



Roj: **STSJ CAT 3125/2016 - ECLI: ES:TSJCAT:2016:3125**

Id Cendoj: **08019310012016100035**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal**

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **14/04/2016**

Nº de Recurso: **45/2015**

Nº de Resolución: **25/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JUAN MANUEL ABRIL CAMPOY**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA

Sala Civil i Penal

R. de cassació i extraordinari per infracció processal núm. 45/2015

SENTÈNCIA núm. 25

President:

Il·lm. Sr. Enric Anglada i Fors

Magistrats:

Il·lm. Sr. Miguel Angel Gimeno Jubero

Il·lm. Sr. Joan Manel Abril Campoy

Barcelona, 14 d'abril de 2016

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, formada pels magistrats que s'esmenten més amunt, ha vist el recurs de cassació i extraordinari per infracció processal interposat per Concepción , representada davant aquest Tribunal per la procuradora Rebeca Rabal Llacer i dirigida per l'advocat Josep Ricart Enseñal, contra la Sentència dictada per la Secció 18a de l'Audiència Provincial de Barcelona el 22 de desembre de 2014 en conèixer del recurs d'apel·lació interposat contra la Sentència dictada pel Jutjat de Primera Instància núm. 4 de Cornellà de Llobregat el 14 de gener de 2013 en el procediment de modificació de mesures definitives de divorci núm. 397/11. Ruperto , aquí part contra la qual es recorre, ha estat representat en aquest Tribunal pel procurador José M^a Ramírez Bercero i dirigit per l'advocada Matilde Alcalà Roca.

ANTECEDENTS DE FET

Primer . El procurador José María Ramírez Bercero, en representació de Ruperto , va formular demanda de judici de modificació de mesures definitives de divorci núm. 397/11 davant el Jutjat de 1a Instància núm. 4 de Cornellà de Llobregat. Seguida la tramitació legal, el Jutjat va dictar Sentència amb data 14 de gener de 2013 , la part dispositiva de la qual diu el següent:

"DESESTIMO la demanda de modificación de medidas interpuesta por el Procurador don JOSE MARÍA RAMÍREZ BERCERO, en nombre y representación de don Ruperto contra doña Concepción y, en consecuencia.

No procede especial pronunciamiento en materia de costas".

Segon. Contra aquesta Sentència, la part actora va interposar un recurs d'apel·lació, el qual es va admetre i es va substanciar a la Secció 18a de l'Audiència Provincial de Barcelona, la qual va dictar Sentència amb data 22 de desembre de 2014 , amb la següent part dispositiva:

"Estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Don Ruperto contra la sentencia dictada en fecha 14 de enero de 2013, por el Juzgado de Primera Instancia número cuatro de



Cornella de Llobregat , en los autos de modificación de medidas seguidos en aquel Juzgado con el número 397/2011, siendo parte apelada Doña Concepción y acordamos revocar la referida resolución en el sentido de dejar si efecto la pensión de alimentos establecida en la sentencia de modificación de medidas de fecha 13 de febrero de 2006 para la hija, acordamos mantener la atribución del uso de la vivienda familiar en favor de la demandada hasta que tenga lugar la venta de la vivienda y como máximo por un plazo de tres años. Se acuerda, asimismo, haber lugar a declarar el cese de la indivisión respecto de los bienes de los que ambas partes son copropietarios. Se confirma la sentencia en los restantes extremos. No se condena en costas del recurso a ninguna de las partes".

Tercer. Contra la Sentència anterior, Concepción va interposar recurs de cassació i extraordinari per infracció processal. Per provisió de 4 de maig de 2015 es va donar trasllat sobre les possibles causes d'inadmissió dels recursos interposats. Per interlocutòria de 15 de juny de 2015, aquest Tribunal es va declarar competent i va admetre el recurs extraordinari per infracció processal i els motius primer i tercer del recurs de cassació a tràmit, i de conformitat amb l' art. 485 de la LEC es va traslladar a la part contra la qual es recorre i al Ministeri Fiscal perquè en un termini de vint dies formalitzessin l'escrit d'oposició. Un cop dut a terme, es va assenyalar per a la votació i decisió el dia 22 de febrer de 2016, en què es va celebrar.

