociedad legal de gananciales.

»2) D. Gerardo deberá contribuir, en concepto de pensión de alimentos para sus hijos y dentro de los cinco primeros días de cada mes, con la cantidad de ciento cincuenta euros mensuales para cada uno de ellos. Esta cantidad se actualizará anualmente, conforme a la variación porcentual que en los doce meses inmediatamente anteriores experimente el Índice de Precios al Consumo, aprobado por el Instituto Nacional de Estadística u organismo oficial que lo sustituya.

»3) D. Gerardo deberá abonar, en concepto de pensión compensatoria la cantidad de cuatrocientos euros mensuales a favor de D<sup>a</sup> Visitacion . Esta cantidad se actualizará anualmente, conforme a la variación porcentual que en los doce meses inmediatamente anteriores experimente el Índice de Precios al Consumo.

»4) D. Gerardo deberá abonar el importe del préstamo hipotecario.

»Todo ello, sin especial pronunciamiento en cuanto a las costas».

**SEGUNDO.** - En relación con las cuestiones controvertidas en casación, la sentencia contiene, en síntesis, los siguientes fundamentos de Derecho:

Por lo que se refiere a la procedencia de la pensión compensatoria solicitada por la esposa en cuantía de 700 euros al mes, con fundamento en lo previsto en el *artículo 97 CC* , concurre el presupuesto fáctico determinante de la misma consistente en la existencia, tras la ruptura, de un desequilibrio económico para uno de los cónyuges respecto del que tenía durante el matrimonio, pues, es un hecho probado, que durante los 23 años que duró el matrimonio la esposa no trabajó y se dedicó solo a las tareas domésticas, así como que, siendo necesario que comience su vida laboral, sus 46 años, su escasa experiencia y nula formación, van a dificultar su incorporación al mercado laboral.

La esposa tiene derecho a la compensación que solicita, que se fija en 400 euros al mes actualizables con arreglo al IPC.

Por lo que respecta a la atribución del uso de la vivienda **familiar**, se adjudica a los hijos y a la esposa a cuyo cargo quedan, dada la carencia de ingresos de esta, aún cuando los hijos habían manifestado su voluntad de vivir con su padre, pero valorando su mayoría de edad en orden a fijar como límite para el disfrute de esa medida el momento de la liquidación del régimen matrimonial.

**TERCERO.** - La Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Cantabria dictó sentencia de 14 de mayo de 2008, en el rollo de apelación n.º 30/2008 , cuyo fallo dice:

«Fallamos:

»Que estimando en parte los recursos de apelación interpuestos por las representaciones procesales de Dª Visitacion y D. Gerardo , contra la sentencia de fecha 19 de octubre de 2007, del Juzgado de Primera Instancia número Cinco de Torrelavega , que se revoca parcialmente, en el sentido de:

»1º) Asignar el uso de la vivienda **familiar**, así como el ajuar doméstico existente en el mismo, al Sr. Gerardo y a los hijos del matrimonio, hasta que estos últimos concluyan su formación, por lo que la prestación de alimentos se hará personalmente por el padre, recibiendo y manteniendo en su propia casa a los hijos

»2º) D. Gerardo deberá abonar en concepto de pensión compensatoria a Dª Visitacion la suma de 500 euros durante el plazo de quince años. La indicada cantidad se actualizará anualmente conforme al índice de precios al consumo.

»Se confirman los pronunciamientos sobre costas y amortización del préstamo hipotecario.

»Todo ello, sin que proceda hacer imposición de las costas de esta segunda instancia».

**CUARTO.** - En relación con las únicas cuestiones controvertidas en casación, la sentencia contiene, en síntesis, los siguientes fundamentos de Derecho:

Procede el mantenimiento de la pensión compensatoria fijada a favor de la esposa ya que durante los 24 años de duración del matrimonio la esposa se dedicó exclusivamente al cuidado de la familia, careciendo de titulación y experiencia profesional, circunstancias, junto a su edad, que limitan sus posibilidades a la hora de acceder al mercado laboral.