Ha estat ponent l'Il·lm. Sr. Joan Manel Abril Campoy.

FONAMENTS DE DRET

PRIMER .- La representació processal de la Sra. Concepción va interposar recurs d'infracció processal i de cassació contra la sentència, de data 22 de desembre de 2014, dictada per la Secció 18 de l'Audiència Provincial de Barcelona .

Esdevé procedent analitzar, en primer lloc, el recurs extraordinari d'infracció processal. En aquest sentit, la recurrent el fonamenta en dos motius. El primer, a redós de l' article 469.1.2 LEC , addueix la vulneració de les normes processals reguladores del dictat de sentències. Sustenta la recurrent que, en consonància amb allò que preveuen els articles 216 i 217.2 LEC , en l'afer concret de modificació de mesures corresponia a la part instant de la modificació la càrrega de provar la variació de les circumstàncies concurrents. En aquest sentit, manifesta que, en relació a l'actitud dels fills majors d'edat, inverteix la càrrega probatòria quant a la continuació de la formació i s'obliga a provar una continuïtat en la formació o en la cerca d'una feina. I, pel que respecte a la suposada reducció de rendes i patrimoni per part de l' instant de la modificació de mesures, la sentència considera que sí va acreditar la referida reducció quan res va provar.

El present motiu no pot prosperar per les raons que seguidament s'exposen.

La part recurrent fonamenta la infracció processal en el principi de justícia rogada, contingut a l' article 216 LEC ("Los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales"), i a l' apartat segon de l' article 217 LEC , en el que es disposa: "Corresponde al actor y al demandado reconviniendo la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención".

La sentència d'apel·lació recull literalment, en el seu fonament de dret tercer, que "a través de la prueba aportada a este procedimiento por ambas partes, ha resultado acreditado que en la actualidad la hija del matrimonio, que tiene 24 años de edad y continúa residiendo con la madre, no consta que se encuentre estudiando ni tampoco realizando alguna formación profesional, ni consta que trabaje. Del informe de vida laboral aportado a las actuaciones se desprende que ha trabajado un total de 23 días desde el mes de febrero de 2007 hasta el mes de octubre de 2010, siendo el informe de fecha 13 de septiembre de 2012".

Com es pot observar de la lectura de la sentència, aquesta ha resultat en funció dels fets i proves que es troben a les actuacions en consonància amb les pretensions de les parts, a la vegada que ha considerat acreditat per la prova practicada que la filla major d'edat ni estudia ni realitza cap formació professional ni treballa. Per tant, no es tracta que existeixin uns fet dubtosos que siguin rellevants per a la decisió (art. 217.1 LEC) i s'hagi de resoldre en funció de la càrrega probatòria de les parts litigants, sinó que la Sala considera provat aquests extrems, així com la passivitat de la filla en relació a la continuació de la formació o bé respecte de la recerca d'una feina. Aleshores, des d'aquest àmbit jurídic, no existeix cap infracció de les regles que distribueixen la càrrega probatòria, atès que la sentència ha entès acreditada la situació de la filla, consistent en que no treballa ni estudia i la seva passivitat en la consecució d'una feina o en la continuació dels estudis.

El que podia haver efectuat la part recurrent es si considerava que aquesta valoració de la prova era irracional, il·lògica o inversemblant o contenia errades notòries o patents era combatre-la, a l'empara de l'ordinal quart de l' article 469.1 LEC , per entendre que podia afectar la seva tutela judicial efectiva, però no qüestionar l'aplicació



de les regles de la càrrega de la prova, quan per la Sala no existeix un fet dubtós, sinó que entén que aquests extrems han restat provats a les actuacions.

I la mateixa conclusió s'ha d'obtenir respecte de la reducció d'ingressos del Sr. Ruperto, atès que la sentència de la Sala no ho considera un fet dubtós i que hagi de ser resolt en funció de la distribució de la càrrega de la prova, sinó que assevera que "A esta conclusión conduce, asimismo, la situación económica actual del obligado al pago, estimándose que concurre la causa prevista en el artículo 237-13.1 c) del CCCat., es decir la reducción de las rentas y del patrimonio de las personas obligadas, de modo que haga imposible el cumplimiento de la obligación sin desatender las necesidades propias, como sucede en este caso en que el obligado al pago carece de los medios económicos suficientes para prestar los alimentos".

En conseqüència, al no haver-se qüestionat ni impugnat la valoració de la prova realitzada per la Sala, i sí solament la infracció de la distribució de la càrrega de la prova, el motiu fonamentat ha de decaure en atenció a les argumentacions que s'han exposat.

SEGON .- El segon dels motius del recurs d'infracció processal s'empara en els ordinals 3 i 4 de l'article 469.1 LEC i denuncia la vulneració del dret fonamental a obtenir la tutela judicial efectiva, atès que la infracció de les regles de distribució de la càrrega de la prova, ha significat prescindir de norma essencial del procés i ha generat indefensió a aquesta part.

Tampoc aquest motiu pot ésser acollit per un doble ordre de raons. En primer terme, perquè esdevé una defectuosa tècnica cassacional, fonamentar un sol motiu en la infracció de dos ordinals diversos de l'article 469.1 LEC. En efecte, si es tracta d'infraccions de diferent naturalesa, cadascuna d'elles ha d'integrar un motiu de recurs autònom, com així resulta dels criteris de la Sala civil del Tribunal Suprem de 30-12-2011. Però al marge d'aquest defecte formal, si s'analitza l'objecte del motiu, es pot concloure que el mateix és una nova reiteració de la vulneració de les regles de la distribució de la càrrega de la prova, de manera que esdevé suficient efectuar una remissió al que ja hem exposat, alhora que no esmenta en el motiu quin seria el precepte processal que hauria estat infringit.

Conseqüentment, aquest segon motiu de recurs ha de ser també inadmissiu.

TERCER .- El recurs de cassació interposat per la representació processal de la Sra. Concepción es fonamentava en quatre motius, dels quals només foren admesos el primer i el tercer, segons resulta de la Interlocutòria d'aquesta Sala, de data 15-06-2015.

El motiu primer del recurs de cassació addueix la infracció de l'article 237-1 del Codi civil de Catalunya. Exposa que la sentència ha estès indegudament a la totalitat dels aliments una prevenció referida legalment, de manera exclusiva, a les despeses per a la continuació de la formació en els fills majors d'edat. Entén que sobre aquesta qüestió existeix interès cassacional, atès que no existeix doctrina d'aquesta Sala al respecte.

L'article 237 del Codi civil de Catalunya determina el contingut dels aliments i indica que formen part dels mateixos tot el que és indispensable per el manteniment, l'habitatge, el vestit i l'assistència mèdica de la persona alimentada, i també les despeses per a la formació si aquesta és menor i per a la continuació de la formació, un cop assolida la majoria d'edat, si no l'ha acabada abans per una causa que no li és imputable, sempre que mantingui un rendiment regular. Així mateix, els aliments inclouen les despeses funeràries, si no estan cobertes d'una altra manera".

En el cas que ara ens ocupa, no es tracta d'un menor d'edat, on el judici de proporcionalitat entre les necessitats del menor i les possibilitats econòmiques de l'alimentant determinen la seva quantia. I s'ha de recordar que, en aquests supòsits, d'acord amb el mandat constitucional (art. 39 CE) i atès que els aliments es presten com a deure de la potestat parental, per molt difícil que sigui la situació econòmica del progenitor obligat a prestar-los, solament es podrà acordar la suspensió d'aquest deure en casos molt excepcionals i només amb caire temporal. És a dir, procedeix primer el sacrifici del progenitor alimentant front al mínim vital del menor alimentat.

En canvi, quan es tracta de fills majors d'edat, els aliments inclouen allò que esdevé indispensable pel manteniment, habitatge, vestit i assistència mèdica, així com les despeses de continuació de la formació. Però aquests aliments ja no troben el seu fonament en el deure de la potestat parental, tota vegada que els fills ja són majors d'edat i, per tant, aquesta s'ha extingit. Aleshores, en supòsits en els que ens trobem davant la carència de recursos i possibilitats econòmiques del progenitor alimentant s'ha de decidir si s'ha de mantenir o no un mínim vital a favor del fill major d'edat amb sacrifici del progenitor obligat a abonar-ho.