En cuanto a su cuantía, debe fijarse en atención a los ingresos acreditados del esposo (1 766 euros al mes, al descontar a los 2 066 euros que gana, con prorrateo de pagas extras, los 300 euros mensuales que importa la amortización mensual del préstamo hipotecario). Estos datos determinan su elevación hasta los 500 euros al mes.

En cuanto a su limitación temporal, se establece en quince años, a la vista del desequilibrio y de la duración del matrimonio.

Por lo que respecta a la atribución del uso de la vivienda **familiar**, se adjudica a los hijos y al marido, en cuya compañía se quedan por la dependencia económica de los hijos, pese a su mayoría de edad, y porque, siendo acreedores de pensión alimenticia para atender sus necesidades de vivienda y manutención, el núcleo **familiar** integrado por el padre alimentante y los hijos, se considera el más necesitado de protección hasta en tanto no se independicen o concluya su formación en tiempo razonable.

**QUINTO.** - El escrito de interposición del recurso de casación presentado por la representación procesal de la parte actora, Dª Visitacion , se formula al amparo del *artículo 477.2.3º LEC* , por existencia de interés casacional.

El recurso consta de un motivo único, subdividido en dos apartados. El primero, denominado A), para acreditar el interés invocado, en la modalidad de oposición a jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, con relación a la pensión compensatoria, que entiende no procede fijar con carácter temporal; el segundo, denominado B), para hacer lo propio con el interés invocado en la modalidad de doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales con relación a la atribución del uso de la vivienda **familiar** (que considera no debió asignarse al esposo y a sus hijos).

En síntesis, se funda en lo siguiente:

A)Recurso de casación en interés casacional por oposición a doctrina del Tribunal Supremo.

El pronunciamiento de la AP sobre pensión compensatoria se opone a la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo, recogida en SSTs de 10 de febrero y 28 de abril de 2005 , que sientan como doctrina

la posibilidad de fijarla con carácter temporal, siempre que la duración que se establezca permita cumplir la función reequilibradora que le es propia.

Esta jurisprudencia declara que debe apreciarse, a priori, la posibilidad que tiene la perceptora, de superar el desequilibrio, y que ese juicio de previsión debe hacerse atendiendo a una certidumbre o potencialidad real determinada por altos índices de probabilidad, ajena a cualquier «futurismo o adivinación».

Dicha jurisprudencia obliga a tomar en cuenta los diversos factores que han de concurrir para su reconocimiento, entre los más destacados, la edad, la duración efectiva del matrimonio, la dedicación al hogar y a los hijos, el estado de salud, el trabajo que desempeñe o pueda desempeñar el perceptor, su cualificación y posibilidad de acceder al mercado laboral. Es preciso que esas circunstancias revelen una idoneidad para superar el desequilibrio que aconseje no prolongar la percepción de la pensión compensatoria por más tiempo del necesario para lograrlo.

El Juzgado consideró probado que en los 23 años que duró el matrimonio la esposa no realizó actividad laboral alguna, y que se dedicó todo ese tiempo al cuidado de la familia, dependiendo económicamente de su esposo. Y decidió fijar la pensión sin límite temporal atendiendo a las dificultades para acceder al mercado de trabajo que tiene una persona de 46 años, con muy pobre experiencia y nula formación laboral.

La sentencia de apelación dice que nos encontramos ante el caso paradigmático de la procedencia de la pensión, con un matrimonio de 24 años, durante los cuales la esposa solo se ha dedicado al cuidado de la familia, y una ausencia de titulación profesional y de experiencia laboral, que, dada su edad, limitan su acceso al mercado de trabajo.

La sentencia de primera instancia valora adecuadamente los factores que permiten concluir, con certidumbre alejada de cualquier adivinación, que no va a superar su falta de aptitud para encontrar trabajo y superar el desequilibrio en un determinado plazo de tiempo. Valora que la esposa no tiene perspectiva real de trabajo que le permita vivir independientemente, y mucho menos en la misma o similar situación económica a la que tenía durante el matrimonio, mientras el esposo continúa teniendo su trabajo y su futuro asegurado.