I en aquesta situació, la resposta és diferent a la que es propugna pels fills menors d'edat. En aquest sentit, el propi article 237-13.1 c) estableix l'extinció de l'obligació d'aliments en aquells casos en que es produeix una



reducció de les rendes i del patrimoni de les persones obligades, de manera que fa impossible el compliment de l'obligació sense desatendre les necessitats pròpies i les de les persones amb dret preferent d'aliments.

La recent STS de 2-12-2015 va examinar un supòsit anàleg, en el que es plantejava l'extinció de la pensió d'aliments del fill major d'edat, davant la carencia de recursos del progenitor obligat a abonar-los " **SEGUNDO.**- Se formula recurso de casación por la parte actora en único motivo, en el que se cuestiona la existencia y alcance del mínimo vital de la **pensión de alimentos al hijomayor** de edad con independencia de la situación económica del progenitor no conviviente y solicita la **extinción** o suspensión de la obligación de pago que no puede abonar. Alega jurisprudencia de esta Sala y de distintas Audiencias provinciales.

El recurso se estima.

La *sentencias de esta Sala de 12 de febrero de 2015* señaló lo siguiente: "De inicio se ha de partir de la obligación legal que pesa sobre los progenitores, que está basada en un principio de solidaridad familiar y que tiene un fundamento constitucional en el *artículo 39.1 y 3 CE* , y que es de la de **mayor** contenido ético del ordenamiento jurídico (*SSTS 5 de octubre de 1993 y 8 de noviembre de 2013*). De ahí, que se predique un tratamiento jurídico diferente según sean los **hijos** menores de edad, o no, pues al ser menores más que una obligación propiamente alimenticia lo que existen son deberes insoslayables inherentes a la filiación, que resultan incondicionales de inicio con independencia de la **mayor** o menor dificultad que se tenga para darle cumplimiento o del grado de reprochabilidad en su falta de atención".

Por tanto, añade, "ante una situación de dificultad económica habrá de examinarse el caso concreto y revisar la Sala si se ha conculcado el juicio de proporcionalidad del *artículo 146 del CC* (*STS 16 de diciembre de 2014*)... lo normal será fijar siempre en supuestos de esta naturaleza un mínimo que contribuya a cubrir los gastos repercutibles más imprescindibles para la atención y cuidado del menor, y admitir sólo con carácter muy excepcional, con criterio restrictivo y temporal, la suspensión de la obligación, pues ante la más mínima presunción de ingresos, cualquiera que sea su origen y circunstancias, se habría de acudir a la solución que se predica como normal, aún a costa de una gran sacrificio del progenitor alimentante... El interés superior del menor se sustenta, entre otras cosas, en el derecho a ser alimentado y en la obligación de los titulares de la patria potestad de hacerlo "en todo caso", conforme a las circunstancias económicas y necesidades de los **hijos** en cada momento, como dice el *artículo 93 del Código Civil* , y en proporción al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe, de conformidad con el *artículo 146 CC* ".

No se niega, por tanto, que por imperativo constitucional, los padres tienen la obligación 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, como dice el *artículo 39 CC* , y que conforme a tal mandato existe un deber de diligencia de los padres en orden a satisfacer las necesidades de sus **hijos** : en todo caso, tratándose de menores (*artículo 93 CC*), como consecuencia directa de la patria potestad, sin que ello signifique que en los casos en que realmente el obligado a prestarlos carezca de medios para, una vez atendidas sus necesidades más perentorias, cumplir su deber paterno, no pueda ser relevado, por causa de imposibilidad, del cumplimiento de esta obligación (*STS 5 de octubre 1993*). Y, además, en los supuestos previstos en los *artículos 142 y siguientes del CC* , siendo los **hijos mayores** de edad, aunque su concreción pueda hacerse en el juicio matrimonial, siempre que se den los puestos previstos en el párrafo segundo del artículo 93, vivir en casa y carecer de recursos. En el primer caso -menores- los **alimentos** se prestan conforme "a las circunstancias económicas y necesidades económicas de los **hijos** en casa momento". En el segundo - **mayores** - los **alimentos** son proporcionales "al caudal de quien los da y a las necesidades de quien los recibe" - *artículo 146 CC* - y se reducen a los **alimentos** que sean indispensables para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, conforme al *artículo 142 CC* .