La sentencia de apelación, al fijar un límite temporal de quince años para su percepción, no tiene en cuenta más que un desequilibrio económico que califica «de entidad» así como la duración del matrimonio, olvidando el resto de factores que fueron determinantes para establecer una pensión compensatoria y defender que el desequilibrio se superará en aquel plazo, lo que lleva a cabo con dosis de adivinación no admisibles teniendo en cuenta que, por no tener ni asegurada la jubilación cuando deje de percibirla, quedaría en el desamparo más absoluto. La duración del matrimonio no es por sí, un factor que pueda determinar a priori cuando se va a producir ese reequilibrio, en el que se basa la pensión compensatoria, considerando por ello que debe mantenerse la pensión mientras subsistan las circunstancias personales, laborales y económicas de la esposa recurrente.

B) Recurso de casación en interés casacional por jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales

Es necesario un pronunciamiento de la Sala Primera en cuanto a la interpretación del *artículo 96 CC*, al existir doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales sobre la atribución del uso de la vivienda a los hijos y al cónyuge en cuya compañía se queden, sin distinguir según se trate de hijos menores o mayores de edad.

Hay sentencias que interpretan el *artículo 96 CC* en el sentido de entenderlo aplicable también cuando los hijos son mayores de edad que dependen económicamente. En este sentido cita las SSAP de Jaén, Sección 2ª, de 25 de enero de 2007 ; de Asturias, Sección 6ª, de 26 de julio de 2007 ; y de Las Palmas, Sección 3ª, de 13 de febrero de 2007 .

Por el contrario, otras SSAP, como las de Vizcaya, Sección 4ª, de 13 de abril de 2005 ; de Cádiz, Sección 5ª, de 19 de diciembre de 2006 ; de Navarra, Sección 2ª, de 1 de septiembre de 2001 ; y de Cantabria, Sección 1ª, de 24 de abril de 2000 ; mantienen que, si los hijos son mayores de edad, ha de tenerse en cuenta en la atribución del uso del domicilio el interés más necesitado de protección.

La sentencia recurrida sigue el primer criterio y atribuye el uso al cónyuge en cuya compañía quedaron los hijos, pese a ser mayores de edad.

Cita y extracta las sentencias citadas.

No cabe atribuir el uso de la vivienda al hijo mayor de edad y al cónyuge en cuya compañía se quede, en atención al interés de aquel, sino que ha de valorarse únicamente el interés de los cónyuges, y adjudicarse al que tenga un interés más necesitado de protección.

En el presente caso, dado que, aunque los hijos seguían siendo dependientes económicamente, no manifestaron desavenencias con la madre en el juicio de medidas provisionales y desde entonces vivieron con ella, es evidente que el interés más necesitado de protección es el de la esposa, valorando las circunstancias ya mencionadas al referirnos a la pensión compensatoria.

Termina la parte solicitando de esta Sala «[...] dicte sentencia que case y anule la sentencia recurrida, en el sentido de estimar las pretensiones de esta parte, con arreglo a los motivos expresados en el presente recurso y atribuir, a D<sup>a</sup> Visitacion el uso y disfrute de la vivienda **familiar** y una pensión compensatoria -sin limitación temporal sino hasta que varíen sustancialmente las circunstancias actuales- y con los pronunciamientos que le son inherentes».

**SEXTO.** - Mediante auto de 28 de abril de 2009 se acordó admitir el recurso de casación.

**SÉPTIMO.** - En el escrito de oposición al recurso formulado por el Ministerio Fiscal, constan, en síntesis, las siguientes alegaciones:

Por lo que se refiere al primer motivo, en contra de lo que se alega, la sentencia recurrida, además de la duración del matrimonio, tiene en cuenta las circunstancias concurrentes en la esposa, edad (46 años), situación personal y laboral (dedicación exclusiva a la familia y carencia de titulación profesional), así como las concurrentes en su esposo, al que se asigna el cargo de los hijos, mayores de edad y estudiantes universitarios, el pago de la hipoteca y de la pensión compensatoria. En consecuencia, la sentencia se ajusta a los esquemas de la jurisprudencia invocada, al concluir que los 15 años en que se fija su percepción es tiempo suficiente para que pueda lograr una estabilidad económica y 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.

Por lo que se refiere al segundo motivo, la sentencia hace una valoración correcta del interés más necesitado de protección ya que se asigna la vivienda al padre e hijos mayores que quedan a su cargo, tras valorar la voluntad de los propios hijos de convivir con aquel y los gastos a cargo del padre, que, le dejan una cantidad líquida para satisfacer las necesidades de él y sus dos hijos de menor cuantía que la que le corresponde a la madre por pensión compensatoria.

En virtud de lo expuesto, el Ministerio Fiscal impugna los dos motivos del recurso por considerar que la sentencia recurrida no se aparta de la jurisprudencia existente en ambos casos.

**OCTAVO.** - Para la deliberación y fallo del recurso se fijó el día 18 de mayo de 2011, y durante su celebración, se acordó su suspensión y someter el recurso a la Sala en Pleno, señalándose el día 20 de julio de 2011, en que tuvo lugar.

**NOVENO.** - En esta resolución se han utilizado las siguientes siglas:

AP, Audiencia Provincial

CC, Código Civil.

IPC, Índice de Precios al Consumo.

LEC, *Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil* .

SAP, sentencia de Audiencia Provincial

SSAP, sentencias de Audiencias Provinciales.

STS, sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

SSTS, sentencias del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Juan Antonio Xiol Ríos** , quien expresa el parecer de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** - *Resumen de antecedentes.*

1. En la demanda de divorcio formulada por la esposa, esta solicitó, entre otras medidas definitivas, una pensión compensatoria a cargo de su marido de 700 euros mensuales. Para justificar su procedencia y cuantía alegó, en síntesis, el desequilibrio que le había ocasionado la ruptura, su dedicación exclusiva al cuidado de la familia durante todo el tiempo de duración del matrimonio (24 años), su falta de ingresos y absoluta

dependencia económica de su esposo, su edad (46 años) y su falta de experiencia y formación laboral (ama de casa).

2. El Juzgado estimó en parte la demanda y concedió a la demandante una pensión compensatoria de 400 euros mensuales, actualizables según IPC, sin límite temporal en cuanto a su percepción. Justificó ambas decisiones por las circunstancias concurrentes, en particular, que durante el tiempo que duró el matrimonio la esposa no trabajó y se dedicó solo a las tareas domésticas, y las dificultades que iba a tener para incorporarse al mercado laboral dada su edad, muy pobre experiencia laboral y nula formación. También decidió atribuir el uso de la vivienda **familiar** a la esposa e hijos a su cargo, dada la carencia de ingresos de la primera, aún cuando los hijos habían manifestado su voluntad de vivir con su padre, si bien, valorando su mayoría de edad, fijó como límite para el disfrute de esa medida el momento de la liquidación del régimen matrimonial.

3. La AP de Cantabria estimó parcialmente los recursos formulados por ambos litigantes, con revocación de la sentencia apelada, por lo que respecta a la pensión compensatoria, en el sentido de elevar su cuantía hasta los 500 euros mensuales, actualizables según IPC, y de fijar un límite temporal de quince años para su percepción, y por lo que respecta a la atribución del uso de la vivienda, en el sentido de adjudicársela al marido, a cuyo cargo quedaban los hijos.

4. En relación con las cuestiones controvertidas en casación, la sentencia declaró, en síntesis, lo siguiente: a) en cuanto a la pensión, declara procedente su percepción valorando que durante los 24 años de duración del matrimonio la esposa se dedicó exclusivamente al cuidado de la familia, careciendo de titulación y experiencia profesional, circunstancias, junto a su edad, que limitan sus posibilidades a la hora de acceder al mercado laboral; la decisión de incrementarla hasta los 500 euros al mes la justificó en atención a los ingresos acreditados del esposo (1 766 euros al mes, al descontar a los 2 066 euros que ganaba, con prorrateo de pagas extras, los 300 euros mensuales que importa la amortización mensual del préstamo hipotecario, a su cargo). Para justificar su limitación temporal, tomó en cuenta las circunstancias que llevaron a apreciar el desequilibrio y la duración del matrimonio. b) Por lo que respecta a la decisión de atribuir el uso de la vivienda **familiar** al marido y a los hijos, lo justificó por la dependencia económica de los hijos, pese a su mayoría de edad, y porque, siendo acreedores de pensión alimenticia que satisfaga sus necesidades de vivienda y manutención, el núcleo **familiar** integrado por el padre alimentante y los hijos, era el más necesitado de protección hasta en tanto no se independicen o concluya su formación en tiempo razonable.