En este caso no estamos ante los **alimentos** de un **hijo** menor de edad, en el que la necesidad de valorar la capacidad económica del alimentante constituye una exigencia especial, sino ante los **alimentos** que se prestan a un **hijomayor** de edad. Un **hijo** de veintidós años, cuyo mínimo vital se enfrenta al de su padre prácticamente insolvente (ingresa menos de cuatrocientos euros al mes, frente a los mil cien euros al mes que recibía en el momento del divorcio), que no puede prestarlos. En este supuesto, los **alimentos** únicamente podrían hacerse efectivos aplicando las normas contenidas en los *artículos 142 y siguientes del Código Civil* , siempre teniendo en cuenta que, conforme al *artículo 152.2 CC* , esta obligación cesa "Cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia", que es lo que ocurre en este caso respecto al padre.

Estamos, en suma, ante un escenario de falta de recursos que exigiría desarrollar aquellas acciones que resulten necesarias para asegurar el cumplimiento del mandato constitucional expresado en el *artículo 39 CE* hasta que se procure una solución al problema por parte de quienes están en principio obligados a ofrecerla".



En el present cas, la Sala d'apel·lació ha entès, per una part que les despeses d'aliments que inclouen la formació només s'hauran de seguir abonant quan l'alimentat obté un rendiment regular, mentre que quan l'actitud del fill major d'edat és passiva respecte de la recerca de feina o amb la continuació de la formació, aquesta no procedeix. I, per l'altra, ha considerat que la situació econòmica de l'obligat al pagament fa impossible, conforme a l'article 237-13.1c), el compliment de l'obligació sense desatendre les necessitats pròpies.

En conseqüència, cap vulneració de l'article 237-1 ni de l'article 237-13.1 c) s'ha produït per part de la sentència recorreguda, la qual cosa significa, en atenció als arguments ja exposats, la desestimació del motiu de recurs

QUART .- El segon dels motius admesos, addueix la infracció de la disposició transitòria tercera de la Llei 25/2010, de 29 de juliol . Assenyala que no existia la possibilitat d'aplicar la limitació temporal a l'atribució de l'ús de l'habitatge, prevista a l' article 233-20 CCCat , com ho va fer la sentència d'apel·lació. Afegeix que l'interès cassacional rau en l'absència de jurisprudència sobre la disposició transitòria esmentada.

La sentència de l'Audiència aplica l' article 233-20.3 CCCat i raona que es condiona l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar a la situació de major necessitat d'un dels consorts quan concorre la circumstància que els fills del matrimoni que residien amb la mare a l'habitatge assoleixin la majoria d'edat. I aplica l'article 233.20.5 en relació a l'apartat tercer, per a establir l'atribució de l'ús amb caire temporal.

La disposició transitòria tercera de la Llei 25/2010, de 29 de juliol , en el seu apartat segon, determina que " Els efectes de la nul·litat del matrimoni, el divorci o la separació judicial decretats a l'empara de la legislació anterior a l'entrada en vigor d'aquesta llei es mantenen, amb la possibilitat de modificar les mesures per circumstàncies sobrevingudes en aplicació de les normes vigents en el moment d'adoptar-les. Aquests efectes es mantenen sens perjudici de l'aplicació del Codi civil en els processos matrimonials que es puguin entaular entre els mateixos cònjuges després de l'entrada en vigor d'aquesta llei".

De la norma transcrita, aplicada al supòsit que ens ocupa, resulta que per sentència, de data 29-10-2004, del Jutjat de Primera instància núm. 4 Cornellà es va decretar el divorci entre les parts litigants i fou modificada per sentència derivada d'un procediment de modificació en data 13-02- 2006. Conseqüentment, les mesures que regulaven el divorci dels litigants es regulaven per allò que es disposava en el Codi de Família de 15 de juliol de 1998.