5. Contra dicha sentencia recurre en casación la parte actora y apelante, al amparo del *artículo 477.2. 3º LEC*, por existencia de interés casacional tanto en la modalidad de oposición a la jurisprudencia de esta Sala, con relación al *artículo 97 CC* y la posibilidad de fijar límites temporales a la pensión compensatoria, como por existencia de interés casacional en la modalidad de doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales, con cita del *artículo 96 CC*, y en relación con la atribución del uso de la vivienda cuando los hijos son mayores de edad.

6. En su escrito de oposición al recurso el Ministerio Fiscal ha interesado su desestimación.

**SEGUNDO.** - *Enunciación del motivo primero y único de casación.*

El recurso consta de un motivo único, pero subdividido en dos apartados cada uno de los cuales, por tratar aspectos diferentes, ha de ser objeto de examen y resolución por separado.

En el primer apartado se aduce la existencia de interés casacional, en la modalidad de oposición a jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, fijada en SSTs de 10 de febrero y 28 de abril de 2005, en relación a la posibilidad de fijar límites temporales a la pensión compensatoria. Defiende la recurrente que la AP se apartó de los requisitos establecidos por la citada doctrina, al no atender más que a la realidad del desequilibrio y a la duración del matrimonio, y obviar los restantes factores del *artículo 97 CC*, fundando así su decisión favorable al establecimiento de un límite temporal de quince años en aspectos ajenos a la potencialidad real que, según sus circunstancias, tenía para acceder a un empleo que le permitiera superar en ese plazo de tiempo el desequilibrio justificador de la pensión.

En el segundo apartado se pretende justificar la existencia de interés casacional, esta vez en la modalidad de doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales (SSAP de Vizcaya, Sección 4ª, de 13 de abril de 2005; de Cádiz, Sección 5ª, de 19 de diciembre de 2006; de Navarra, Sección 2ª, de 1 de septiembre de 2001; y de Cantabria, Sección 1ª, de 24 de abril de 2000), con relación a la atribución del uso de la vivienda **familiar** cuando existen hijos mayores de edad, aunque dependientes económicamente. Es su tesis que en este caso ha de prescindirse del interés de los hijos y adjudicarse la vivienda al cónyuge más necesitado de protección, esto es, a la esposa, dada su carencia absoluta de ingresos.

El motivo debe ser parcialmente estimado, en lo que se refiere a la infracción denunciada en este segundo apartado.

**TERCERO.** - *Sobre la temporalidad de la pensión compensatoria y los límites para revisar en casación la decisión adoptada en la instancia.*

A) La posibilidad de establecer la pensión compensatoria con carácter temporal con arreglo a las circunstancias, es en la actualidad una cuestión pacífica, tanto a la luz de las muchas resoluciones de esta Sala (entre las más recientes, SSTS de 17 de octubre de 2008 [RC n.º 531/2005 y RC n.º 2650/2003 ], 21 de noviembre de 2008 [RC n.º 411/2004 ], 29 de septiembre de 2009 [RC n.º 1722/2007 ], 28 de abril de 2010 [RC n.º 707/2006 ], 29 de septiembre de 2010 [RC n.º 1722/2007 ], 4 de noviembre de 2010 [RC n.º 514/2007 ] y 14 de febrero de 2011 [RC n.º 523/2008 ]) que reiteran la doctrina favorable a la temporalidad fijada por las sentencias de 10 de febrero de 2005 y 28 de abril de 2005 -a las que hace alusión para acreditar el interés casacional- como por haberse manifestado también posteriormente en el mismo sentido positivo el legislador mediante la Ley 15/2.005, de 8 de julio, que ha dado una nueva redacción al *artículo 97 CC* , estableciendo que la compensación podrá consistir en una pensión temporal, o por tiempo indefinido, o en una prestación única.

Según esta doctrina, el establecimiento de un límite temporal para su percepción, además de ser tan solo una posibilidad para el órgano judicial, depende de que con ello no se resienta la función de restablecer el equilibrio que le es consustancial, siendo esta una exigencia o condición que obliga a tomar en cuenta las específicas circunstancias del caso, particularmente, aquellas de entre las comprendidas entre los factores que enumera el *artículo 97 CC* (que según la doctrina de esta Sala, fijada en STS de 19 de enero de 2010, de Pleno [RC n.º 52/2006 ], luego reiterada en SSTS de 4 de noviembre de 2010 [RC n.º 514/2007 ] y 14 de febrero de 2011 [RC n.º 523/2008 ], entre las más recientes, tienen la doble función de actuar como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias, y, una vez determinada la concurrencia del mismo, la de actuar como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión) que permiten valorar la idoneidad o aptitud de la beneficiaria para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto, y, alcanzar la convicción de que no es preciso prolongar más allá su percepción por la certeza de que va a ser factible la superación del desequilibrio, juicio prospectivo para el cual el órgano judicial ha de actuar con prudencia y ponderación, con criterios de certidumbre.

En la misma línea, las SSTS de 9 de octubre de 2008 [RC n.º 516/2005 ] y 17 de octubre de 2008 [RC n.º 531/2005 ], 28 de abril de 2010 [RC n.º 707/2006 ] y 4 de noviembre de 2010 [RC n.º 514/2007 ], afirman que las conclusiones alcanzadas por el tribunal de apelación, ya sea en el sentido de fijar un límite temporal a la pensión, ya en el de justificar su carácter vitalicio, deben ser respetadas en casación siempre que aquellas sean consecuencia de la libre y ponderada valoración de los factores a los que se refiere de manera no exhaustiva el *artículo 97 CC* y que han de servir tanto para valorar la procedencia de la pensión como para justificar su temporalidad, siendo posible la revisión casacional únicamente cuando el juicio prospectivo sobre la posibilidad de superar el inicial desequilibrio en función de los factores concurrentes se muestra como ilógico o irracional, o cuando se asienta en parámetros distintos de los apuntados por la jurisprudencia.

B) El expresado sentido de la doctrina existente sobre la materia determinan que haya que desestimar la infracción que se denuncia en el primer apartado del único motivo del recurso, toda vez que la decisión de la AP de fijar un límite de quince años a la pensión compensatoria, lejos de asentarse en criterios distintos de los afirmados o de resultar una decisión gratuita, arbitraria o carente de la más mínima lógica, se muestra como el resultado de un juicio prospectivo razonable, construido con criterios de prudencia y ponderación, sobre la posibilidad real que tenía entonces la actora de superar en tal espacio de tiempo la inicial situación desfavorable respecto a la de su marido que a aquella le generó la ruptura, y sustentado en los factores concurrentes previstos en el *artículo 97 CC* , que previamente le sirvieron para justificar su procedencia.

Así, siendo cierto que la AP toma en especial consideración que el matrimonio tuvo una duración de 24 años, no cabe, sin embargo, entender, como se pretende, que ha sido este el único factor que le ha llevado a limitar temporalmente su percepción ya que en el mismo FD se alude a la entidad del desequilibrio como factor igualmente determinante de la decisión. En efecto, si la AP decidió fijar un plazo sensiblemente superior al que suele ser habitual en situaciones similares fue únicamente tras valorar el prolongado tiempo de convivencia, durante el cual la esposa estuvo apartada del mercado de trabajo y dependía de su marido, así como su edad al tiempo de la ruptura y su escasa preparación profesional, factores todos ellos, contenidos en las *circunstancias del artículo 97 CC* , que si, en conjunto, ya le sirvieron para justificar la existencia de desequilibrio y procedencia de la pensión en la cuantía fijada, en buena lógica, no puede afirmarse que no fueran tomados también en consideración a la hora de valorar como notable el desequilibrio que debía ser superado (que se menciona expresamente en el citado FD Tercero, último párrafo), y, consecuentemente, a la hora de cifrar en quince años

el tiempo que habría de necesitar para poder subvenir por sí misma sus necesidades, de modo que la función de restablecer el equilibrio, consustancial a la pensión compensatoria, se agotara transcurrido dicho plazo.