En aquest sentit, l' article 83.2 del Codi de Família establia que "2. Si manca acord o si aquest és rebutjat, a criteri del jutge o jutgessa, ateses les circumstàncies del cas, decideix, pel que fa a l'habitatge familiar, en els termes següents:

a) Si hi ha fills, l'ús s'atribueix, preferentment, al cònjuge que en tingui atribuïda la guarda, mentre duri aquesta. Si la guarda dels fills es distribueix entre els cònjuges, resol l'autoritat judicial.

b) Si no hi ha fills, se n'atribueix l'ús al cònjuge que en tingui més necessitat. L'atribució té lloc amb caràcter temporal, mentre duri la necessitat que l'ha motivada, sens perjudici de pròrroga, si és el cas".

I el vigent article 233-20.2 i 3 determina que "2. Si no hi ha acord o si aquest no és aprovat, l'autoritat judicial ha d'atribuir l'ús de l'habitatge familiar, preferentment, al progenitor a qui correspongui la guarda dels fills comuns mentre duri aquesta.

3. No obstant el que estableix l'apartat 2, l'autoritat judicial ha d'atribuir l'ús de l'habitatge familiar al cònjuge més necessitat en els casos següents:

a) Si la guarda dels fills queda compartida o distribuïda entre els progenitors.

b) Si els cònjuges no tenen fills **o aquests són majors d'edat** .

c) Si malgrat correspondre-li l'ús de l'habitatge per raó de la guarda dels fills és previsible que la necessitat del cònjuge es perllongui després d'arribar els fills a la majoria d'edat".

Com es pot observar existeix una diferència en la redacció del precepte ara vigent, i de manera errònia aplicat per l'Audiència, i l'anterior article 83.2 CF . En aquest, no es contemplava l'atribució de l'habitatge familiar en el cas del fill que assolía la majoria d'edat. En efecte, el precepte ensenyava que si no existien fills, s'atribuïa l'ús al més necessitat, mentre que si havia fills menors, l'atribució s'efectuava preferentment a favor del consort que tingués la guarda i mentre durés aquesta. Així, el supòsit dels fills majors d'edat no restava inclòs en el supòsit de fet del precepte, però del mateix ja s'extreïa que l'atribució de l'ús del domicili preferentment a aquell que ostentava la guarda s'efectuava solament mentre durava aquesta, de manera que, extingida per l'assoliment de la majoria d'edat, restava sense efecte el fonament de l'atribució.



La sentència d'aquesta Sala, de 4-4-2011, havia mantingut que el criteri de la guarda era el que imperava quan es tractava de fills menors d'edat, i que un cop s'assolís la majoria d'edat, s'hauria de resoldre de conformitat al paràmetre de la major necessitat "La limitación temporal que solicita el recurrente no opera cuando como en el supuesto de autos existe un hijo menor de edad cuya custodia queda atribuida a la Sra. Nicolau y se justifica que es éste el interés más digno de protección, pues como declaramos en la STSJC 17 /2010, de 22 de abril, con cita de otras resoluciones de este Tribunal, como las SSTSJC 33/2009, de 22 Septiembre, 13/2004, de 29 Marzo, 26/2006, de 22 de Junio y 49/2009, de 3 Diciembre, la limitación temporal que pretende imponerse a la madre y a los tres hijos comporta *de facto* una obligación de trasladarse a otra vivienda, lo que no se corresponde ni con lo dispuesto en el art. 83. 2. a) CF ni con el interés prevalente del menor de edad, que es exclusivamente lo que debe ponderarse en el momento presente. El citado precepto dispone que la atribución se realiza en forma "preferente" al cónyuge que tiene la guarda y custodia del menor, frente a a lo cual deben existir razones poderosas que comporten una excepción a la regla general, lo que no concurre en el caso examinado mientras no se justifique la existencia de un interés más perentorio por parte del recurrente o que, tal como se recoge en la sentencia recurrida, alcanzada la mayoría de edad pueda instarse su continuidad, entonces, de conformidad con el art. 83. 2. b) CF según el criterio legal de mayor necesidad, siendo este último extremo una cuestión ajena al debate litigioso puesto que no es el supuesto examinado (incardinado en el art. 83. 2. a): atribución de la vivienda a la esposa que tiene a su custodia un menor de edad, no justificándose motivos enervantes de dicha atribución".