Frente a estos razonamientos, plenamente ajustados a la jurisprudencia indicada, no pueden prosperar unos argumentos de impugnación de los que meramente se desprende la disconformidad de la recurrente con el reseñado juicio prospectivo y sus consecuencias, pues la mera disconformidad con el señalamiento de un límite temporal a su percepción o con el plazo que se ha calculado suficiente para que cumpla su fin, no equivale a entender que dicho cálculo fue ilógico o irracional, ni que se sustentó en parámetros distintos de los previstos legal y jurisprudencialmente, y con menor motivo en un caso en el que el plazo fijado equivale a casi dos terceras partes de la duración del vínculo matrimonial y cuyo aumento solo tendría razón de ser de concebirse la pensión compensatoria como algo que no es, es decir, como instrumento de nivelación patrimonial, o que responde a situaciones de necesidad.

En conclusión, en la medida que la decisión de la AP se encuentra perfectamente razonada, y que en su actuación se ajusta a los parámetros de prudencia y ponderación a los que se hizo referencia, sus conclusiones, en particular la referente a no concederla con carácter vitalicio y limitar su percepción a quince años, han de ser respetadas en casación.

**CUARTO.** - *Atribución del uso de la vivienda al cónyuge más necesitado de protección cuando no existen hijos menores, sino mayores de edad.*

El artículo 39.3 CE impone a los padres el deber de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

En relación directa con dicho precepto, y como concreción del principio *favor filii* [a favor del hijo] o *favor minoris* [a favor del menor], el párrafo 1º del artículo 96 CC atribuye el uso de la vivienda **familiar** a los hijos menores de edad, y, de manera refleja o derivada, al cónyuge en cuya compañía queden. La controversia que se suscita versa sobre si esta forma de protección se extiende al mayor de edad, de forma que la circunstancia de alcanzar la mayoría no le prive (ni a él, ni indirectamente, tampoco al progenitor que lo tenga a su cuidado) del derecho a seguir usando la vivienda **familiar**.

Como primer argumento a favor del criterio contrario a extender la protección del menor que depara el artículo 96.1º CC más allá de la fecha en que alcance la mayoría de edad se encuentra la propia diferencia de tratamiento legal que reciben unos y otros hijos. Así, mientras la protección y asistencia debida a los hijos menores es incondicional y deriva directamente del mandato constitucional, no ocurre igual en el caso de los mayores, a salvo de una Ley que así lo establezca. Este distinto tratamiento legal ha llevado a un sector de la doctrina menor a declarar extinguido el derecho de uso de la vivienda, adjudicado al hijo menor en atención a esa minoría de edad, una vez alcanzada la mayoría, entendiéndose que el artículo 96 CC no depara la misma protección a los mayores.

Como segundo argumento contrario a extender la protección del menor que depara el artículo 96.1º CC más allá de la fecha en que alcance la mayoría debe añadirse que tampoco cabe vincular el derecho de uso de la vivienda **familiar** con la prestación alimenticia prevista en el artículo 93.2 CC, respecto de los hijos mayores que convivan en el domicilio **familiar** y carezcan de ingresos propios. A diferencia de lo que ocurre con los hijos menores, la prestación alimenticia a favor de los mayores contemplada en el citado precepto, la cual comprende el derecho de habitación, ha de fijarse (por expresa remisión legal) conforme a lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes del CC que regulan los alimentos entre parientes, y admite su satisfacción de dos maneras distintas, bien incluyendo a la hora de cuantificarla la cantidad indispensable para habitación o bien, recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos.

Que la prestación alimenticia y de habitación a favor del hijo mayor aparezca desvinculada del derecho a usar la vivienda **familiar** mientras sea menor de edad, se traduce en que, una vez alcanzada la mayoría de edad, la subsistencia de la necesidad de habitación del hijo no resulte factor determinante para adjudicarle el uso de aquella, puesto que dicha necesidad del mayor de edad habrá de ser satisfecha a la luz de los artículos 142 y siguientes del CC, en el entendimiento de que la decisión del hijo mayor sobre con cual de los padres quiere convivir, no puede considerarse como si el hijo mayor de edad ostentase algún derecho de uso sobre la vivienda **familiar**, de manera que dicha elección conllevara la exclusión del otro progenitor del derecho a la utilización de la vivienda que le pudiera corresponder. En definitiva, ningún alimentista mayor de edad, cuyo derecho se regule conforme a lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes del Código Civil, tiene derecho a obtener parte de los alimentos que precise mediante la atribución del uso de la vivienda **familiar** con exclusión del progenitor con el que no haya elegido convivir. En dicha tesitura, la atribución del uso de la vivienda **familiar** ha de hacerse al margen de lo dicho sobre los alimentos que reciba el hijo o los hijos mayores, y por tanto, única y exclusivamente a tenor, no del párrafo 1º sino del párrafo 3º del artículo 96 CC, según

el cual «No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponde al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección».

B) La aplicación de esta doctrina determina la estimación de esta parte del motivo o submotivo, pues la decisión de los hijos mayores de convivir con el padre no debió considerarse factor determinante a la hora de privar a la esposa de su derecho a usar el domicilio **familiar**, una vez acreditado y no discutido que las circunstancias en ella concurrentes lo hacían aconsejable por ser su interés el más necesitado de protección.

**QUINTO.** - *Estimación parcial del recurso y costas.*

Al encontrarse fundado el recurso en cuanto a la infracción denunciada en el segundo apartado de su único motivo, procede su estimación parcial, en el sentido de adjudicar a la esposa el uso de la vivienda **familiar** hasta el momento de la liquidación del régimen matrimonial.

Al tratarse de un recurso por interés casacional, procede al mismo tiempo, de conformidad con el *artículo 487.3 LEC*, fijar 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.

No ha lugar a imponer las costas del recurso, por aplicación del *artículo 398.2 LEC*.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## **FALLAMOS**

1. Declaramos haber lugar en parte al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D<sup>a</sup> Visitacion, contra la sentencia de 14 de mayo de 2008, dictada en grado de apelación, rollo n.º 30/2008, por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Cantabria, dimanante del juicio de divorcio n.º 148/2007, del Juzgado de Primera Instancia 5 de Torrelavega, cuyo fallo dice:

» **Fallamos** :

»Que estimando en parte los recursos de apelación interpuestos por las representaciones procesales de D<sup>a</sup> Visitacion y D. Gerardo, contra la sentencia de fecha 19 de octubre de 2007, del Juzgado de Primera Instancia número Cinco de Torrelavega, que se revoca parcialmente, en el sentido de:

»1º) Asignar el uso de la vivienda **familiar**, así como el ajuar doméstico existente en el mismo, al Sr. Gerardo y a los hijos del matrimonio, hasta que estos últimos concluyan su formación, por lo que la prestación de alimentos se hará personalmente por el padre, recibiendo y manteniendo en su propia casa a los hijos

»2º) D. Gerardo deberá abonar en concepto de pensión compensatoria a D<sup>a</sup> Visitacion la suma de 500 euros durante el plazo de quince años. La indicada cantidad se actualizará anualmente conforme al índice de precios al consumo.

»Se confirman los pronunciamientos sobre costas y amortización del préstamo hipotecario.

»Todo ello, sin que proceda hacer imposición de las costas de esta segunda instancia».

2. Casamos y anulamos la sentencia recurrida, únicamente en el particular relativo a la atribución del uso de la vivienda **familiar**, manteniendo los restantes pronunciamientos.

3. En su lugar, desestimamos el recurso de apelación formulado por D. Gerardo y adjudicamos a la esposa el uso de la vivienda **familiar** hasta que tenga lugar la liquidación del régimen económico matrimonial.

4. No ha lugar a imponer las costas de este recurso.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

**Juan Antonio Xiol Ríos Xavier O' Callaghan Muñoz**

**Jesús Corbal Fernández Francisco Marín Castán**

**José Ramón Ferrándiz Gabriel José Antonio Seijas Quintana**

**Antonio Salas Carceller Encarnación Roca Trías**

**Francisco Javier Arroyo Fiestas Román García Varela**

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Juan Antonio Xiol Ríos** , ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como secretario de la misma, certifico.