I si a aquesta consideració, que entén que assolida la majoria d'edat pels fills menors, l'atribució de l'ús s'ha de connectar amb el criteri de la major necessitat, s'afegeix la doctrina reiterada de la Sala, en interpretació de l' article 83 del Codi de família, favorable a la temporalitat de l'atribució i que contempla com a excepció la no fixació d'un termini quan es pot preveure de manera raonada que la necessitat serà permanent i invariable, s'ha de concloure que la mateixa conclusió que, ara preveu la llei, l'establí la doctrina d'aquesta Sala.

Per tant, l'errada en la selecció del material normatiu aplicable, no produeix en aquest cas la conseqüència estimatòria del recurs de cassació, tota vegada que sota la vigència de l' article 83.2 CF, la jurisprudència de la Sala permetia adoptar la mateixa resposta favorable a la temporalitat de l'atribució, de manera que el motiu s'ha de desestimar.

En el sentit indicar, per totes, es pot citar la STSJC de 10-11-2008, en la que s'analitza la temporalització de l'atribució de l'ús de l'habitatge en un supòsit en el que els fills han assolit la majoria d'edat "es preciso reiterar cuanto expusimos recientemente en nuestra Sentencia núm. 18/2008, de 8 de mayo, al recordar cuál debe ser la recta interpretación del art. 83.2.b) CF :

"Cabe recordar en este punto que el TSJC se ha pronunciado ya reiteradamente sobre la interpretación del artículo citado.

La doctrina de la Sala se encuentra contenida en las sentencias 33/2003 de 22 de septiembre y la 40/2003 de 6 de noviembre, reiterada por las de 18 y 29 de marzo de 2004 y por la de 4 de octubre de 2006 (núm. 36).

Como se dice en esta última Sentencia, " la limitación temporal del uso es la regla general en tales supuestos, cuando pueda preverse mediante una ponderación racional la duración de la necesidad del cónyuge más necesitado de protección y sin perjuicio de la posibilidad que a éste se reconoce de instar la prórroga del uso si llegado el momento subsistiese esa necesidad. Sólo excepcionalmente, cuando se prevea que la situación de necesidad será permanente e invariable y que se prolongará indefinidamente en el tiempo o que es altamente improbable su superación estará justificado no fijar por adelantado un plazo determinado, en el bien entendido de que si la situación de necesidad finalmente desaparece o se modifica sustancialmente, el propietario de la vivienda podrá instar igualmente la extinción del derecho de uso".

A la vista de esta doctrina y de cuanto antes expusimos sobre las concretas razones que condujeron en el presente caso al tribunal de apelación a la imposición de un límite temporal en la atribución del uso del que fuera domicilio familiar, no puede entenderse infringido el art. 83.2.b) CF".

Conseqüentment, el motiu s'ha de desestimar.

CINQUÈ.- La desestimació del recurs d'infracció processal i del recurs de cassació comporta la imposició de les costes processals (art. 398 LEC).

DECISIÓN

La Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya decideix:

DESESTIMAR el recurs extraordinari d'infracció processal i el recurs de cassació interposat per la representació processal de la Sra. Concepción contra la sentència, de data 22-12-2014, dictada per la Secció



divuit de l'Audiència Provincial de Barcelona en el rotlle 929/2013 i confirmar aquesta sentència. Procedeix efectuar imposició de les costes processals derivades del recurs extraordinari per infracció processal i de cassació a la part recurrent, així com decretar la pèrdua dels dipòsits constituïts.

Notifiqueu aquesta resolució a les parts personades, i juntament amb un testimoniatge remeteu el rotlle i les actuacions a la Secció indicada de l'Audiència Provincial.

Així, definitivament jutjant, ho pronunciem, manem i signem.

PUBLICACIÓ. La sentència ha estat signada per tots els magistrats que l'han dictat i publicada de conformitat amb la Constitució i les Lleis. En dono fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